

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUN'A GÖRE AYIPLI MAL

*Prof. Dr. Çiğdem KIRCA**

Giriş

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun 7.11.2013 tarihinde kabul edilmiştir. Resmi Gazetede yayımlandığı 28.11.2013'den altı ay sonrası olan 29.5.2014'den itibaren yürürlüktedir. Kanunun ayıp kavramını kaleme alınış tarzı, kavramı belirleme konusunda güçlükler sebep olmaktadır. Bu itibarla yeni ayıp kavramının neyi ifade ettiğini belirleyebilmek için gerekçesinde dikkate alındığı açıkça ifade edilen¹ 1999/44/AT Yönergesinden yararlanmak gerekmektedir.

Ayıp kavramını konusundaki açıklamalarımızı 6502 Sayılı TKHK'daki Düzenleme (I), 1999/44/AT Yönergesindeki Düzenleme (II) ve 6502 Sayılı TKHK'da Kabul Edilen Ayıp Kavramının Özellikleri ve Yönerge ile Karşılaştırılması (III) olmak üzere üç ana başlıkta yapacağız. Sonuç kısmında değerlendirmelerimizi özetlemeye çalışacağız.

Çalışmamızı süre kısıtlaması sebebiyle ayıplı mal kavramı ile sınırlandırıp, görüşlerimizin niteliğine uygun düştüğü ölçüde ayıplı hizmetler açısından da geçerli olduğunu belirtmekle yetinmek istiyoruz.

I. 6502 Sayılı TKHK'daki Düzenleme

TKHK'un tanımlar kısmındaki 3. maddede ayıp tanımı yapılmamıştır. Ayıplı mal tanımının Kanunun üçüncü kısmında düzenlenen ayıplı mallar bölümüne yer alan 8. maddede yapılmaya çalışıldığı görülmektedir. TKHK'un 8. maddesi, Kanunun "Ayıplı Mal ve Hizmetler" başlığını taşıyan üçüncü kısmının "Ayıplı Mallar" başlığını taşıyan birinci bölümünün ilk maddesi olup, kenar başlığı "Ayıplı mal" dır.

TKHK m. 8:

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

¹ S sayısı 490, 8. ve 9. maddelerin gerekçesi.

“Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.

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

Sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi veya montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hâllerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur.”

Esas olarak ayıplı mal tanımının Kanunun 8. maddesinin 1. fıkrasında yapıldığını görüyoruz. Bununla birlikte ikinci fıkrada da bazı malların ayrıca ayıplı kabul edileceği belirtilmektedir. Şu halde Kanunun sistemine göre ikinci fıkrada belirtilen unsurların varlığı halinde de ayıp söz konusu olacaktır. Üçüncü fıkrada ise ayıp kavramından değil, sözleşmeye aykırılık kavramından bahsedilmekte, hangi durumların sözleşmeye aykırılık oluşturacağı değerlendirilmektedir.

Maddenin tamamından ayıp kavramının ne olduğunu belirlememiz sadece metni okuyarak olası görülmemektedir. Metin okunduğunda, önemli şu sorular ile karşı karşıya kalınmaktadır:

Ayıp kavramının tanımına "taraflarca kararlaştırılmış olan örnek veya modele uygun olmayan mal ayıplıdır" cümlesiyle neden başlanmıştır? Alışveriş hayatında özellikle tüketicilerle yapılan işlemlerde örnek ve modele göre satım, çok fazla rastlanmayan bir durumdur. Örnek veya modele uygun olmamanın ayıplı olmasının, TKHK'nun ayıp tanımının içerisinde birinci cümlede yer almasını gerektirecek özel nedenin ne olduğu anlaşılamamaktadır.

TKHK'nun 8. maddesinin birinci fıkrasının ikinci yan cümlesi, ayıp tanımı konusunda asıl metni oluşturmaktadır: "... objektif olarak sahip

olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan mal ayıplı maldır".

Oldukça ilginç, nasıl anlaşılmasa gerektiği konusunda büyük çaba harcanmasını gerektirecek bir ifade ile karşı karşıya kalmaktayız. Ayıp kavramı bilindiği üzere malın, bulunduğu durum ile bulunması gereken durum arasındaki farklılığa göre tanımlanır. Malın bulunması gereken durum sübjektif veya objektif ölçüye göre belirlenir. *Sübjektif ayıp kavramına* göre, malın bulunması gereken durum, tarafların sözleşmede kararlaştırdıklarına göre belirlenir. *Objektif ayıp kavramına* göre ise, malın bulunması gereken durum veya maldan beklenen kalite, kanundaki düzenlemelere ve alış veriş hayatındaki genel anlayışa göre belirlenir².

"Malın objektif olarak sahip olması gereken özellikler" ifadesi, malın alış veriş hayatındaki anlayışa göre belirlenen özellikleri anlamına gelmektedir. Bir malın hem genel düşünceye, alışveriş hayatında geçerli beklentilere uygun olması hem de tarafların özel olarak sözleşmede kararlaştırdıklarına uygun olması, her zaman bir arada bulunması gerekmeyen bir durumdur. Taraflar sözleşmeyle malın objektif olarak sahip olması gereken özellikleri dışında başka özellikler taşıması gerektiğini kararlaştırabilirler. Sözleşmeyle malın sahip olması gereken özelliklerin ne olduğu kararlaştırılmışsa, artık bu özellikten ayrılan mal, sübjektif ayıp kavramına göre ayıplıdır. Oysa 8. maddenin 1. fıkrasının ikinci yan cümlesi, birbiri ile çelişen iki kavramı bir arada kullanmıştır: Objektif ayıp (objektif olarak sahip olması gereken özellikler) ve sübjektif ayıp (tarafların sözleşmeyle kararlaştırdıkları özellikler). Bu durumda ayıplı mal tanımında hangi kavram dikkate alınacaktır sorusuyla karşı karşıya kalınmaktadır. Objektif olan mı? Sübjektif olan mı?

Bir malın objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıması sebebiyle ayıplı olması kanun gereği gerçekleşebilir. Bu kanun koyucunun bir tercihi olabilir. Malın ayıplı olması sözleşmede kararlaştır-

² Katja Bähler, Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungsrecht, Basel/Genf/München 2005, s.10; Vischer, Markus: Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP 2011, s. 1168, 1169. Ayrıca bkz., ZürhK-Schönle/Higi; Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR, Art. 197, N. 62, Objektif ayıp kavramı sadece tarafların malın olağan kullanımını açıkça veya zımnen sözleşmenin içeriği yaptıkları zaman söz konusu olabilir, N. 63.

tırılan özelliklerin bulunmaması sebebiyle de gerçekleşebilir, bu takdirde kanun koyucu sübjektif ayıp kavramını üstün tutmuştur. “Objektif özellikleri taşınamaması sebebiyle sözleşmeye aykırı olan mal” bunlardan hangisini ifade etmektedir? Tarafların sözleşmeleriyle sadece objektif özellikleri taşımayan malların ayıplı olacağını kararlaştırdıkları takdirde mi ayıplı maldan bahsedilecektir? Taraflar piyasada hakim olan anlayıştakinden daha düşük bir seviyede malın teslimi konusunda anlaşmışlarsa bu durumda objektif özellikleri taşımadığı için malın ayıplı olması mı söz konusu olacaktır? Yoksa sözleşmeye aykırılık gerçekleşmediğinden ayıp da gerçekleşmeyecek midir? Bu soruların mantıklı bir cevabı bulunamamaktadır. Dolayısıyla bu ifadenin kendi içinde çelişen, karışıklıklara sebebiyet veren oldukça isabetsiz bir ifade olduğu kanısındayız.

Diğer taraftan sözü geçen düzenleme, tarafları sözleşmede kararlaştırmadıklarından sorumlu tutmaktadır. Ayıptan sorumluluk ya kanunun emri dolayısıyla kanundan ya da tarafların anlaşması dolayısıyla sözleşmeden doğar. Tarafların kararlaştırmadıklarını, taraflar kararlaştırmışlar gibi sözleşmeden doğan sorumluluğa tabi tutmak, sözleşme kavramına aykırıdır.

II. 1999/44/AT Yönergesindeki Düzenleme

1999/44/AT Yönergesi ayıp kavramından değil, sözleşmeye aykırılıktan hareket etmektedir. Yönergenin 2. maddesinde satıcının "satış sözleşmesine uygun malları" teslim etmekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte bu husus TKHK'daki düzenleme açısından önemli bir farklılık yaratmaz³. Aşağıda yapılacak karşılaştırmalarda da görüleceği üzere TKHK'da -Alman Hukukuna benzer şekilde, BGB § 434- sözleşmeye aykırılıktan hareket edilmeyip ayıp kavramı tanımlanarak Yönergede yapılan düzenleme ile aynı sonuca ulaşılmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır.

³ Atamer/İnceoğlu, bu farklılığı tamamen önemsiz görüp Yönergenin 2. maddesinde "ayıp" kavramının tanımlandığını ifade etmektedirler: "1999 yılında kabul edilmiş AB satım Hukuku Yönergesi ayıp kavramını 2. maddesinde tanımlamaktadır". (Bkz., Atamer, Yeşim/İnceoğlu, Murat: Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Hakları ve Avrupa Birliği ile Uyumu Sorunu, İstanbul 2012, s.8, http://www.bilgi.edu.tr/site_media/uploads/files/2013/03/26/20.pdf (Erişim tarihi 28.11.2015).

Yönerge'nin 2. maddesi şu şekildedir:

“2-(1) Satıcı, malları satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür.

2-(2) (Aşağıdaki özellikleri taşıyan) tüketim mallarının sözleşmeye uygun olduğu (karineten) kabul edilir:

a) Satıcı tarafından yapılan tanıma uyan ve satıcının tüketiciye örnek veya model olarak verdiği malın özelliklerine uygun olan;

b) Tüketicinin sözleşmenin kurulması sırasında satıcının bilgisine sunduğu ve satıcının onayladığı tüketicinin izlediği özel bir amaca uyan;

c) Aynı türdeki mallarda olağan olarak kullanılan amaca uygun olan;

d) Malın niteliği ve yeri geldiğinde satıcının, üreticinin veya onların temsilcilerinin özellikle reklamlar veya etiketleme/tanıtım yoluyla malın somut özellikleri konusunda yaptıkları kamuya açık bildirimler dikkate alındığında, tüketici tarafından makul bir şekilde beklenebilen ve aynı türdeki mallarda olağan olan kalite ve performansı gösteren.”

2- (3)

2- (4) Satıcı 2. fıkranın (d) bendinde belirtilen kamuya yapılan açıklamalarla, ilgili açıklamayı bilmediğini ve bilmesinin makul bir şekilde beklenemeyeceğini, ilgili açıklamanın satış sözleşmenin kurulduğu anda düzeltilmiş olduğunu veya satım sözleşmesi kurma kararının ilgili açıklamanın etkisi ile verilmediğini ispatlarsa bağlı olmaz.

2- (5)

A. 1999/44/AT Yönergesinin Temel İlkeleri

1. Sözleşmeye Uygunluk İlkesi ve Ayıp Kavramı

Yönerge'nin 2. maddesinin 1. fıkrasına göre satıcı malları satım sözleşmesine uygun olarak teslim etmekle yükümlüdür. 1999/44/AT'nin temel kavramı CISG'de olduğu gibi "sözleşmeye uygunluk" kavramıdır. Yönerge'de ayıptan sorumluluk veya ayıp kavramları kullanılmamıştır. Bununla birlikte sözleşmeye uygunluk, aynı zamanda ayıptan sorumluluğa ilişkin düzenlemenin temelini de oluşturmaktadır.

Yönergenin 2. maddesinin 2. fıkrasında ise, (a-d bentleri) malın hangi özellikleri taşıdığı takdirde sözleşmeye uygun sayılacağı -karinen- düzenlenmiştir. Yönergenin 2. maddesinin 2. fıkrası sözleşmeye uygunluğun belirleneceği hem sübjektif hem de objektif unsurlar içermektedir. Sözleşmeye aykırılık -ayıp kavramı- bu maddeden aksinden çıkarım yoluyla elde edilmektedir. Buna göre ayıplı mal, 2. maddede yer alan unsurları taşımayan mallardır.

Satıcının, sözleşmeye uygun olmayan mal tesliminin, sözleşmeye uygun ifaya ilişkin gerçek bir hukuki yükümlülüğü olup bu yükümün, genel ifa engelleri hukukuna mı tabi olduğu yoksa sadece tekeffül talebi mi oluşturduğu, Türk/İsviçre hukukunda da olduğu gibi, üye ülkeler arasında farklı farklı düzenlenmiştir. Roma hukukundan etkilenen Fransız ve Alman hukukları Roma hukukunda dönme ve indirime dayanan ve genel ifa engelleri hukukunu baskılayan özel bir tekeffül sorumluluğu tanımaktaydı. Buna karşılık Yönergenin kabul ettiği sistemde, bir taraftan ifa etmeme diğer taraftan tekeffülün yer aldığı bu klasik ayırım sona ermiştir⁴.

Yönerge ayıp konusunda bütünsel olarak anlaşılan bir sözleşmeye aykırılık sistemi kabul etmiştir. Sözleşmeye aykırılık sözleşme ile kararlaştırılan yükümlülük ifa edilmediğinde gerçekleşir. Sözleşme programının dışına her çıkışı yükümlülüğe aykırılık olarak gören bu temel düşünce, CISG' den ve Common Law' dan kaynaklanmaktadır.

Yönerge satım sözleşmesini tamamı ile değil sadece bazı yönleri ile düzenlemiştir. Satıcının diğer yükümlülükleri örneğin malı teslim ve bedeli ifa yükümleri düzenlenmemiştir.

2. Sözleşme Serbestisinin Önceliği İlkesi

Yönergenin 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, "Satış sözleşmesine uygun olarak" ifadesi Yönergenin (m.2, f.1; TKHK m.9, f.1) söz-

⁴ Bkz., Schwartze, Andreas: Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, Tübingen 2000, s. 73; Akikol, Diana: Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf Obligationenrecht und UN-Kaufrecht (CISG), Zürich 2008, s. 35, N. 92; Westermann, Harm Peter: Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs, JZ 2001, s. 530. Türk hukukunda Türk Borçlar Kanunu açısından bu ayırım kanundaki düzenleniş şekli göz önünde tutulduğunda devam etmektedir.

leşme serbestisine öncelik verdiğini göstermektedir. Yönergenin gerekçelerinin 8. maddesinde de sözleşme özgürlüğünün esas olduğu açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca 2. maddenin (a) ve (b) bentleri de dolaylı olarak tarafların anlaşmalarının öncelikli olduğunu göstermektedir.

Böylece Yönerge, satılan malın niteliği konusunda tarafların düzenleme özgürlüklerinin önceliğinden hareket etmektedir. Bu sebeple satılan malın hangi özellikleri taşıması gerektiği birinci planda tarafların alanına giren bir konudur. Sözleşme konusu malın niteliği veya özelliği konusunda taraflar anlaşabilirler. Anlaşma açık veya zımni yapılabilir. Satıcının tek taraflı vasıf vaadinde bulunması alıcının bunu zımnen kabul etmesi halinde yeterli olur⁵. Yönerge, “nitelik konusunda anlaşma” veya “vasıf vaadi” bakımından herhangi bir ayırım yapmamaktadır.

Taraflar kural olarak her türlü nitelik konusunda anlaşma veya nitelik vaadi yapabilirler. Bununla birlikte borçlanılan edimin niteliği ile ilgili olarak yapılan anlaşmalar, yönergenin tüketiciyi korumak amacıyla getirdiği hakların ortadan kaldırılmasına ya da sınırlandırılmasına yönelik olamazlar⁶. Tarafların malın nitelik ve özellikleri konusunda anlaşmaları halinde, edimi tanımlamaları, tarif etmeleri yoluyla asli edim yükümünün içeriğini belirlemeleri ve böylece sözleşmeye uygunluğu tespit etmeleri söz konusu olmaktadır. Örneğin taraflar, "ikinci kalite", "kullanım sağlık zararına sebebiyet verebilir" gibi anlaşmalar yapabilir ve böylece alıcının haklı beklentileri seviyesini aşağı çekebilirler⁷.

3. Sübjektif Ayıp Kavramının Üstünlüğü İlkesi

Yönergenin 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, satıcı satım sözleşmesine uygun olan malı teslim etmekle yükümlüdür. Böylece sözleşmede

⁵ Bkz., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), 7. Auflage, München 2016, (Harm Peter Westermann (Müko-Westermann)), § 343, N. 16.

⁶ Taraflarca kararlaştırılmasına izin verilen malın niteliğini belirleme, alıcının öngöremediği ayıptan sorumlu olmasına sebebiyet verecek şekilde olmamalıdır (bkz., Lorenz, Stephan: Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2015, s. 1889, 1894).

⁷ Grabitz, Eberhard/Hilf, Mainhard/Nettesheim, Martin: Das Recht der Europäischen Union, Band IV, Sekundärrecht, A. Verbraucher- und Datenschutzrecht, Herausgg. Manfred Wolf, Bearbeitet Ulrich Magnus, Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchergüterkaufs und Garantien für Verbraucher (Art. 1- Art. 14), 40. Ergänzungslieferung, München 2009, (Grabitz/Hilf -(Magnus)), Art. 2, N. 7.

kararlaştırılanın esas alınacağını kabul eden sübjektif ayıp kavramına üstünlük tanınmıştır⁸.

Buna karşılık objektif ayıp kavramı ikincil olarak dikkate alınmıştır. Objektif ayıp sadece tarafların bu konuyu sözleşmede kararlaştırmadığı sürece, tamamlayıcı bir fonksiyon olarak ele alınmaktadır. Bu durumda taraflarca başka bir ölçü kararlaştırılmamışsa “olağan nitelik ölçüsü” dikkate alınacaktır⁹.

4. Garanti İlkesi

Yönergeye göre sözleşmeye uygun ifa satıcının kusurundan bağımsız olarak gerçekleşir.

5. CISG'nin Esas Alınması

Sözleşmeye uygunluk kavramı ya da sözleşmeye aykırılık, CISG'den kaynaklanmıştır. CISG, sözleşmeye aykırılığı bütünsel olarak anlaşılan bir sözleşmeye aykırılık olarak ele almaktadır. Yönergenin 2. maddesinin model alındığı CISG m. 35, ayıp kavramına malların niteliği yanında miktarı, türü ve paketlenmesini de dahil etmektedir. Yönergenin ikinci maddesinde bunlar yer almasa bile sözleşmeye uygunluk kavramı, tüketim mallarına ilişkin bütün unsurları içerisine alacak şekilde geniş anlamda anlaşılmaktadır. Bu sebeple sözleşmeye uygunluk sadece satılan malın maddi ayıp içermesi halinde değil, kararlaştırılandan daha az teslim halinde yani miktar ayıbında veya kararlaştırılandan başka bir şeyin teslimi yani aliud ifa halinde de söz konusu olur¹⁰.

6. Karinelerin Anlamı

Yönerge, tüketim mallarının sözleşmeye uygunluğunun kanundaki objektif şartlarını, karineler olarak formüle etmiştir. Aslında bunlar karine değil, bağlayıcı hukuk kuralıdır: Öyle ki, aksine sözleşme olmadığı

⁸ Bkz., MüKo-Westermann, § 434, N. 3, 4; Repgen, Tilman: Kein Abschied von der Privatautonomie, Die Funktion zwingenden Rechts in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, Paderborn 2001, s. 48. Alman hukuku için bkz., Emmerich, Volker: BGB- Schuldrecht Besonderer Teil, 14. Aufl. Heidelberg 2015, s. 66.

⁹ MüKo-Westermann, § 434, N. 24.

¹⁰ Grabitz/Hilf-(Magnus), Art. 2, N. 12. Bkz., Fikentcher, Wolfgang/Heinemann, Andreas: Schuldrecht, Berlin 2006, s. 415.

takdirde, tüketim mallarının hangi özelliklere sahip olması ve amaçları göstermesi gerektiğini, 2. fıkranın a-d bentlerinde belirtilen olgular belirler. Bu sebeple gittikçe artan görüşe göre, karineler ispat yüküne ilişkin bir kural oluşturmazlar¹¹.

7. Unsurların Kümülatifliği

Yönergenin gerekçelerinden m. 8'e göre 2. maddenin 2. fıkrasında belirtilen olguların (karine olarak isimlendirilen unsurların) hepsinin birden gerçekleşmesi gerekir, yani bunlar kümülatiftir. Bir tüketim malı kural olarak sadece 2. maddenin 2. fıkrasında belirtilen gereklere uygun olduğu takdirde sözleşmeye uygundur. Bununla birlikte eğer sözleşmede kararlaştırılan veya tüketicinin makul beklentileri ile olguların birleşimi tezat oluşturuyorsa artık birleşim/kümülatiyon uygulanmaz. Örneğin bir tüketici, evinde dekorasyon olarak kullanmak amacıyla aldığı eski bir tüfeğin ateş etmesini, bir tüfeğin olağan amacı ateş etmek olmasına rağmen, bekleyemez.

B. 1999/44/AT Yönergesine Göre Sözleşmeye Uygunluğun Gereklere

1. Satıcı Tarafından Yapılan Tanımlamaya ve Verilen Örnek - Modele Uygunluk

Yönergenin 2. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde düzenlenmiştir. Satılan mal, satıcının yaptığı tanımlamaya veya sunduğu örnek ya da modele uyduğu takdirde sözleşmeye uygunluk vardır.

Tanımlamaya göre satım (description), satılan malın özellikleri konusunda maddi bilgiler içeren, satım kararı için olağan olarak önem taşıyan satıcının bütün sözel ve yazılı açıklamalarıdır. Tanımlama kavramı sadece doğrulanabilen gerçek bir içeriğe dayanmalıdır. Örneğin katalogdaki bilgilere göre satım veya sözleşme kurulurken yapılan görüşmede belirtilen nitelikler bu kapsamdadır. Buna karşılık, ortalama tüketicilerin kendiliğinden anlayabileceği/fark edebileceği abartılan reklamlar bu kavrama dahil değildir¹². Tanımlamanın satıcı tarafından yapılması gerekir. Yetkili olarak onun için çalışanların yaptıkları da yeterlidir.

¹¹ Grabitz/Hilf-(Magnus), Art. 2, N. 21.

¹² Grabitz/Hilf-(Magnus), Art. 2, N. 26.

Tarafların satımın örnek veya model üzerinden yapıldığına ilişkin anlaşmalarının aranıp aranmayacağı, ya da örnek veya modelin sadece verilmesinin bağlanma için yeterli olup olmayacağı tartışmalıdır. CISG’de gittikçe artan görüşe göre tarafların anlaşmaları gereklidir. Bu görüş benzer şekilde Yönergedeki düzenleme için de kabul edilmektedir. Satıcı model veya örneği herhangi bir sınırlama olmaksızın verir ve onun özelliklerinin satılan mala uygun olacağı şeklinde bir izlenim yaratırsa, örnek veya modelin verilmesi bağlanma için yeterlidir. Tüketici buna haklı bir şekilde güvenebilir¹³.

Alıcının deneme süresi sonunda malı geri verme hakkının bulunduğu deneme üzerine yapılan satımlar, bu düzenlemenin kapsamına girmemektedir.

Bu hüküm Yönergeye CISG Art. 35 Abs. 2 bend. c’den alınmıştır.

2. Tüketici Tarafından Bildirilen Özel Amaca Uygunluk

Yönergenin 2. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi, sözleşmeye uygunluğu tüketicinin takip ettiği belirli yararlanma amacına bağlamıştır. Tüketici sözleşmenin kurulması sırasında sahip olduğu özel kullanım amacını satıcının bilgisine sunmak/ona bildirmek zorundadır. Satıcı da bu amacı onaylamalıdır. Bu hüküm CISG’de bulunmadığı gibi Yönergenin 1996 ve 1998 taslaklarında da bulunmamaktadır. Önceki taslaklarda satıcının onaylaması aranmamaktaydı. Satıcının onayının aranması koşulu zaten 2. maddenin 1. fıkrasında yer aldığından aslında gereksiz olmakla birlikte, şimdiki düzenleme, satıcının, alıcının tek taraflı amaç belirlemeleri ile yetinmek zorunda bırakılmasını engellemek için konulmuştur¹⁴.

Yönergenin 2. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinin uygulanması için, tüketicinin satıcıya satım konusunun uygun olmasının istediği belirli bir amacı bildirmelidir. Belirli amaç malın olağan amacının dışında olmalıdır, zira olağan amaç zaten (c) bendinde düzenlenmiştir. Örneğin tüketici dağlarda kullanmak amacıyla bir uyku tulumu almak istediğini

¹³ Grabitz/Hilf-(Magnus), Art. 2, N. 30.

¹⁴ Grabitz/Hilf-(Magnus), Art. 2, N. 33. Bkz., Sandrock, Andrea: Vertragswidrigkeit der Sachleistung. Eine Untersuchung zum europäischen Privatrecht, Tübingen 2003, s. 69.

bildirmiş ise satıcıya uyku tulumunun çok soğuk havaya uygun olmak zorunda olduğunu yeterince bildirmiş olur.

Yönergenin 2. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendindeki düzenlemeye TKHK'da yer verilmemiştir.

3. Olağan Kullanım Amacına Uygunluk

Yönergenin 2. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinde düzenlenmiştir. Hemen hemen bütün üye ülkelerin hukukları ve CISG, satıcının her halükarda aynı türden mallarda bulunan olağan özellikleri taşıyan malları ifa etmesini beklemektedir. Buradan hareketle eğer taraflar özel bir amaç için kullanımı kararlaştırmamışlarsa, belli bir kullanımı veya belli bir özelliğin bulunmasını zımnen kararlaştırdıkları veya bu konuda açıkça bir iletişime geçmeyi gereksiz saydıkları kabul edilir¹⁵. Ancak buradaki özellikler ve nitelikler her kişinin alışveriş hayatında kural olarak bekledikleri özelliklerdir. Örneğin, benzer mallarda genellikle bulunan veya benzer malların kullanıldığı amaca uygun özellikler tüketicilerin beklediği haklı özelliklerdir. Malın olağan durumu, geçerli olan güvenlik kurallarına uygun olma olarak kabul edilir. Burada borçlunun orta kalitede mal teslim etme yükününün bir uygulaması söz konusudur¹⁶.

Olağan kullanım amacına uygunlukta objektif ayıp söz konusu olmaktadır.

Malda olağan kalite ve performansın bulunması beklenmektedir. Bu minimum koşulu tüketim malları daima taşımalıdır yeter ki taraflar anlaşmalarıyla özel bir amaç kararlaştırmış olmasınlar.

(c) bendinin aradığı olağan amaç ve (d) bendinin aradığı olağan kalite birbirinin içine geçmiştir, fakat pratik sonuçları açısından bu, önem taşımaz¹⁷.

Bir malın hangi amaca uygun olmak zorunda olduğu, malın olağan kullanıcı çevresinde hakim olan işlerdeki anlayışa göre belirlenir¹⁸. Böylece malın bütün olağan kullanım amaçlarına sahip olması yeterli

¹⁵ Sandrock, s. 70; Fikentcher/Heinemann, s. 410, 411.

¹⁶ Sandrock, s. 71, 72.

¹⁷ Grabitz/Hilf-(Magnus), Art. 2, N. 38.

¹⁸ Grabitz/Hilf-(Magnus), Art. 2, N. 40.

olur. Olağan kullanım amacına, benzer mallarda olağan görülen dayanıklılık süresine yaklaşık olarak ulaşması da dahildir. Bundan başka olağan kullanım amacına, bunlar olmaksızın malın tehlikesiz kullanımı mümkün olmayacaksa, anlaşılabilir ve yanlışsız kullanım, hizmet ve montaj açıklamaları (klavuz, rehber, kullanım talimatları) da dahildir.

Bu norm CISG 35. maddesinin 2. fıkrası bend a'ya uygundur.

4. Olağan Nitelik, Performans ve Kamuya Yapılan Açıklamalara Uygunluk

2. maddenin 2. fıkrasının (d) bendi, aynı türdeki mallarda olağan olan nitelik ve performansı gösteren ve tüketici tarafından makul bir şekilde beklenen tüketim mallarını düzenlemektedir. Bu bent, kısmen (c) bendinin talep ettiği aynı türden malların taşıdığı olağan amaçların taşınmasının yeterli olacağı ile örtüşmektedir. Birçok yerde açıklanan ve bazen de eleştirilen (d) bendi ile getirilen farklılık, olağan nitelik ve tüketicilerin haklı beklentileri ölçütünün, satıcının reklamlarından veya kamuya yapılan açıklamalarından ve herşeyden önce üreticinin açıklamalarından çıkarılmış olmasının aranmasıdır.

Böylece arzda bulunanlar açısından tek taraflı olarak yapılan kamuya açık bildirimlere özellikle reklamlara belli bir bağlılık etkisi tanınmaktadır. Çünkü bu bildirimler, alıcının satın alma kararının esas sebebinin oluşturmaktadır. Kamuya yapılan bildirimlerden sorumlu olmak için bu konuda tarafların bilinçli bir anlaşma yapması gerekli değildir. Ayrıca satıcı bu tür kamuya açık bildirimlerden sorumlu olmayacağını kararlaştıramaz¹⁹.

Bununla birlikte, satıcının, üreticinin veya onların temsilcilerinin kamuya yaptıkları açıklamalar, hiç bir şekilde doğrudan bağlılık sağlamamakta, onun yerine tüketicinin hangi kalite beklentilerine makul bir şekilde sahip olduğunu belirlemek için dikkate alınmaktadır. Böylece kamuya açık bildirimler, borçlanılan ürünün olması gereken niteliğini somutlaştırmak için bir yorum unsuru oluşturmaktadır. Dolayısıyla kamuya yapılan bildirimler dolaylı bir bağlılık sağlamaktadır.²⁰

¹⁹ Reppen, s. 50 vd.

²⁰ Grabitz/Hilf-(Magnus), Art. 2, N. 44.

a) Beklenen Kalite

Bu düzenleme ile tüketicinin piyasada olağan kalite ve performansı gösteren malların teslimini bekleyeceği kabul edilmektedir. Ancak açık ya da örtülü olarak yapılan anlaşmalar ile bu beklenti düzeyi daha düşük bir seviyeye çekilebilir. Mantıklı ve objektif olarak haklı beklentiler, malın yeni veya kullanılmış olup olmadığı, marka mallar veya daha ucuz mallar açısından farklılık gösterebilir²¹.

Piyasaya uygunluğu değerlendirmek için satımın yapıldığı piyasaya göre hareket edilir. İnternette yapılan satımlarda bu piyasa internettir, yani internette yapılan satımlar karşılaştırılacaktır.

b) Kamuya Yapılan Bildirimler

Tüketicinin satılan malın kalitesi ve performansı konusundaki makul bir şekilde sahip olduğu beklentiler, genellikle tüketicinin satım sözleşmesi sırasında kendisinin edindiği, daha önce yapılan işlemlerden veya özel olarak soruşturarak öğrendiği bilgilerin bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Ancak mal hakkında yapılan reklamlar veya kamuya yapılan açıklamalar önemli ölçüde bu beklenti alanını genişletmiştir. (d) bendi buna uygun olarak tüketicinin makul beklentileri için malın somut özellikleri konusunda özellikle reklamlarda veya etiketlemelerde yaptığı kamusal açıklamaları dikkate almıştır.

Açıklamanın anlamında ölçü olarak, makul ve mantıklı bir tüketicinin değerlendirdiği ve yorumladığı esas alınır. Abartılı reklamlar veya değer yargıları dikkate alınmaz.

Düzenleme, mal hakkındaki özellikleri gösteren özellikle gazete-lerde ve televizyondaki yayınlarla yapılan bütün reklamları veya internette yapılan reklamları kapsar. Malın etiketleri veya diğer mal ile ilgili bilgiler de malın üzerinde bulunsun veya bulunmasın aynı şekilde değerlendirilir. "Özellikle" ifadesiyle kamuya yapılan bütün bildirimler dikkate alınır.

Bir bildirim kamuya açık olması, bildirimde bulunanın bunun yayılmasını yönetemeyecek şekilde büyük kitlelere yapılması anlamındadır. Eğer açıklama kamuya değil de doğrudan tüketiciye yapılmışsa (a) bendi satıcının malın kalitesi konusundaki tanımlaması ile bağlı olacağını belirlemektedir.

²¹ Grabitz/Hilf-(Magnus), Art. 2, N. 45.

Açıklama ayrıca üretici veya onların temsilcilerinden kaynaklanmış olabilir. Satıcı kendi sorumluluk alanından kaynaklanan kamuya yapılan açıklamalardan her halükarda sorumludur. Ancak satıcı üreticinin yaptığı ilgili açıklamalardan da sorumlu tutulmaktadır. Bununla birlikte 2. maddenin 4. fıkrasında belirtilen hallerde sorumluluktan kurtulabilmektedir.

Satıcı aynı zamanda üreticinin temsilcilerinin yaptığı açıklamalardan da sorumludur. Burada hukuki anlamda bir temsil söz konusu değildir. Üreticinin sürüm sistemine çok sıkı bir şekilde bağlı olan bağımsız işletmeciler (franchise alanlar, acenteler ve tek satıcılar) (d) bendi anlamında temsilci olarak kabul edilmektedir²². Yönergenin kapsamı çerçevesinde üreticinin kendi sorumluluğu bulunmamaktadır.

c) Kamuya Yapılan Bildirilere Bağlılıktan Kurtulma

Satıcı (d) bendinde belirtilen kamuya yapılan açıklamalara bağlı olmaktan 2. maddenin 4. fıkrasında belirtilen kurtuluş sebeplerine başvurabildiği ölçüde kurtulabilir. 4. fıkra üç değişik sebep öngörmektedir. Tek bir kurtuluş sebebinin gerçekleşmesi yeterlidir.

Birinci kurtuluş sebebi, satıcının açıklamayı bilmediği ve mantıklı olarak bilemeyeceğini ispat etmesidir²³. Bu husus üreticinin ve onun temsilcilerinin açıklamalarına ilişkindir. Çünkü satıcı kendi sorumluluk alanındaki açıklamaları daima bilmek zorundadır. Satıcının sattığı mallara ilişkin üretici reklamlarını profesyonel satıcılar kural olarak bilmek zorundadırlar.

İkinci kurtuluş sebebi, uygulamada en az önemli olanıdır. Burada satıcının söz konusu açıklamayı sözleşmenin kurulması sırasında hali hazırda düzeltilmiş (Berichten, corrected, rectifée) olduğunu ispatlaması aranmaktadır²⁴. Satıcı, kamuya yapılmış olan açıklamayı düzeltmekte, doğrusunu tüketiciye bildirmektedir.

Üçüncü kurtuluş sebebi, bu açıklamanın alıcının satın alma kararında etkili olmadığını satıcının ispat etmesidir. Fiilen bu ispat ancak satıcının kamuya açık bu açıklamalardan hiç bir bilgisinin olmadığını ispatlaması ile gerçekleşir.

²² Grabitz/Hilf-(Magnus), Art. 2, N. 52. Bkz., MüKo-Westermann, Art. 343, N. 32.

²³ Bkz., MüKo-Westermann, Art. 343, N. 33.

²⁴ Repgen, s. 50

III. TKHK'nun Özelliklerinin Yönerge ile Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi

1999/44/AT YÖNERGESİ m.2	TKHK	Değerlendirme
2- (1) Satıcı, malları satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür.	9- (1) Satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür.	Ayıp tanımına ilişkin 8. madde değerlendirilirken 9. madde de dikkate alınmalıdır.
2- (2) (Aşağıdaki özellikleri taşıyan) tüketim mallarının sözleşmeye uygun olduğu (karineten) kabul edilir:		
a) Satıcı tarafından yapılan tanıma uyan ve satıcının tüketiciye örnek veya model olarak verdiği malın özelliklerine uygun olan;	8- (1) Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması (ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması) nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır. 8-(2) (... satıcı tarafından bildirilen niteliğe aykırı olan,...)	8. maddenin 1. fıkrasındaki parantez içindeki cümlele dikkate alınmazsa esas olarak karşılığı bulunmaktadır.
b) Tüketicinin sözleşmenin kurulması sırasında satıcının bilgisine sunduğu ve satıcının onayladığı tüketicinin izlediği özel bir amaca uyan;		Karşılığı yoktur.

c) Aynı türdeki mallarda olağan olarak kullanılan amaca uygun olan;	8- (2) (...muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, ...)	Olağan kullanım amacı yazılmadığından eksiklik vardır.
d) Malın niteliği ve yeri geldiğinde satıcının, üreticinin veya onların temsilcilerinin özellikle reklamlar veya etiketleme/tanıtım yoluyla malın somut özellikleri konusunda yaptıkları kamuya açık bildirimler dikkate alındığında, tüketici tarafından makul bir şekilde beklenebilen ve aynı türdeki mallarda olağan olan kalite ve performansı gösteren;	8-(2) Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; (satıcı tarafından bildirilen) veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; (muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan), tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir.	Yönergede öngörülme- meyen unsurlar taşımaktadır.
2-(3) Tüketicinin sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği veya sözleşmeye aykırılığın tüketicinin temin ettiği maddelerden kaynaklandığı durumlarda, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz.	10- (2)Tüketicinin sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği hallerde sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz.	Büyük ölçüde düzenlenmiştir.

<p>2- (4) Satıcı 2. fıkranın (d) bendinde belirtilen kamuya yapılan açıklamalarla, eğer ilgili açıklamayı bilmediğini ve bilmesinin makul bir şekilde beklenemeyeceğini,</p> <p>ilgili açıklamanın satış sözleşmesinin kurulduğu anda düzeltilmiş olduğunu veya satım sözleşmesi kurma kararının ilgili açıklamanın etkisi ile verilmediğini ispatlarsa bağlı olmaz.</p>	<p>9-(2) Satıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin satış sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu veya satış sözleşmesi kurulma kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağlı olmaz.</p>	<p>Düzenlenmiştir.</p>
<p>2-(5) Malın montajı satım sözleşmesinin bir parçası olduğu ve montajın satıcı veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda, gereği gibi yapılmaması sözleşmeye aykırılık ile bir tutulur. Aynı sonuç tüketicinin belirlediği ürünün tüketici tarafından monte edilmesi ve montajın gereği gibi yapılmamasına montaj açıklamalarının sebep olduğu durumlar için de geçerlidir.</p>	<p>8- (3) Sözleşmeye konu olan malın (...) satıcı tarafından veya onun sorumluluğu atında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hallerde montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur.</p>	<p>İfade kaymaları bulunmakla birlikte düzenlenmiştir.</p>

1) Ayıplı ifanın sözleşmeye aykırı ifa olduğuna 8. madde metninde yer verilmemiştir.

Oysa 8. maddenin gerekçesinde bu şekilde yapıldığı bildirilmektedir.

“Tanımda öncelikle ayıplı ifanın, sözleşmeye aykırı ifa olduğu vurgulanmış; dolayısıyla malın teslim edildiği anda sözleşmede kararlaştırılmış olan özellikleri taşımaması veya taraflarca kararlaştırılmış örnek

veya modele uygun olmaması halinde, ayıplı bir ifanın var olacağı kabul edilmiştir.”

Gerekçesinde sözleşmeye aykırı ifanın ayıplı ifa olduğu belirtilmesine rağmen, bu ifadenin 8. madde metninde yer almayıp ayrı bir madde olarak 9. maddede (9- (1) Satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür.) düzenlenmesi, gerekçenin yazılmasından sonra metnin şimdiki hale getirildiğini göstermektedir. Bununla birlikte bu şekilde düzenleme ayıp tanımını belirlemek için 8. ve 9. maddenin birlikte okunmasına ve anlamlandırılmasına engel değildir.

Kanunun Yönergeyi gerçekleştirme amacı, 8. maddenin gerekçesi ve Yönergedeki düzenleme dikkate alındığında, tutarlı ve anlaşılabilir bir ayıp tanımı için 9. maddenin 1. fıkrasının dikkate alınma zorunluluğu bulunmaktadır. Buna göre, *satıcının malı sözleşmeye aykırı olarak ifa etmesi halinde ayıp söz konusu olur.*

2) Ayıplı malın “objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıyamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı mal” olarak kabul edilmesi isabetli değildir.

Yukarıda (I) daha ayrıntılı olarak belirtildiği üzere TKHK’un 8. maddesinin 1. fıkrasındaki bu düzenleme, objektif ayıp kavramı ile sübjektif ayıp kavramını aynı anda kullanarak çelişkili bir şekilde kaleme alınmıştır. 8. maddenin 1. fıkrasının ifade edilmiş tarzından objektif ayıp kavramına üstünlük tanındığı gibi bir sonuç çıkmaktadır. Oysa TKHK hem gerekçesinde ayıp tanımının içerisinde sözleşmeye aykırılığın yer aldığını belirtmesi, hem de sözleşmeye uygun mal teslimini satıcının temel yükümlülüğü olarak 9. maddede ayrıca düzenlemesi Kanunun sözleşmeye uygun mal teslimini esas kavram olarak kabul ettiğini göstermektedir. Diğer taraftan TKHK’un gerekçesinde açıkça takip ettiğini belirttiği Yönerge, sübjektif ayıp kavramından hareket etmektedir. Yönergede objektif ayıp, ikincil olarak ve taraflar sözleşmede açıkça kararlaştırmadıkları takdirde söz konusu olmaktadır.

Daha önce belirtildiği gibi hem objektif olarak sahip olması gereken özelliği taşımayan, hem de sözleşmeye aykırı olan (yani tarafların kararlaştırdığına aykırı) unsurlar, her koşulda nasıl bir arada bulunacaklardır sorusuna cevap bulma, düzenlemenin çelişkili olduğunu belirtmek dışında olası görülmemektedir. Burada önemli bir çelişki ve hata

vardır. Taraflar sözleşmelerinde objektif standarttan daha düşük bir nitelik kabul edebilirler. TKHK'daki ifade, tarafların objektif standarttan daha düşük bir standardı kabul etmelerinin sözleşmeye aykırılık oluşturacağı gibi anlamsız bir sonuca sebebiyet verecek niteliktedir.

Bu düzenlemeyle neyin amaçlandığını bulabilmek için maddenin gerekçesine baktığımızda daha da vahim bir sonuçla karşı karşıya kalmaktadır: “Bir malın objektif olarak sahip olması gereken asgari özellikleri taşıması gerektiği de taraflar arasında zımnen kararlaştırılmış sayılır.” Taraflar sözleşmelerinde malın objektif olarak sahip olması gerektiğine ilişkin zımni bir anlaşma yapmış olabilirler, bu sözleşmenin yorumlanması ile rahatlıkla bulunabilir. Ancak taraflar objektif beklenen nitelikten daha düşük bir seviyedeki nitelik konusunda da açıkça ya da zımnen anlaşmış olabilirler. Böyle bir anlaşmanın varlığına rağmen objektif özelliğe sahip olmadığı için malı ayıplı kılacak şekilde bir ayıp tanımı yapmak isabetli olmamıştır. Tarafların kararlaştırmadıkları, kanun ile kararlaştırılmış sayılamaz.

Objektif ayıp aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa söz konusu olabilir. Nitekim Yönergenin 2. maddesinin 2. fıkrasının (c) ve (d) bentlerinde objektif ayıp düzenlenmiştir. Buna göre objektif ayıp, aynı türden mallarda olağan olarak kullanılan amaca uygun olmama (c) ve malın somut özelliği ile ilgili olarak kamuya yapılan bildirimlerde yer almış ve makul bir şekilde beklenebilir olması koşuluyla olağan nitelik ve performansa aykırı olma (d) şeklinde tanımlanabilir. Oysa TKHK objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımamadan hareket edip, bu objektif özelliğin ne olması gerektiği konusunda "olağan kullanım amacı", "makul bir şekilde beklenebilir olma" "olağan nitelik ve performans" gibi sınırlandırmalara yer vermemiştir.


3) *Satıcı tarafından yapılan tanımlamaya ve verilen örnek-modele aykırılığın ayıp oluşturduğu Yönergeye paralel olarak düzenlenmiştir.*

Her ne kadar ifadelerin bulunduğu yer, biri TKHK'un 8. maddesinin birinci fıkrası diğeri ikinci fıkrası olsa da içerdikleri anlam itibarıyla satıcının satılan mal konusunda bildirdiği niteliğe aykırı olan veya verdiği örnek ya da modele aykırı olan mal ayıplı maldır. Bu özellik ve niteliğin açık veya zımni olarak sözleşmenin içeriğine dahil edilmesi

gerekir. Burada sübjektif ayıp söz konusudur. Malın olması gereken nitelik, taraflarca kararlaştırılmaktadır.

TKHK'un 8. maddesinde sözleşmeye aykırılığın ayıp oluşturacağına yer verilmemesi ve ayıp tanımına örnek ve modele aykırılık ile başlanması, ayıp kavramının ne olduğunu belirleme konusunda oldukça karışıklığa yol açmaktadır. Ancak Yönergeye paralel olarak okuduğumuzda bu karışıklık bir nebze olsun giderilebilmektedir.

4) Tüketici tarafından bildirilen özel amaca aykırılığın ayıp oluşturduğu TKHK'da düzenlenmemiştir.

Yönergenin 2. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi, yukarıda da belirtildiği gibi tüketici tarafından bildirilen özel amaca uygunluğu, sözleşmeye uygunluk olarak belirlemiştir.  teticinin belirlediği özel amaç satıcı tarafından onaylandığı takdirde, bu amaca uygun olmayan mal ayıplı mal olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kriter TKHK'daki ayıp kavramının kapsamında özel olarak yer almamaktadır. Bununla birlikte, sözleşmeye aykırı bir mal teslimi ayıplı mal teslimi olarak kabul edildiğinde, teticinin sözleşmede özel kullanım amacını bildirdiği ve satıcının bu amacı onaylayarak sözleşmenin içeriğine dahil etmiş olduğu durumlarda, artık bu amaca aykırı bir mal teslimi sözleşmeye aykırılık ve dolayısıyla ayıplı ifa oluşturacaktır.

5) Aynı türdeki malların olağan kullanım amacına aykırılığın ayıp oluşturduğu, muadili olan malların kullanım amacına aykırılık olarak 8. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir.

Yönergenin 2. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinde düzenlenen ve objektif ayıp kavramının (d) bendi ile birlikte önemli bir parçasını oluşturan, malların olağan kullanım amacına aykırılık, 8. maddenin 2. fıkrasında bir yan cümlede yer almaktadır ve "muadil malların kullanım amacı" olarak ifade edilmiş olup, "olağan" sıfatına yer verilmemiştir. TKHK'na göre aynı türden malların kullanım amacına aykırı olan bir mal ayıplı bir maldır. Biz buradaki kullanım amacını Yönergede belirtildiği gibi olağan, mutlak kullanım amacı olarak kabul edilmesinin daha isabetli olacağını düşünüyoruz. Buna göre, bir malın hangi amaca uygun olmak zorunda olduğu, malın olağan kullanıcı çevresinde hakim olan işlerdeki anlayışa göre belirlenmelidir.

Olağan kullanım amacına aykırılığın ayıp oluşturması için daha önce tarafların malın olması gereken niteliği konusunda anlaşmamış olmaları gerekir. Böyle bir anlaşmanın yokluğunda tüketicilerin benzer malların olağan kullanım amacına uygun özellik ve nitelikleri taşıyan malları bekleyeceklerinden hareket edilerek olağan kullanım amacının zımnen kararlaştırıldığı durumlar için söz konusu olur. Yönergenin ve yönergeyi aktaran üye ülkelerin önemli ölçüde vurguladığı bu unsur, TKHK'nun 8. maddesinin 2. fıkrasında yönergenin 2. maddesinin 2. fıkrasının (c) ve (d) bentlerini kapsayacak şekilde birlikte düzenlenmeye çalışılmıştır. Ancak aşağıda belirtileceği üzere Yönergeden önemli bazı farklılıkları bulunmaktadır.

6) TKHK'nun 8. maddesinin 2 fıkrası, Yönergenin 2. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendinden oldukça farklı düzenlenmiştir.

Ayrıca başka bir unsur aranmaksızın, TKHK 8, f.2'de "Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan mallar" ayıplı sayılmaktadır. Söz konusu özelliklerin Yönergeden farklı olarak, satılan malın somut özelliklerine ilişkin olması gerektiği, abartılı reklamların dikkate alınmayacağı, makul olağan tüketici beklentilerine uygun olması gerektiği, aksinin sözleşme ile kararlaştırılıp daha düşük bir beklentinin kabul edilebileceği düzenlenmiştir. TKHK 8, f. 2'nin lafzı dikkate alındığında, kamuya yapılan sözü geçen açıklamalarda yer alan özelliklere aykırı mal teslimi ayıplı mal teslimi olarak kabul edilebilecektir.

Nitekim TKHK'nun gerekçesine göre, "Bu düzenleme ile malın ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda veya reklam ve ilânlarında yer alan niteliklere sahip olacağının da taraflarca kararlaştırılmış olduğu kabul edilmiştir. Kamuya yapılmış olan bu tür bildirimlerden, satıcının ve tüketicinin haberdar olduğu ve bu bilgi ışığında sözleşmeyi kurdukları varsayılmaktadır. İşte malın, sözleşme ile belirlenmiş olan bu özelliklerinden herhangi birine sahip olmaması halinde ayıplı olduğu kabul edilir."

Kamuya yapılmış bildirimlerde yer alan her unsurun taraflarca kararlaştırılmış varsayılması isabetli olmamıştır. Gerekçeden hareket ettiğimizde herhangi bir sınırlama getirilmeden kamuya açık bildirimlerdeki

her ifade, taraflar bu konuda anlaşmamış olsalar, bunlar abartılı reklam niteliğinde olsa, tüketicinin makul beklentilerini karşılamaya yönelik olmasa, taraflar aksine anlaşma yapmış belirtilen özellikten farklı bir özellik konusunda anlaşmış olsa bile, kısaca taraflar bu konuda anlaşmamış olduğu halde sözleşmenin içeriği haline getirilmekte ve bu özelliğin bulunmaması sözleşmeye aykırılık, yani ayıp sayılmaktadır.

Aslında burada kamuya yapılan reklam ve ilanlarda yer alan malın somut özelliğine ilişkin bildirimler sebebiyle tüketicinin malda bulunması gereken özellikler konusunda haklı beklentilerinin ne olduğu belirlenmekte ve tüketicinin bu haklı beklentileri gerçekleşmediği takdirde ayıp söz konusu olmaktadır. Nitekim Yönergedeki düzenleme bu şekildedir. Yönergeye göre, satıcının, üreticinin veya onların temsilcilerinin kamuya yaptıkları açıklamalar, hiç bir şekilde doğrudan bağlılık sağlamamakta, onun yerine tüketicinin hangi kalite beklentilerine makul bir şekilde sahip olduğunu belirlemek için dikkate alınmaktadır. Bu çerçevede tüketicilerin makul beklentilerine uygun olmayan açıklamalar, abartılı reklamlar, malın somut özelliklerine ilişkin olmayan bildirimler dikkate alınmamaktadır.

Aktarılmak istenen Yönergedeki amaç ve düşünce, kanun metni yeterince iyi kaleme alınmadığı için aktarılamamıştır. Kanımızca kanunun Yönergeye uygun olarak anlaşılması ve söz konusu bildirimlerde yer alan özellik ve niteliklerin malda bulunmamasının malın somut özelliğine ilişkin olduğu ve tüketicide haklı beklenti yarattığı takdirde ayıplı kabul edilmesi gerekir.

Diğer taraftan Yönergenin 2. maddesinin 4. fıkrasına paralel olarak önceki TKHK'da olmayan bir yenilik ile satıcı, özellikle üreticinin yapmış olduğu kamuya açık bildirimlerin satıcı tarafından bilinmediği veya bilinmesinin beklenmediği, satıcının sözleşmenin kurulması sırasında kamuya yapılan açıklamayı düzelterek doğrusunu tüketiciye bildirildiği veya bu açıklamaların tüketicinin satın alma kararında etkili olmadığını ispatladığı durumlarda kamuya yapılan bildirimlerle ilgili olmaktan kurtulabilmektedir. Ancak bu kural TKHK m.8'de değil, 9. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Dolayısıyla ayıptan sorumluluk ve ayıp kavramı ile ilgili bu düzenlemenin 8. madde ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

IV. Montaj Ayıbı

TKHK m. 8, f. 3'e göre; "Sözleşmeye konu olan malın, ...montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hâllerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur."

Yönergenin 2. maddesinin 5. fıkrasını karşılamaktadır. Yönergedeki düzenleme satım sözleşmesi için getirilmiştir. Sözleşme eser sözleşmesi niteliğindeyse eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır²⁵. Burada satılan malın montajının yapılmasına ilişkin yan edim yükümlülüğünün gereği gibi yapılmaması, sözleşmeye aykırılık yani ayıp kavramı altında değerlendirilmektedir. Böylece montaj ayıbı kusur sorumluluğuna değil, satıcının tekeffül sorumluluğuna dahil olmakta, satıcının malı ayıpsız teslim etme yükümlülüğü ile bir tutulmaktadır²⁶.

Düzenleme, iki durumu içermektedir. Birincisinde, ayıp satıcı veya onun sorumluluğu altındaki kişilerce montajın gereği gibi yapılmadığı için gerçekleşmektedir. İkincisinde, tüketicinin montajı kendisinin yaptığı durumlarda ayıp montaj açıklamalarındaki eksiklik veya yanlışlık dolayısıyla gerçekleşmektedir.

İkinci durum özellikle tüketicinin kurulmaya hazır kısımları satın alıp evinde satıcının veya üreticinin verdiği kılavuz veya talimatlarına göre kendisinin birleştirdiği kısmen mobilya ticaretinde (IKEA) veya bazı oyuncaklarda ya da model maketlerde görülür²⁷.

Montaj klavuzuyla birlikte satılan ve sadece kurulumun teknik bir kişi tarafından yapılacağı örneğin elektronik gereçler bu kapsamda değildir.

V. Satıcının Temerrüdü TKHK'un 8. Maddesinde Düzenlenmiş Midir?

TKHK'un 8. maddesinin 3. fıkrasında malın montajının gereği gibi yapılmaması ile birlikte kararlaştırılan sürede teslim edilmemesinin sözleşmeye aykırılık olacağı düzenlenmiştir. Buna göre, "Sözleşmeye

²⁵ Bkz., MüKo-Westermann, Art. 343, N. 36.

²⁶ Repgen, s. 47.

²⁷ Westermann, JZ 2001 s. 530, 533; Sandrock, s. 121.

konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir."

Bu durumda satıcının sözleşmeye aykırı mal teslimi ayıplı ifadır, o halde malın zamanında teslim edilmemesi ayıp kavramı altında değerlendirilebilir mi? ya da TKHK "ayıplı mal" başlığını taşıyan 8. maddesinin 3. fıkrasındaki bu düzenleme ile TKHK ile satıcının temerrüdünün de düzenlenmiş olduğu kabul edilebilir mi gibi soruların sorulması kaçınılmaz olmaktadır.

Bilindiği üzere tüketicinin korunması hukukunda satıcının borcunu ifada temerrüdü düzenlenmemiştir. 1999/44 sayılı Yönergede de temerrüt kapsam dahilinde değildir. Temerrüt esas olarak Borçlar Kanununda düzenlenmektedir.

Temerrüt borcun zamanında ifa edilmemesidir. Oysa ayıp halinde satılan mal ifa edilmiş olup, ifa edilen mal olması gereken özellik ve nitelikleri taşımamaktadır. Dolayısıyla temerrüdü ayıp kavramı altında değerlendirmek ve ayıplı mal başlığını taşıyan bir madde altında düzenlemek, oldukça isabetsiz olup kavram kargaşasına sebebiyet verecek niteliktedir.

TKHK'da yapılan bu düzenleme ile satıcının temerrüdü de Kanun kapsamına alınmış mıdır sorusuna "hayır" demek dışında bir yanıt bulunamamaktadır. Kanunda bir düzenlemenin yapıldığı sonucuna varabilmemiz için şartlarının ve sonuçlarının da düzenlenmiş olması gerekir. Acaba "sözleşmeye konu olan malın sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemiş olması"nın TKHK'da herhangi bir sonucu bulunmakta mıdır? Kanunun 11. maddesinde "tüketicinin seçimlik hakları" üst başlığı altında düzenlenmiş olan (a) Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme; (b) Satılanı alıkoymaya ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme; (c) Aşırı bir masraf gerektirdiği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme; (d) İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme yaptırımlarından hiçbirinin henüz teslim edilmemiş bir mal için başvurulacak yaptırımlar olamayacağı açıktır. (Bir an için dönme yaptırımını uygulanabilecekmiş gibi görünse de, (a) bendindeki "satılanı geri vermeye hazır olduğu bildirerek" ifadesiyle dönme yaptırımının da temerrüt için uygulanamayacağı, kanun koyucunun burada temerrüdü kapsama alma niyetinin bulunmadığı açık bir şekilde anlaşılmaktadır). Dolayısıyla satıcının malı



zamanında teslim etmemiş olmasının, TKHK'da düzenlenmiş herhangi bir hukuki sonucu bulunmamaktadır.

Sonuç olarak TKHK'un 8. maddesinin 3. fıkrasında satıcının malı sözleşmede kararlaştırılan sürede teslim etmemiş olmasının sözleşmeye aykırılık olduğuna yer vermesinin, bu durumun TBK m. 112, 117 vd.'nda düzenlenen sözleşmeye aykırılık hallerinden olduğunu açıklamaktan öte bir anlamı olmadığı kanısındayız. Dolayısıyla, satıcının satılan malı temerrüitten sorumluluğu TKHK'da düzenlenmemiştir.

Sonuç

TKHK'da ayıp kavramı 1999/44/AT sayılı Yönergede düzenlendiği şekilde anlaşılmalıdır. Kanun koyucunun esas amacının bu Yönergeyi gerçekleştirmek olduğu açıktır.

Kanunun Yönergeyi gerçekleştirme amacı, 8. maddenin gerekçesi ve Yönergedeki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde tutarlı ve anlaşılabilir bir ayıp tanımı için 9. maddenin 1. fıkrasının dikkate alınma zorunluluğu bulunmaktadır. Buna göre, satıcının satılan malı sözleşmeye aykırı olarak ifa etmesi halinde ayıp söz konusu olur. Bu sebeple subjektif ayıp kavramına üstünlük tanınmalıdır. Satıcının satım sözleşmesinin kurulması sırasında malın özellik ve niteliklerine ilişkin yaptığı bildirimler, vermiş olduğu örnek veya modelde yer alan özellikler; alıcının satım sözleşmesi sırasında beklediği özellik ve nitelikleri bildirmesi ve tarafların bu konularda açıkça veya zımnen anlaşmış olması durumunda, uyuşulan özellik veya niteliğe aykırı mal ayıplı maldır. Objektif ayıp ise ikincil olarak dikkate alınır. Objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı mal" sözel anlamı itibarıyla çelişki içermesine rağmen, Yönergeye uygun yorum tarzına göre anlaşılmalıdır. Buna göre, taraflarca kararlaştırılmadığı durumlarda malda aranan özellik ve nitelik, malın olağan kullanım amacına, maldan beklenen olağan kalite ve performansa göre belirlenir.

Satım konusu maldan beklenen kalite ve özelliğin belirlenmesinde, malın somut özelliklerine ilişkin yapılan kamuya açık tüm bildirimler aynı türden mallarda olağan olan kalite ve performansı göstermeleri ve tüketici tarafından malda bulunması konusunda haklı beklenti yarattıkları ölçüde dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla ancak bu şartlar altında sözü geçen bildirimlerde yer alan özelliklerin bulunmaması ayıp oluşturur.

Kamuya yapılmış bildirimlerde yer alan her unsurun taraflarca kararlaştırılmış varsayılması ve bildirimde yer alan her özelliğin yokluğunun ayıp oluşturacak şekilde kaleme alınması isabetli olmamıştır. Böyle ki abartılı reklamlarda belirtilen nitelikler dahi kanunun lafzına göre ayıp niteliğindedir. İsaletli olmayan bu geniş lafzın Yönergedeki unsurlar dikkate alınarak amaca uygun sınırlamaya tabi tutulması gerekir.

Yönergedeki düzenlemeye paralel olarak, malın montajının satıcının sorumluluğunda veya satıcının verdiği kılavuz ve talimatlara göre alıcı tarafından gereği gibi yapılmaması hali de ayıp kavramı ile eşdeğer tutulmuştur.

Sözleşmeyle kararlaştırılan malın zamanında teslim edilmemesi "ayıp" oluşturmaz. TKHK'un 8. maddesinin 3. fıkrasındaki ifade, sadece bilgi verici hâli hükümlerdeki sözleşmeye aykırılığı tekrar eden, tüketici hukuku açısından herhangi bir işlevi olmayan bir ifade olarak değerlendirilmelidir. Zira satıcının malı zamanında teslim etmemesinin TKHK'da düzenlenmiş herhangi bir sonucu veya yaptırımını bulunmamaktadır.