

Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa

Defective Services in Consumer Law

Ece BAŞ SÜZEL*

Öz

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamı, eski Kanun'a kıyasla genişletilmiş ve hizmet sözleşmeleri adı altında, bir işin görülmesine yönelik sözleşmelerin de kapsama dahil olduğu kabul edilmiştir. Buna örnek olarak, vekâlet sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, taşıma sözleşmesi, kira sözleşmesi ve eser sözleşmesi gösterilebilir. Bu sözleşmelerin bazılarında ayıplı ifa söz konusu olabilecektir. Ancak bazılarında ise, bir sonuç taahhüdü bulunmadığından, ayıplı ifadan söz edilemez. TKHK m. 15, ayıplı ifa halinde tüketicinin sahip olduğu hakları düzenlemektedir. Ancak bunların işin niteliğine ne kadar uygun olduğu tartışılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Ayıplı hizmet, Tüketici Sözleşmeleri, Sigorta Sözleşmesi, İnşaat Sözleşmesi, Esaslı İhlal, Onarım Hakkı, Tazminat

Abstract

As against the old Consumer Protection Code, the new Code numbered 6502 has been widened the scope of application and service contracts, such as contracts of mandate, insurance contract, contracts of carriage, rental contract and contract of work are included. For some of these examples, defective performance is indeed possible. However, for others, defect can not arise since there is no outcome which could be defined as defective. Consumer Protection Code Article 15 is regulated the rights of the consumer in case of a defective performance. However it must be argued that if those rights are compatible with the nature of the service contracts.

Keywords: Defective Services, Consumer Contracts, Insurance Contracts, Construction Contracts, Fundamental Breach, The Right of Repair, Damages

* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ece.bas@bilgi.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-1769-2915>.

I. TKHK'YA GÖRE İŞ GÖRME SÖZLEŞMELERİNDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

A. TKHK M. 3'ÜN DAR YORUMLANMASI

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (d) bendine bakıldığında, hizmet, “*Bir ücret ya da menfaat karşılığı yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işlemi*” olarak tanımlanmıştır.¹ Dolayısıyla bu tanım lafzen yorumlandığında, bir iş görme sözleşmesi söz konusu olmasa bile, mal sağlamanın dışında kalan her türlü tüketici işleminin “hizmet” olarak nitelendirildiği ve bunun sonucunda TKHK m. 13-16 arasında yer alan kurallara tâbi olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Örneğin, düzenleme nedeniyle, iş görme niteliği taşımayan sigorta sözleşmesi² de bu kapsamda değerlendirilecektir. Nitekim m. 3(1) bendi de bu sözleşmeleri örnekseme yolu ile saymaktadır. Hükme göre, tüketici işlemi “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” ifade etmektedir.

Bununla birlikte, TKHK m. 3'ün geniş tanımının mutlaka amaca göre daraltıcı bir yorumla uygulanması gerekmektedir. Bir sözleşme türünün, TKHK kapsamında olduğunun kabul edilmesi, o sözleşmeye ilişkin her uyuşmazlığın Kanun kapsamında olduğu anlamına gelmez.³ Zira TKHK, tüketici ile tacir arasındaki her sözleşmede tüketiciyi koruma anlayışı benimsemiş bir kanun değildir.⁴ Tüketicinin korunması gereken haller özel olarak belirlenmiş ve kurallara bağlanmıştır. Örneğin tüketicinin kurduğu tatil sözleşmelerinden, otelle yapılan bir sözleşmede tüketicinin özel olarak korunması ihtiyacı yokken; paket tur sözleşmesinde bu ihtiyaç varsayılmış ve mesele özel kurullarla sıkıca düzenlenmiştir. Ayrıca TKHK'nun, sözleşme özgürlüğüne müdahale eden sınırlayıcı ve istisnai nitelikte kurallar getiriyor olması da, onun dar yorumlanması için bir başka sebeptir.⁵

Eser sözleşmeleri de örneğin kural olarak TKHK'nın kapsamdadır. Ancak eser sözleşmesine ilişkin her mesele TKHK'da düzenlenmediği dikkate alınmalıdır. Yargıtay'a konu olan bir olayda, uyuşmazlık, eser sözleşmesi kapsamında fazladan ödenen bedelin iadesine ilişkindir.⁶ Bu mesele TKHK'da özel olarak düzenlenmediği için kapsam dışı bırakılması gerekirken, Yargıtay aksi yönde karar vermiştir. Bu yerinde olmayan ve her uyuşmazlığı TKHK kapsamına sokma eğiliminde olan uygulamanın bir an önce değiştirilmesi gerekir. Zira kanun koyucunun amacı da tüm eser

1 Aslında bu husus, eski TKHK m. 4/A ile de düzenlenmekteydi. Bununla birlikte, “mal sağlama harici tüm işlemler” yeni kanun ile kapsama dahil edilmekle, uygulama alanı genişlemiş ve dolayısıyla önemi artmıştır.

2 Sigorta sözleşmesi, sonucu tesadüfe bağlı bir sözleşmedir. Bu konuda bkz. *M. Aydoğdu/N. Kahveci*, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3.Baskı, Ankara 2017, s. 47; *H. Tandoğan*, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul 2008, s. 6-7.

3 Aynı yönde, *Kırca*, Yorum, s. 357, s. 360; *Havutçu*, Tüketici İşlemleri, s. 16.

4 *Kırca*, Yorum, s. 357; *Kırca*, Kapsam, s. 290; *Havutçu*, Tüketici İşlemleri, s. 16.

5 *Kırca*, Yorum, s. 358.

6 Aksi yönde, Y15HD 16.5.2016, E. 2015/4211, K. 2016/2813 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

sözleşmesine ilişkin genel kuralları ortadan kaldırmak değildir ve olamaz.⁷ Buna ek olarak, TKHK'da Yargıtay'a konu olan meseleyi çözebilecek özel bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Benzer şekilde, TKHK m. 3 kapsamında olan vekâlet sözleşmesi için de Yargıtay da aynı yanılığ içinde.⁸ Karara konu olayda, uyuşmazlık emlakçı ile yapılan tellâllık sözleşmesinden⁹ doğan komisyonun ödenmemesi, yani temerrüt haline ilişkindir.¹⁰ Bu mesele TKHK'da özel olarak düzenlenen bir konu olmadığından, işlemin tüketici işlemi olduğunun tespiti ve Tüketici Mahkemesi'nin görevli kılınması anlamlı değildir.¹¹ TKHK kapsamına girmeyen bir uyuşmazlık olduğunda, genel görevli mahkemenin ve genel hükümlerin, somut olay için BK kurallarının uygulanması gerekirdi.¹² TKHK'nın başka uygun kurallarının vekâlet sözleşmesine uygulanması ise söz konusu olabilecektir. Örneğin vekâlet sözleşmesinin, mesafeli yolla kurulması mümkündür ve bu durumda mesafeli yolla kurulan sözleşmeler açısından sağlanan koruma, vekâlet sözleşmesi için de sağlanacaktır.¹³ Benzer şekilde tellâllık sözleşmesinin de mesafeli yolla kurulması mümkündür.¹⁴ Buna ek olarak, anılan sözleşmelerde haksız şart denetimi de TKHK kapsamında yapılabilecektir.¹⁵

Bundan başka, TKHK m. 3'ün kapsamına sigorta sözleşmeleri de kural olarak girer. Ancak sigorta uyuşmazlığına TKHK'da uygulanabilecek bir hüküm varsa bu uyuşmazlık tüketici uyuşmazlığı olarak nitelendirilebilir; örneğin sigorta sözleşmesi mesafeli yolla kurulmuş ise TKHK m. 49 ve Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte, sadece sözleşmenin bir tarafının tüketici olması, TKHK'nın uygulanması için yeterli değildir. Yargıtay kararlarında gözden kaçan nokta tam olarak budur. Yargıtay'a konu olan bir olayda, zorunlu mali sorumluluk sigortası nedeniyle zarar gören üçüncü kişiye ödeme yapan sigorta şirketi, bu ödeme için sigorta sözleşmesinin tarafı olan kişiye rücu etmektedir.¹⁶ Bu kişi, teknik olarak tüketici olarak nitelendirilebilirse de, bu dava TKHK kapsamında çözümlenebilecek bir dava değildir. Zira rücu tazminat talebi TKHK kapsamında özel olarak düzenlenmiş bir mesele değildir.

Taşıma sözleşmeleri açısından da Yargıtay, bir kararında valizi kaybolan kişinin ve başka bir kararında bileti olmasına rağmen yer olmadığı gerekçesiyle uçağa alınmayan kişinin manevi

7 Bu yönde, *Kırca*, Yorum, s. 367; *Kırca*, Kapsam, s. 291 vd.

8 Y13HD, 19.12.2016, E. 2016/28995, K. 2016/23763; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

9 Bu sözleşmenin vekalet benzeri bir iş görme sözleşmesi olduğu yönünde, BGH, 7.7.2016 – I ZR 30/15 (OLG Schleswig), NZM 2017, Heft 4, s. 127 vd.

10 Benzer diğer kararlar için, Y11HD 23.11.2015, E. 2015/13176, K. 2015/12409, Y13HD 2.2.2015, E. 2014/47409, K. 2015/2172 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

11 Aynı yönde, *Kırca*, Yorum, s. 365; *Havutçu*, Tüketici İşlemleri, s. 16.

12 Uyuşmazlık, başka bir sebeple TKHK kapsamına girdiği için görevli mahkeme Tüketici Mahkemesi olsa bile, temerrüt hakkında Borçlar Kanunu kurallarının uygulanması gerekmektedir.

13 *N. Härting*, Anwaltsverträge im Fernabsatz, NJW 2016, Heft 40, s. 2937 vd.; *Kırca*, Yorum, s. 364.

14 BGH, 7.7.2016 – I ZR 30/15 (OLG Schleswig), NZM 2017, Heft 4, s. 127 vd.

15 *Havutçu*, Tüketici İşlemleri, s. 16.

16 Y20HD 4.5.2016, E. 2016/2888 K. 2016/5125 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

tazminat talebini bir tüketici talebi olarak değerlendirmiştir.¹⁷ Oysa manevi tazminat özel olarak TKHK'da düzenlenmiş bir mesele değildir. Bu uyuşmazlık, TKHK kapsamında düzenlenen paket tur sözleşmesinden kaynaklanmış olsaydı, işte o durumda taşıma sırasında kaybolan valiz nedeniyle doğan manevi tazminat talebi TKHK kapsamında sayılabilirdi. Zira Paket Tur Yönetmeliği m. 13 bu tür zararların talep edilebileceğini özel olarak düzenlemektedir. Eski TKHK zamanında ise Yargıtay'ın yaklaşımı, taşıma sözleşmelerinin özel olarak TTK'da düzenlenmesi sebebiyle, bu sözleşmeleri tüketici işlemi saymamak yönündeydi.¹⁸ Esasen Yargıtay'ın bu dar yorumunun daha yerinde olduğunu ifade etmek gerekir.

B. TKHK'DA KULLANILAN “HİZMET SÖZLEŞMESİ” İFADESİNİN YORUMLANMASI

TKHK m. 13 – 16 arasında “Ayıplı Hizmetler” başlığı altında, aslında “iş görme sözleşmelerinde” ayıp hali düzenlenmektedir. Hizmet ifadesi, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hizmet sözleşmesini ve İş Kanunu'nda düzenlenen iş sözleşmesini çağrıştırmaktadır. Ancak TKHK'nın kastettiği, şüphesiz, anılan iki sözleşme de olamaz.¹⁹ Zira, hizmet sözleşmesi işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle hizmet ifa etmeyi, işverenin de zamana veya yapılan işe göre ona ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Tabiiyet ilişkisi içinde çalışan hizmetli/ işçinin korunması ayrı hükümlere tâbidir. Oysa kanun koyucu aslında “ayıplı hizmet” ifadesi ile tüketici için bir mal tesliminin yapılmadığı ve fakat bir işin görüldüğü hallerde kötü ifa sorununu ele almak istemiştir. Dolayısıyla çalışmanın başlığı buna uygun seçildiği gibi, aşağıda da hizmet yerine iş görme kavramı tercih edilecektir.

Hiç şüphesiz ayıp ifadesinin iş görme sözleşmeleri açısından kullanılması ve TKHK m. 13 ve devamında yer alan kuralların uygulama alanının bu derece genişletilmesi isabetli olmamıştır.²⁰ Bu nedenle hükmün teleolojik redüksiyona tâbi tutulması gerekir. Zira bazı iş görme sözleşmeleri açısından ayıplı ifa işin niteliği gereği söz konusu olmayacaktır. Bu tür sözleşmelerde, ancak ve ancak geniş anlamıyla gereği gibi ifa etmeme gündeme gelebilir. Aşağıda önemli görülen bazı iş görme sözleşmeleri özelinde bu değerlendirme yapılacaktır.

İş görme sözleşmelerine ilişkin AB mevzuatında da bazı düzenlemeler mevcuttur.²¹ Ancak bu düzenlemeler, iş görme sözleşmelerinde ayıba ilişkin kurallar içermemektedir. Bu bakımdan aşağıda yapılan değerlendirmede mehz AB hukukuna başvurmak mümkün olmamıştır. Bundan başka, Alman hukukuna bakıldığında da bu konuda özel bir düzenleme bulunmadığı

17 Y11HD 18.4.2016 E. 2016/3631, K. 2016/4225 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

18 Y11HD 23.9.2014, E. 2014/10710, K. 2014/14307; Y11HD 4.7.2012, E. 2012/9513, K. 2012/11823 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bu yönde, *Gümüş*, Şerh, s. 10; *Karakocalı/Kurşun*, s. 15.

19 *Gümüş*, s. 135; *Çabri*, s. 29; *İnceoğlu*, Konferans, s. 207; *Makaracı Başak*, s. 514; *Aydoğdu*, Şerh, s. 345; *İnal*, s. 97-98; *Kara*, s. 805.

20 *İnceoğlu*, Konferans, s. 207, dn. 144. Aksi yönde, *Karakocalı/Kurşun*, s. 75-76; *Aydoğdu*, Dersler, s. 44.

21 Örneğin, Directive 2006/123/EC of The European Parliament and of The Council of 12 December 2006 on services in the internal market. Ayrıca bu konuda bir öneri olduğu da ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. *Reich/Micklitz/Rott/Tonner*, s. 274.

görülmemektedir. Bu açıdan, her sözleşme kendi kapsamında değerlendirilmiştir. Örneğin Türk hukukunda ayıplı iş görme kapsamına giren devre tatil sözleşmeleri açısından şu tür bir çözüm getirilmiştir. Bu sözleşmeler, eğer aynı hakkı konu ediniyorlarsa, bir tür satım sözleşmesi olarak nitelendirilmekte ve tüketici mevzuatında satım sözleşmesinde ayıp hükümlerine başvurulması gerektiği savunulmaktadır.²² Her ne kadar bu sözleşmelerde, temizlik, yemek ya da diğer hizmetler bulunsun da, bunlar birer yan edim olarak nitelendirilmekte ve sözleşmenin niteliğini değiştirmedikleri ifade edilmektedir.²³ Eğer şahsi hakkı konu edinen bir devre tatil sözleşmesi varsa, kötü ifa için, genel kural olan Alman Medeni Kanun'u § 280 ve § 281'in uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.²⁴ Bu bakımdan aşağıda yapılan değerlendirmelerde Alman hukukundan da faydalanmak mümkün olmamıştır.

C. ÖZEL BAZI SÖZLEŞME TÜRLERİ AÇISINDAN TKHK M. 13-16 HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI MESELESİ

I. Genel Olarak

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TKHK m. 3, (1) bendinde eser, taşıma, sigorta, vekâlet sözleşmelerinin yanı sıra, "her türlü sözleşme ve hukuki işlem" ifadesi kullanıldığı için, TKHK kapsamına *sui generis* iş görme sözleşmeleri de girecektir.²⁵ Örneğin, mobil telefon ya da internet aboneliği sözleşmesi veya dil kursu; spor salonu üyeliği; paket tur sözleşmesi²⁶; profesyonel site yöneticileri²⁷ ile yapılan sözleşmeler de, yukarıda açıklanan sınır dahilinde tüketici işlemi sayılabilecektir.²⁸ Bununla birlikte, TKHK m. 3, (1) bendinde vekâlet, sigorta gibi bazı sözleşmelerin anılmış olması, bunlara mutlaka TKHK m. 13-16 hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılmayacaktır.²⁹ Aksinin kabulü, tüketici hukukunun tüm sözleşme hukukuna müdahale ettiği, bir diğer deyişle, sözleşme özgürlüğünü özüne dokunacak şekilde ölçsüz olarak sınırlandırdığı anlamına gelir.³⁰ Zira her iş görme sözleşmesinde, tüketicinin zayıf konumunda olduğunun ve korunmaya ihtiyacı olduğunun kabulü anlamlı değildir.

Konunun bazı sözleşmeler açısından özel olarak ele alınmasında fayda vardır. Aşağıda yapılan değerlendirmelerde kullanılacak temel kriter, sözleşmenin bir sonuç taahhüdü içerip içermediğidir. Zira sonuç taahhüdü içermeyen sözleşmeler açısından, işin doğası gereği "ayıptan"

22 BeckOK BGB/Eckert, BGB § 481 N. 28, MünchKomm/Franzen, § 481 BGB, N. 7.

23 BeckOK BGB/Eckert, BGB § 481 N. 28.

24 BeckOK BGB/Eckert, BGB § 481 N. 33.

25 Makaracı Başak, s. 512; Gümüş, Şerh, s. 9; İnceoğlu, Konferans, s. 207; Türkmen, s. 3400; Havutçu, Tüketici İşlemleri, s. 16.

26 Ancak söz konusu hükümler hiç şüphesiz TKHK m. 51'de özel bir düzenleme bulunmadıkça uygulama alanı bulacaktır.

27 Zira profesyonel site yöneticileri, Kat Mülkiyeti Kanunu m. 38 gereği vekil gibi sorumlulardır. Vekâlet sözleşmesinin kapsamda olduğuna bir şüphe bulunmadığından, bu sözleşme de kapsamdadır.

28 İnceoğlu, Konferans, s. 208; Çabri, s. 286; Aydoğdu, Şerh, s. 342.

29 Kırcı, Yorum, s. 373.

30 Kırcı, Yorum, s. 374.

söz edilemeyecektir.³¹ Bu sözleşmeler, geniş anlamıyla, gereği gibi ifa edilmemişlerse, kural olarak sadece BK m. 112 veya varsa özel hüküm gereği sorumluluk doğacaktır.

2. Vekâlet Sözleşmesi

Öncelikle vekâlet sözleşmesini ve bunun önemli görünümlerinden biri olan avukatlık sözleşmesini incelemek gerekir. Doktrinde bir görüş, tüketici ile akdedilen avukatlık sözleşmesine TKHK m. 13-16'nın uygulanabileceği ifade etmektedir.³² Gerçekten de, bir tarafını tüketicinin oluşturduğu, örneğin kiracının tahliye davasına ya da eşlerin boşanma davasına ilişkin olarak avukatlarla yapılan sözleşmelerin TKHK m. 3 kapsamına girdiği düşünülebilir. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere, bu sözleşmelerin TKHK kapsamında olması ayrı, TKHK m. 13-16'nın bu sözleşmeye uygulanıp uygulanmayacağı ise ayrı bir sorundur ve aşağıda açıklanacak nedenlerle vekâlet sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğa gidilmesi mümkün görünmemektedir.

Bilindiği üzere, vekâlet sözleşmesinde bir sonuç taahhüdü bulunmamaktadır. Asıl ve tek borç işin özenli görülmesidir. Vekâlet sözleşmesinde gereği gibi ifa etmeme halinde özen borcuna aykırılık nedeniyle, ancak tazminat borcu doğacak, ayıp hükümleri uygulanmayacaktır.³³ Zira ayıp hükümlerinin uygulanabilmesi için, söz konusu sözleşmenin sonuç taahhüdü içeriyor olması gerekir. Bu bakımdan, vekâlet sözleşmesinde "gereği gibi ifa etmeme", ayıplı ifa anlamı taşımamaktadır.³⁴

Ayıp hükümlerinin vekâlet sözleşmesine uygulanmasının teorik olarak doğru olmayacağı bir yana, bu kuralların uygulanması pratik açıdan da uygunsuz sonuçlara yol açacaktır. Örneğin, müvekkil indirim hakkını kullanmak istediğinde, ayıp oranı nasıl belirlenecektir? Ayıplı edimin değeri belirlenmeden indirim miktarı da belirlenemeyeceğinden, bu hakkın kullanılması mümkün görünmemektedir. Benzer şekilde çoğu durumda işin yeniden görülmesi de talep edilemeyecektir. Sözleşmeden dönme de bu durumda uygun bir yaptırım olmayacaktır. Zira iş çoktan görülmüş ve bitmiştir.

Buna ek olarak avukatla yapılan sözleşmenin kötü ifası halinde, BK'da yer alan vekâlet sözleşmesi kuralları gerekli korumayı zaten sağlamaktadır ve bunun dışında tüketiciye ayrıca bir hak tanımaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Tüketicinin, vekâlet sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi olasılığı için, tüketici olmaktan kaynaklanan korunması gereken özel bir menfaati yoktur.

Aynı husus doktorla yapılan vekâlet sözleşmesi açısından da geçerlidir. Burada da bir sonuç taahhüdü olmadığından, gereği gibi ifa yapılmamış olsa da bir ayıptan söz edilemez. Bu bakımdan, TKHK m. 13-16'nın, doktorla yapılan vekâlet sözleşmelerine uygulanması da anlamsız sonuçlara

31 *Kırca*, Yorum, s. 377.

32 *Havutçu*, Tüketici İşlemleri, s. 16.

33 Bu yönde, *Makaracı Başak*, s. 523; *Kırca*, Yorum, s. 377.

34 Bu kavramların her zaman örtüşmeyeceği hakkında, *Tiryaki*, s. 60; *Makaracı Başak*, s. 522. Dar anlamda ve geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme hakkında bkz. *Eren*, Borçlar Genel, s. 1045 vd.

yol açacaktır.³⁵ Örneğin doktorun yanlış tedavisi sonucunda, onarım ya da indirim mi talep edilecektir? Normalde ayıbın piyasada yarattığı değer azalmasına göre belirlenen indirim miktarı, yanlış tedavi kurgusunda nasıl belirlenecektir? Bu soruların bir cevabı yoktur. Bununla birlikte, doktorun yaptığı işlemde bir sonuç taahhüdü varsa, bu sözleşme vekâlet değil, eser sözleşmesi olarak değerlendirileceğinden, bu durumda ayıplı ifadan söz edilebilir.³⁶ Örneğin estetik operasyonlar gibi hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olduğu kabul edilen sözleşmeler açısından, ayıplı iş görme kuralları uygulama alanı bulabilecektir.³⁷ Yargıtay da aynı görüştedir.³⁸

Vekâlet benzeri bir sözleşme olan, emlakçıyla kurulan tellallık sözleşmesinin de ayıplı ifası, yukarıdaki gerekçelerle söz konusu olamaz. Bu sözleşme ya olması gerektiği şekilde ifa edilir ya da özen borcuna aykırı ifa edilmek suretiyle bir tazminat borcu doğurur.

Sonuç olarak, vekâlet sözleşmesi, TKHK m. 3 kapsamında kanunun uygulama alanına dahil edilmiş ise de TKHK m. 13-16'nın bu sözleşme açısından uygulanması mümkün değildir.

3. Sigorta Sözleşmesi

TKHK m. 3, (1) bendi bağlamında TKHK kapsamında sayılmakla birlikte, ayıplı iş görme düzenlemelerinin uygulama alanı bulmayacağı bir diğer sözleşme ise sigorta sözleşmeleridir. Sigorta sözleşmelerinde, işin doğası gereği bir risk söz konusu olmaktadır. Risk gerçekleştiğinde sigorta şirketinin tazminat ödeme borcu doğar. Bu sözleşmede borca aykırılık ancak geç ifa etme şeklinde gerçekleşebilir. Zira sigorta şirketinin borcu bir para borcudur ve para borcunun hiç ifa edilmemesi (kusurlu imkânsızlık) ya da kötü ifası olmaz.³⁹ Kötü ifa söz konusu olamayacağı için, ayıp hükümlerinin prensip olarak uygulanamaması gerekir.

Bununla birlikte, geç ifa, aşağıda açıklanacağı üzere TKHK m. 13 kapsamında “ayıp” olarak nitelendirilmektedir. Yalnızca bu kapsamda ayıp hükümlerinden başvurulabileceği düşünülebilir. Ancak geç ifanın ayıp kapsamında değerlendirilmesinin aslında bir anlam taşımadığı aşağıda açıklanacaktır. Sonuç olarak sigorta sözleşmelerinde, işin ayıplı görülmesi söz konusu olamayacağından TKHK m. 13 ve devamı kuralları bu sözleşmelere uygulanmaz.⁴⁰

35 Makaracı Başak, s. 530.

36 Aydoğdu/Kahveci, s. 761. Aksi yönde, Yavuz/Acar/Özen, s. 989.

37 Petek, s. 983.

38 Y3HD 26.11.2015, E. 2015/17110, K. 2015/19069, Y3HD 18.11.2015, E. 2015/16701, K. 2015/18344 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Oysa eski TKHK zamanında estetik operasyonlarla ilgili verilen kararlar, eser sözleşmesinin kapsam dışında olması nedeniyle görevsizlik yönündeydi. Y15HD 23.11.2005, 7386/6293, Tutumlu, s. 482-483; Y3HD., 24.1.2013, E. 2012/22501, K. 2012/1065 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bu konuda bkz. Petek, s. 983 vd.

39 Ünán, s. 49. Ancak yazar, “Sigortacılık alanında hizmetin ayıplı olduğu hallerin aldatıcı, yanıltıcı reklam yapılması bağlamında gündeme gelebileceği düşünülebilir” demektedir. Gerçekten de bu gibi hallerde ayıplı ifa düşünülebilirse de, kanaatimce hile hükümlerinden, aldatıcı reklam kurallarından ya da genel işlem koşulu denetiminden faydalanmak uygun çözüm olacaktır. Örneğin reklamlarda vaat edilene aykırı bir sigorta koşulunun şartırtıcı olduğunu kabul etmek mümkün olabilir.

40 Doktrinde sigorta sözleşmelerinin TKHK kapsamında hiç yer almaması gerektiği, zira TK ve sigortacılık mevzuatında yer alan kuralların çok daha ileri ve ayrıntılı olduğu da ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. F. D.

4. Taşıma Sözleşmesi

Taşıma sözleşmeleri de TKHK m. 3 (I) bendinde sayılmıştır. Bu sözleşmeler açısından TKHK 13 vd. hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmelidir. Sigorta sözleşmesinden farklı olarak, taşıma sözleşmelerinde kural olarak ayıp söz konusu olabilir; zira bir sonuç taahhüdü vardır.

Peki acaba TKHK'da yer alan ayıplı iş görme kuralları, taşıma sözleşmesine ne kadar uygundur? Doktrinde TKHK m. 15'te anılan hakların taşıma sözleşmeleri açısından uygulanmasının yerinde olmayacağı ifade edilmektedir.⁴¹ Buna örnek olarak bagajı kaybolan yolcunun indirim talep etmesinin anlamsızlığı gösterilmektedir.⁴² Zira bilet ücreti büyük olasılıkla kaybolan eşyanın değerinden daha az olacağı için gerekli tatmin sağlanmış olamayacaktır. Daha önemlisi, taşıma sözleşmelerinin TTK'da ayrıntılı şekilde düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda, hangi hükümlerin uygulanması gerektiği sorunu gündeme gelecektir. Nitekim taşıma hukuku kuralları emredici olup, sıkı düzenlemeler getirmektedir.⁴³ Hem TKHK'nun hem de TTK'nın birer özel kanun olduğu kabul edildiğinde, hangi kanunun uygulanacağı sorusunun cevabı, sonraki kanunun, önceki kanunu ortadan kaldırma amacı taşıyıp taşımadığına bağlı olarak değişecektir.⁴⁴ Aşağıda yapılan değerlendirme sonucunda, TKHK'nun TTK'nın taşıma hükümlerini ortadan kaldırmayı amaçladığına ilişkin bir yorum yapmak güç görünmektedir. Nitekim kötü ifa halleri bile TTK'da ayrı ayrı düzenlenmiş ve uygun yaptırımlara bağlanmıştır.⁴⁵ Oysa TKHK kuralları tüm iş görme sözleşmeleri için düzenlenmiş genel kurallardır. Tüketici lehine yorum ilkesi de esas olarak mutlak TKHK'nun uygulanmasını değil, lehe kanunun uygulanmasını emreder.

Nitekim TTK'da taşıyıcının sorumluluğunun sadece ayıpla sınırlı olmaması, tüketiciyi daha koruyucu nitelikte kuralların var olduğuna işaret etmektedir.⁴⁶ Öncelikle, taşıyıcının sorumluluğu TK m. 882 ve m. 916 gereği uluslararası sözleşmelerle uyumlu şekilde sınırlandırılmıştır. Oysa TKHK m. 13-16 bu tür bir özel sınırlamadan bahsetmemektedir. Bu açıdan, TTK'nın ilgili hükümlerinin daha özel bir düzenleme getirdiği ve bu meselede öncelikle uygulanması gerektiği söylenebilir.⁴⁷

Kabukçuoğlu Özer, Sigortacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Ed. Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık, İstanbul 2015, s. 440. Aksi yönde, *H. Öztürk*, Sigortacılık Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ses Çözümleri ve Makaleleri, Düzenleyiciler: Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık, Ankara 2013, s. 393 vd.

41 *S. Aksoy*, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi, *Batider Cilt XXXI*, Haziran 2015, Sayı 2, s. 322.

42 *Aksoy*, s. 322.

43 TK'da yer alan kuralların emredici oluşu, tek başına TKHK'nun uygulanmasına engel teşkil etmez. Bu açıdan *Aksoy*, s. 323'te yapılan açıklamalara katılmak mümkün görünmemektedir.

44 *Kırca*, Yorum, s. 353-354.

45 *Aksoy*, s. 324-325.

46 *Aksoy*, s. 324.

47 *Aksoy*, s. 323.

TKHK'da yer alan kuralların taşıma sözleşmesine özgü olmamasının yarattığı bir sorun daha vardır. Taşıma ilişkisi, kimi zaman sözleşmenin tarafı olmayan bir alıcıyı da içerdiğinden, TKHK m. 15'te anılan hakların kimin tarafından kullanılabilceği sorusu gündeme gelecektir. Oysa TTK m. 871 gereği, sözleşmenin tarafı olmayan alıcı (örneğin tüketici), hasar ya da geç ifa halinde, gönderenin taşıma sözleşmesinden doğan istem haklarını taşıyıcıya karşı ileri sürebilecektir. Gerçekten de sözleşmenin tarafı olmayan kişinin TKHK m. 15'te sayılan hakları ileri sürebilmesi mümkün görünmemektedir. Bu açıdan da TTK kuralları daha avantajlı görünmektedir. Buna ek olarak, TTK m. 864 ve 895 tüketiciyi korumaya özel olarak yönelen ek düzenlemeler getirmektedir. Örneğin TTK m. 895 gereği, ev eşyasının taşınmasında, ambalajlama ve işaretleme külfeti taşıyıcıya yüklenmiştir. Bundan başka, TKHK m. 4(3)'ün getirdiği, ek bedel talep edilemeyeceği kuralı, TTK m. 912 ve m. 1250'de zaten vardır.⁴⁸

Sonuç olarak kanaatimce, TKHK m.13-16 hükümlerinin, olsa olsa TTK'da somut olaya uygulanabilecek bir kural olmadığı kurguda gündeme gelmesi yerinde görünmektedir. Öncelikli olarak uygulanacak kurallar TTK'da taşıma sözleşmesi için özel olarak getirilmiş kurallardır. Yargıtay da güncel bir kararında şu ifadelerle aynı sonuca ulaşmaktadır: *“Dava, yurtiçi karayolu ile yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine dair olup, mahkemece, maddi tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir. Ancak, taraflar arasındaki uyumsuzluğun 6102 Sayılı TTK'nın dördüncü kitabının beşinci kısmında düzenlenen “yolcu taşıma”ya dair hükümlere göre çözülmesi gerekmektedir. Bu durumda, mahkemece, anılan husus gözetilerek, davalının kaybolan bagajdan sorumlu olup olmadığı, sorumlu ise sorumluluk sınırını ve sorumluluğu sınırlama hakkının kaybedilip kaybedilmediği hususları araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde sadece 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine göre karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”*⁴⁹

5. Kira Sözleşmesi

Doktrinde bir görüş kira sözleşmesinin, mal sağlama sözleşmesi olduğunu ve TKHK kapsamında sayılsa bile, ayıplı mallara ilişkin kuralların uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁰ Bununla birlikte diğer bir görüş, her ne kadar kira sözleşmesi TKHK m. 3(l) kapsamında değerlendirilebilse de, ayıp konusunda kira sözleşmesinin BK ile yeterince korunduğu gerekçesiyle TKHK kapsamında olmaması gerektiğini yerinde olarak ifade etmektedir.⁵¹ TKHK'da genel olarak getirilmiş ayıp hükümlerine kıyasla, kira hukukunda var olan ayıp hükümleri, kira sözleşmesine daha uygun ve özgüdür. Hatta öyle ki TKHK m. 13-16'nın yorumunda bazı hallerde kira hukukunda var olan kurallardan kıyasen faydalanma olasılığı aşağıda değerlendirilmektedir. Zira özellikle sürekli edimli sözleşmeler açısından TKHK m. 13-16'ya kıyasla kira kurallarının yapısı daha uygundur.

48 Aksoy, s. 325.

49 Y11HD 6.2.2017, E. 2016/890, K. 2017/586, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

50 Gümüş, Şerh, s. 109.

51 İnceoğlu, Konferans, s. 156; Kırca, Yorum, s. 377; Gökyayla, s. 24.

Bu bakımdan TKHK ayıp kuralları, kira kurallarına kıyasla özel hüküm niteliği taşımaz.⁵² Bu nedenle bir tarafın tüketici olduğu kira sözleşmelerinde ayıba ilişkin uyumsuzluklarda, kiracıyı TKHK m. 16'daki seçimlik haklara kıyasla daha etkin şekilde koruyan kira hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Bununla birlikte kira sözleşmesinde haksız şart kullanılması gibi TKHK'da özel olarak düzenlenen bir mesele olduğunda, taraflardan birinin tüketici, diğerinin tacir olduğu olasılıkta, bu sözleşmedeki uyumsuzluğun tüketici uyumsuzluğu olarak nitelendirilebileceğini hatırlatmak gerekir.⁵³

6. Eser Sözleşmesi

a. Ayıplı Mal-Ayıplı İş Görme Ayrımı

Eser sözleşmesi de kural olarak TKHK m. 3(l) kapsamındadır. Bununla birlikte, doktrinde, her eser sözleşmesinin m. 13-16 hükümlerine tâbi olmayacağı haklı olarak ifade edilmektedir.⁵⁴ Bu görüşe göre, eser sözleşmesinde bir malın mülkiyetinin devri taahhüdü ön plandaysa, bu durumda, iş görülmesine değil, mal teslimine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmalıdır.⁵⁵ Nitekim hazır mal alınması ile sipariş üzerine hazır edilen malın alınması arasında fark yoktur.⁵⁶ Eski TKHK zamanında da bu tür uyumsuzluklarda Yargıtay ayıplı mala ilişkin kuralları uygulamaktaydı.⁵⁷ Örneğin Yargıtay'a konu olan somut olayda, inşaat sözleşmesinde vaad edilen havuz, kafe ve benzeri alanların yapılmamış olması bir ayıp olarak nitelendirilmiş ve ayıplı mal teslimi kuralları uygulanmıştır.

Buna karşılık bir kıyafetin kuru temizlemeye verilmesi, halının temizletilmesi⁵⁸ veya bozuk eşyanın tamire bırakılması, klima montajı⁵⁹ örneklerinde olduğu gibi, eser sözleşmesi bir malın mülkiyetinin devri taahhüdü içermiyorsa, ayıplı iş görmeye ilişkin hükümler uygulanmalıdır.⁶⁰

52 *Kırca*, Yorum, s. 363.

53 *Zevkliler/Gökyayla*, s. 219 vd.

54 *Gümüş*, Şerh, s. 131; *İnceoğlu*, Konferans, s. 208.

55 *İnceoğlu*, Konferans, s. 208; *Tiryaki*, s. 56; *Gümüş*, Şerh, s. 131; *Öz*, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 175; *Çabri*, s. 30.

56 Aynı şekilde, CISG m. 3 de uluslararası ticari satımlar için, uygulama alanını genişletmiştir. Nitekim kişinin henüz var olmayan bir malı üretip satması ile henüz üretmeden vadeye bağlı olarak satması arasında bir fark yoktur. Bu konuda bkz. *Y. M. Atamer*, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 38-39.

57 Eski TKHK uygulanırken bu yönde verilen bir karar için bkz. Y13HD 22.4.2015, E. 2014/20089, K. 2015/13015 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Her ne kadar kararda ihbar külfetine uyulmadığı için ayıptan doğan sorumluluğa başvurulamayacak olsa da, uygulanan kural 4077 sayılı TKHK m. 4 olmuştur. Yargıtay daha eski tarihli kararlarında ise eser sözleşmesinin tüketici işlemi sayılmaması gerektiği yönünde karar vermektedir. Y20HD 19.9.2003, E. 2003/1599, K. 2003/5663; Y15HD 12.10.2004, E. 2004/967, K. 2004/5022; YHGK 24.9.2003, E. 2003/15-458, K. 2003/493 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

58 YHGK 25.2.2004, E. 2004/15-83, K. 2004/98, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

59 Y15HD 6.12.2016, E. 2016/5633, K. 2016/5021 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

60 *Gümüş*, Şerh, s. 131; *İnceoğlu*, Konferans, s. 208; *Makaracı Başak*, s. 515; *Çabri*, s. 287.

Gerçekten de TKHK'da ayıp konusunda, "satım sözleşmesi-iş görme sözleşmesi" ayırımına gidilmemiş, "ayıplı mal-ayıplı hizmet" şeklinde bir ayırım benimsenmiştir.⁶¹ Dolayısıyla bu Kanun açısından önemli olan sözleşmenin hukuki niteliği değil, sözleşme konusunun mal teslimine mi yoksa bir iş görmeye mi ilişkin olduğudur. Sonuç olarak eser sözleşmesi, mal teslimine ilişkinse, ayıplı mal (TKHK m. 8-12); iş görmeye ilişkinse ayıplı iş görme (TKHK m. 13-16) kuralları uygulama alanı bulmalıdır.⁶²

Yargıtay ise bir kararında, ayıplı hizmet ifadesindeki "hizmet" kavramını, hizmet sözleşmesi olarak yorumlamış ve eser sözleşmesine ayıplı hizmet kurallarının uygulanamayacağı yönünde karar vermiştir.⁶³ Yargıtay'ın bu kararına katılmak mümkün değildir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, "hizmet" ifadesi ile kastedilen, hizmet sözleşmesi değildir; bir iş görmenin sunulduğu sözleşmelerdir ki bunun başında (bir malın tesliminin söz konusu olmadığı) eser sözleşmesi gelmektedir.

Bazı sözleşmelerde ise hem bir işin görülmesi hem de mal teslimi söz konusu olabilir. Bu durumda, ayıplı mala ilişkin hükümlerin mi yoksa ayıplı iş görmeye ilişkin hükümlerin mi uygulanması gerektiği sorusu gündeme gelecektir.⁶⁴ Eğer işin görülmesi edimi ile mal teslimi edimi birbirinden ayrılabilen edimler ise, hangi edim ayıplı ise, buna ilişkin kurallara başvurmak gerekir. Bununla birlikte, sözleşmede ayıplı ifa edilen edim, diğer edimi de ciddi şekilde etkiliyorsa; bir diğer deyişle bu iki edim birbirinden ayrılıyorsa, ayıptan doğan haklar her iki edim için de kullanılabilir.⁶⁵

Bu konuyu örneklerle açıklamakta fayda vardır. Yeni kurulan bir abonelik sözleşmesinde internet hizmetini sağlamak için, modem, tacir tarafından verilmişse ve modemin mülkiyeti tüketiciye geçmiş ise, modemdeki arıza internet hizmetinin sağlanmasını da engelleyeceğinden, artık modem için sözleşmeden dönülmesi halinde, ancak bu modeme bağlı kullanılan internet hizmeti için de sözleşmeyi sonlandırmak mümkün olabilecektir.⁶⁶ Eski Kanun zamanında verilen bir

61 İnceoğlu, Konferans, s. 154; Makaracı Başak, s. 515; Gökyayla, s. 22.

62 Yargıtay ise, klima montajının ayıplı şekilde ifa edilmesini konu edinen bir kararda, görev bakımından yerinde bir karar vererek uyumsuzluğun TKHK kapsamında olduğunu ifade etse de, uygulanacak hükümlere atf yaparken BK m. 470 vd. kurallarından bahsetmiştir. Y15HD 6.12.2016, E. 2016/5633, K. 2016/5021 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Oysa TKHK'da var olan özel kuralların (TKHK m. 13-16) uygulanması gerekirdi. Ancak karar yalnızca görev açısından değerlendirildiğinden, sonuç olarak hangi kuralların mahkeme tarafından uygulandığı ve ne sonuca varıldığı bilgisine erişmek mümkün olmamıştır.

63 Y15HD 2.5.2017, E. 2016/2080, K. 2017/1864, Lexpera. Kararda bu husus şu şekilde ifade edilmektedir: "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da tüketicinin taraf olduğu eser sözleşmesinden değer uyumsuzluklarla ilgili ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Üçüncü kısımda yer alan ayıplı mal ve hizmetlerle ilgili düzenlemeler satım ve hizmet sözleşmelerindeki ayıplarla ilgilidir. Eser sözleşmesi ve eserdeki ayıplarla ilgili ayrı bir düzenleme bulunmadığından 6502 Sayılı Kanun'un ... vd. maddelerinin eser sözleşmesinden doğan ihtilaflarda uygulanması mümkün değildir. Hal böyle olunca 6502 Sayılı Kanun'un 83/... maddesi hükmü karşısında eser sözleşmesi ile ilgili tüketici işlemleri ve uyumsuzluklarında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470 vd. maddelerinde yer alan eser sözleşmesine dair hükümlerin uygulanması gerekecektir."

64 İnceoğlu, Konferans, s. 209.

65 İnceoğlu, Konferans, s. 209; Aydoğdu, Şerh, s. 342-343.

66 İnceoğlu, Konferans, s. 209. Hatta bu mesele, abonelik sözleşmeleri açısından kanun ile düzenlenmektedir. Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 18 gereği, "Verilen hizmetle birlikte bir malın mülkiyetinin veya kullanım hakkının

Yargıtay kararına konu olayda, davacı davalıdan bilgisayar satın almış, davalı ayrıca üç yıl süre ile internet hizmeti vermeyi taahhüt etmiştir.⁶⁷ Daha sonra internet hizmetinde aksaklık yaşanmıştır. Bu durumda, bilgisayarda bir ayıp olmadığından, yalnızca internet hizmetinin kötü ifasına ilişkin yaptırımın talep edilebileceği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Zira bilgisayar pekâlâ bir başka internet servis sağlayıcısının sunduğu internet ile de aynı işlevi gösterecektir.⁶⁸ Bununla birlikte, modem bozuk olduğunda, modemin tamir edildiği süre boyunca internet hizmetinden de faydalanılamayacağı için iş görme edimine ilişkin indirim hakkı kullanılabilir.

b. İnşaat Sözleşmesi

Eser sözleşmesinin bir türü olan, arsa payı karşılığı inşaat ve inşaat sözleşmesi ayrıca ele alınmalıdır. Yargıtay'ın yeni TKHK zamanında verilen kararları, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa veren kişinin, bu işlemi tüketici saikiyle yapmadığı, yatırım amacıyla yaptığı ve bu nedenle tüketici olmadığı yönündedir.⁶⁹ Bu bakımdan uygulamada, ayıp meselesine sıkça rastlanacak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri TKHK'dan dışlanmış görünmektedir. TKHK m. 3(1), her tür sözleşmeyi kapsama alarak TKHK'nın kapsamını, lafzen de olsa fazla genişletmiştir. Bu bakımdan Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini kapsam dışında bırakması yerinde olmuştur. Zira bu sözleşme şekle bağlı bir sözleşmedir; değeri de büyük olduğundan kişinin yeteri kadar düşünmesi zaten gerekir. Bu kişinin ayrıca bir de "tüketici" olarak korunması ihtiyacı yoktur. Zaten BK'da var olan ayıptan doğan sorumluluk kuralları yeterli korumayı sağlar.

Benzer şekilde, Yargıtay, arsa payı karşılığı olan bir sözleşmede değil de bir inşaat sözleşmesi sonucunda müteahhitten altı tane bağımsız bölüm teslim davacının, tüketici sayılmaması gerektiği yönünde karar vermiştir.⁷⁰

Kentsel dönüşüm sözleşmeleri açısından da Yargıtay bu sözleşmelerin, 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkındaki Kanun kapsamında kurulduğunu ve bu nedenle kentsel dönüşüm sözleşmelerinin TKHK kapsamında olmadığı yönünde karar vermektedir.⁷¹ Bu bakımdan bu tür bir sözleşmede de ayıp meselesi TKHK m. 13-16 kapsamında değil, BK kuralları kapsamında çözümlenecektir.

Sonuç olarak Yargıtay'ın inşaat sözleşmelerini kapsam dışında bırakan bu dar yorumu yerinde görünmektedir. Zira ifade edildiği üzere, bu sözleşmeler zaten hacim olarak büyük, şekle bağlı

devredildiği abonelik sözleşmelerinde hizmet sağlayıcısı da malın ayıbından sorumludur.

67 Y13HD 25.11.2002, E. 2002/9489 K. 2002/12654 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

68 Bu sözleşmedeki edimlerin, sözleşmeyi kuran iradeler açısından da birbirinden bağımsız değerlendirildiği kurgudan söz edilmektedir. Bir diğer deyişle, örneğin internet hizmeti satın alındığı için promosyon olarak bilgisayar tüketiciye verilmişse, internete ilişkin sözleşmeden dönme beyanı, bilgisayarın da iadesini gerektirecektir.

69 Y23HD 15.12.2016, E. 2015/9390, K. 2016/5411; Y23HD 6.2.2017, E. 2017/363, K. 2017/251; Y23HD 1.12.2016, E. 2016/7417, K. 2016/5234; Y20HD 20.9.2016, E. 2016/8260, K. 2016/8063; Y23HD 21.4.2016, E. 2015/1823, K. 2016/2550; Y13HD 20.10.2015, E. 2015/29195, K. 2015/30488 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

70 Y13HD 18.3.2015, E. 2015/5232, K. 2015/8680 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

71 Y15HD 24.11.2015, E. 2015/5085, K. 2015/5987 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

ve bu sayede kişiyi düşünmeye sevk eden sözleşmelerdir. Bu kişilerin bir de tüketici olarak korunmasına ne maddi hukuk ne de usul hukuku açısından gerek vardır. Ancak bu görüş, şüphesiz, her taşınmaz işleminin kapsam dışında kalması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Örneğin taşınmaz kredisi veya ön ödemeli konut satışında tüketicinin özel sebeplerle korunma ihtiyacı vardır.

II. İŞ GÖRME SÖZLEŞMELERİNDE AYIPTAN SORUMLULUK

A. GENEL OLARAK

TKHK m. 13-16'nın uygulama alanı bulabilmesi için, ortada öncelikle bir ayıbın söz konusu olması gerekir. Bilindiği üzere, ifa engelleri sisteminde, hiç ifa etmeme, gereği gibi ifa etmeme ve geç ifa etme temel sözleşmeye aykırılık türleridir.⁷² Ayıp ise, bir gereği gibi ifa etmeme hali olmakla birlikte, genel kurallarda değil, bazı sözleşme tipleri bakımından özel olarak düzenlenmiştir. Eski TKHK m. 4 ve 4/A'da da gerek mal teslimi gerekse iş görme edimlerinin ayıplı ifası nedeniyle yaptırımlar öngörülmüştür. Hiç ifa etmeme ya da geç ifa etme "ayıp" oluşturmadığı için de bu yaptırımlara tâbi tutulmamıştır.⁷³

Buna karşılık TKHK m. 13(1)'e bakıldığında, aynı m. 8(3)'de olduğu gibi, yukarıda açıklanan temel prensipten sapıldığı görülmektedir. Söz konusu hükme göre, "*Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.*" Düzenlemede açıkça ifade edildiği üzere, geç ifa yani temerrüt hali, bir ayıp olarak kapsama alınmıştır ve bunun sonucunda temerrüt halinde de ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Düzenlemenin sorunlu olduğu açıktır. Gerekçeye bakıldığında neden geç ifanın ayıp kapsamına alındığı hususunda bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Gerekçe yoksunluğu, bu tercihin bilinçli olarak yapıldığı konusunda şüphe uyandırmaktadır. Geç ifanın kapsama alınmasının yarattığı sorunlara aşağıda değinilecektir.

Bunun yanı sıra iş görme sözleşmesinin hiç ifa edilmemesi de (kusurlu ifa imkânsızlığı) bir ayıp teşkil etmez. Benzer şekilde, sözleşmenin kurulup kurulmadığı konusu da ayıpla ilgili değildir.⁷⁴

72 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Y. M. Atamer, İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, s. 217-260

73 Eski TKHK m. 4'ün, geç ifa ya da hiç ifa etmeme halini dışladığı açıkça kabul edilmekteydi. C. Yavuz, Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1295.

74 Örneğin sağlayıcı, tüketici ile arasında hiçbir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen bir servis sağlamış ve bunun karşılığında tüketiciden sözleşme bedeli talep ediyorsa, burada bir ayıplı iş görmeden söz edilemez ve TKHK 13-16 hükümleri uygulama alanı bulmaz. Ancak yukarıdaki halden farklı olarak, bu şekilde bir servis sağlanması, TKHK m. 7 kapsamında sipariş edilmemiş hizmet kapsamında değerlendirilebileceğinden, hala bir tüketici uyuşmazlığı olacaktır.

TKHK m. 13 anlamında ayıptan sorumluluk için ayıbın varlığı yeterlidir. Bir diğer deyişle, ayıbın tacire ihbar edilmesi yükümlülüğü yoktur.⁷⁵ Ancak şüphesiz tüketicinin açıkça bildiği ayıplar için ayıplı mala ilişkin olan TKHK m. 10(2) kıyasen uygulama alanı bulmalıdır.⁷⁶ Sonuç olarak, sözleşmenin kurulduğu anda tüketici iş görmeyen ayıplı olduğunu ya da olacağını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, ayıptan doğan hakları kullanamayacaktır. Örneğin, bir bilgisayarın tamirinde orijinal ve sıfır parça kullanılmaması ayıp teşkil edebilecekken; ikinci el parçalarla tamir yaptığını duyuran bir tamirciyle kurulan sözleşmede, sıfır parça kullanılmaması nedeniyle tacirin ayıptan doğan sorumluluğuna başvurulamayacaktır.

Son olarak, ayıptan kimin sorumlu tutulacağı meselesine değinmek gerekir. Ayıplı maldan doğan sorumluluktan farklı olarak, ayıplı iş görmeden yalnızca sağlayıcı sorumludur. Bununla birlikte TKHK m. 30(4)'de düzenlenmiş olan bağlı kredilerde kredi verenin de dönme ve bedelden indirim taleplerinin muhatabı olabileceğine ilişkin kural ayıplı iş görme hakkında da uygulanacaktır.⁷⁷ Ancak kredi verenin bu sorumluluğunun bir yıl ile sınırlanmış olduğuna dikkat çekmek gerekir. Ayrıca seçimlik haklar açısından bir farklılık söz konusu olacaktır. Kredi verenden, işin niteliğine uygun olarak, sadece kısmen veya tamamen bedelin iadesinin istenebilecek; buna karşılık kendisinden bir tazminat talep etmek mümkün olmayacaktır.

B. TKHK M. 13 UYARINCA AYIP KAVRAMI

I. Geç İfa

Yukarıda ifade edildiği üzere, aslında geç ifa (temerrüt), teknik olarak bir ayıp değildir. Bununla birlikte, TKHK m. 13(1)'in lafzı açıkça temerrüt halini de bu kapsamda düzenliyor görünmektedir. Aşağıda yapılan değerlendirme sonucunda görülecektir ki aslında TKHK m. 13-16, geç ifa hali için uygulanabilir kurallar içermemektedir.⁷⁸ Kanun'un bu yaklaşım pek çok soruna yol açmaktadır. İlk sorun, yukarıda ifade edildiği üzere, hukuk tekniği açısındandır.⁷⁹

Daha önemlisi, bu tanımlama pratik açıdan da bazı sorunlara yol açmaktadır.⁸⁰ Zira ayıp halinde seçimlik haklar, geç ifa değil, kötü ifa olgusuna uygun şekilde düzenlenmektedir. Bilindiği üzere, ayıp halinde dört seçimlik hak mevcuttur: i) işin yeniden görülmesi, ii) ortaya çıkan

75 İnceoğlu, Konferans, s. 211.

76 Bu yönde, Yavuz, Armağan, s. 1298.

77 İnceoğlu, Konferans, s. 218.

78 Doktrinde *Makaracı Başak* bu düzenlemenin temelini tıpkı CISG'de olduğu gibi tek bir ifa engelleri sistemi yaratmak olabileceğini ifade etmektedir. *Makaracı Başak*, s. 517-518. Gerçekten de tek bir ifa engelleri sistemi yaratmanın pek çok faydası vardır. Ancak kanun koyucunun amacının bu olduğu varsayılabilir, kanun koyucunun ifa engellerini yeniden sistematize etmeye başlamak için yanlış bir başlangıç noktası seçtiğine dikkat çekmek gerekir. İfa engelleri hukukunu yeniden sistematize etmek hakkında bkz. *Atamer*, Armağan, s. 317 vd.

79 İnceoğlu, Konferans, s. 162, s. 210; Şenocak, s. 31; Havutçu, Tüketici İşlemleri, s. 17; Sirmen, Yeni TKHK, s. 160; Şenocak, s. 31; Cumahoğlu, s. 22; Öz, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 176; Gökyayla, s. 23. Doktrinde bir diğer görüş ise, geç ifanın bu kapsama alınmasının tüketici menfaatine olduğunu ifade etmektedir. *Akcaal/Uyumaz*, s. 267. Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

80 *Cumahoğlu*, s. 23; Öz, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 177; İnceoğlu, Konferans, s. 162.

eserin ücretsiz onarımı, iii) bedel indirimi, iv) sözleşmeden dönme. Bu seçimlik haklardan örneğin onarım hakkının temerrüt halinde ne şekilde kullanılabileceği anlaşılamamaktadır. Zira onarılması gereken iş henüz görülmemiştir. İndirim de kural olarak ayıbın etkisi oranında yapıldığından, gecikmenin ne kadarlık bir indirim sağlayabileceğini tespit etmek de mümkün görünmektedir.⁸¹ Gecikilen süre için indirim istenmesi de anlamlı değildir. Zira bu süreçte ifa olmadığından, tacir zaten bir ödemeye hak kazanmayacaktır. Bu bir indirim değildir. İfanın geç başlaması bir zarara yol açıyorsa, bu zaten gecikme tazminatı olarak temerrüt kuralları dahilinde istenebilecektir. Bundan başka, işin yeniden görülmesi seçimlik hakkı da kullanılamayacaktır, zira henüz görülmüş bir iş olmadığına göre, bu işin “yeniden” görülmesi de mümkün değildir. Nitekim temerrüt halindeyken, işin görülmesini talep edebilmek için temerrüt olgusu zaten yeterlidir.

Aynı şekilde, sözleşmeden dönme hakkı da temerrüt söz konusu olduğunda zaten BK m. 125-126 gereği sahip olunan bir haktır.⁸² Görünür tek fark, BK kurallarına göre tüketicinin dönme hakkını kullanması için mehil tayin etmesi gereğidir.⁸³ Esasen bu tüketici açısından uygulamada ciddi bir dezavantaj yaratmaz. Bir kesin vade varsa, zaten mehil tayinine gerek kalmayacaktır. Süre böyle bir önem teşkil etmiyorsa da tüketici bir mehil tayin edebilir. Nasıl olsa temerrüt olgusunun gerçekleşmesinden itibaren verilen bu mehil için de gecikme tazminatı talep edebilecektir. Dolayısıyla görüldüğü üzere, mehil tayin etmek tüketici haklarını zedelemez. Bundan başka, aşağıda açıklanacağı üzere ayıptan doğan zamanaşımı süresi iki yıldır. Oysa temerrütten doğan haklar BK hükümlerine göre kullanıldığında, zamanaşımı süresi tüketici açısından daha elverişli olacaktır. Bu açıdan da temerrüt halinde, ayıp hükümlerine dayanmak tüketici açısından bir avantaj yaratmaz.

Bu değerlendirme sonucunda görüldüğü üzere geç ifanın ayıp olarak nitelendirilmesi sonucu tüketiciye getirilen ayrı ve/veya avantajlı bir koruma söz konusu değildir.⁸⁴ Bu bakımdan geç ifanın ayıp kapsamında TKHK’da düzenlenmesi boşan dönen bir kuraldan öteye gitmez.

Doktrinde bir görüş, geç ifa meselesinin, burada yer almasının anlamsızlığına vurgu yaparak, düzenlemenin bir hukuki sonucu bulunmadığını ve bu nedenle hiç uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedir.⁸⁵ Bir diğer görüş ise, düzenlemeyi eleştirmekle birlikte, açık lafzı nedeniyle geç ifayı TKHK m. 13 kapsamında kabul edip, “ayıp” olarak nitelendirmenin yaratacağı tek farkın,

81 İnceoğlu, Konferans, s. 162; Cumaloğlu, s. 23; Öz, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 177.

82 İnceoğlu, Konferans, s. 162; Cumaloğlu, s. 23.

83 Cumaloğlu, s. 23; Gümüş, Şerh, s. 91; Öz, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 177.

84 Hatta eser sözleşmeleri özelinde durum daha nettir. Zira geç ifa, eser sözleşmesi için özel olarak düzenlenmiştir. Genel hükümlerin dışında, bir eser sözleşmesi söz konusu olduğunda, BK m. 473 gereği, “Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.” Görüldüğü üzere, bir özel kuralla, henüz teslim günü gelmeden sözleşmeden dönme imkânı tanınmıştır. Bu hükmün, TKHK’na kıyasla, tüketiciyi daha çok koruyacağı dahi söylenebilir. Doktrinde bir görüş ise bu tür borca aykırılığın da TKHK m. 13 kapsamında olacağını savunmaktadır. Akçaal/Uyumaz, s. 267; Makaracı Başak, s. 517.

85 Kırcı, Yorum, s. 379-380.

görevli mahkeme açısından meydana geleceğini ifade etmektedir.⁸⁶ Kanaatimce bu konuda TKHK'da yer alan geç ifa kurallarının, bir hukuki sonucu bulunmadığını ve bu nedenle BK kurallarının uygulanması gerektiğini kabul etmek yerinde görünmektedir. Bununla birlikte, mesele tüketici mahkemesi görevi kapsamında kabul edilecektir.

2. Ayıplı İfa

a. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere ayıp esasen kötü ifanın özel bir görünümüdür. TKHK m. 13(1)'de yer alan geç ifaya ilişkin ifade bir kenara bırakılacak olunursa, ayıbın genel tanımına da uygun bir şekilde, ayıplı hizmet "(...) taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir" şeklinde tanımlanmaktadır.⁸⁷ Hükmün ikinci fıkrasında tanım daha somutlaştırılmıştır. Söz konusu hükme göre, "Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır". Bu tanımlar ayıplı mal tanımı ile aynıdır.

Böylece işin görülmesi, vaat edilen subjektif nitelikleri veya objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıyor ise bu durumun bir ayıp olarak nitelendirilmesi gerekecektir.⁸⁸

Bundan başka, bu tür sürekli edimli iş görme sözleşmelerinde, ayıpsız ifa borcunun, tıpkı kira sözleşmelerinde olduğu gibi tüm sözleşme süresi için devam ettiğini hatırlatmak gerekir. Bu bakımdan örneğin on yıllık akdedilen devre tatil sözleşmesinde, tesisin üç yılın sonunda aynı özellikleri taşımaması, çevre düzenlemesinin vaat edilen şekilde yapılmaması, binaların bakımının yapılmaması, havuzun kapanması, ortak alanların bakımsız olması da birer ayıp teşkil edecektir.

Son olarak, TKHK m. 13(2) ayıbın maddi, hukuki veya ekonomik olabileceğini belirtmiştir. Bu kural malumun ilanı niteliğindedir. Örneğin, araba tamiri yapılırken, gerekli ayarlamaların düzgün şekilde yapılmaması nedeniyle arabanın çok benzin tüketmesi bir ekonomik ayıp olarak düşünülebilir. Ancak ayıbın bu kategorilerden hangisine dahil olduğu uygulanacak yaptırımlar açısından hiçbir fark yaratmayacaktır.⁸⁹

⁸⁶ İnceoğlu, Konferans, s. 162-163.

⁸⁷ Her ne kadar hükümde sözleşmede vaat edilen nitelikler ile objektif olarak sahip olunan özellikler (lüzumlu vasıflar) "ve" bağlacı ile bağlanmışsa da, bunların birinde eksiklik, ifanın ayıplı olması için yeterli olacaktır. Bir diğer deyişle, bu bağlacın "veya" olarak okunması gerekir. Aynı yönde, Makaracı Başak, s. 516; Gümüş, Şerh, s. 131; Çabri, s. 288.

⁸⁸ M. Aydoğdu, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, 2013, s. 1-62, s. 27-28; Yavuz, Armağan, s. 1293.

⁸⁹ Atamer/Baş, s. 26; İnceoğlu, Konferans, s. 211; Aydoğdu, Şerh, s. 343. Bu ayrımlar için bkz. Aslan, s. 122-125; Aslan, Dersler, s. 94-96; Zevkililer/Özel, s. 156-158; Aydoğdu, Dersler, s. 124-126.

b. Nitelik Vaadine Aykırılık

Görülen iş, tacirin sözleşmede vaat ettiği nitelikleri taşımıyorsa, ayıp söz konusu olacaktır. Nitelik vaadi, tacir ile kurulan sözleşmede yer almakta ise, bu vaade aykırılığın ayıp teşkil edeceği açıktır. Tacirin internet sitesinde ya da bir reklamında veya ilanında yer alan özellikler de TKHK m. 13(2)'nin açık hükmü karşısında nitelik vaadi sayılmaktadır. Zira kanun koyucu, bu reklam/ ilanda yer alan bilgi temelinde tüketicinin sözleşmeyi kurduğunu varsaymaktadır.⁹⁰ Dolayısıyla iş görmenin, yapılan reklamın aksine bir nitelik taşınması ayıp oluşturacaktır. Örneğin tüketiciyle kurulan bir devre tatil sözleşmesinde, tesisin, katalogta yer alan özellikleri taşınamaması, denize uzak olması, görsellerin tesisin gerçek halini yansıtmaması bir ayıp olarak nitelendirilecektir.⁹¹ Bundan başka, Bölge Adliye Mahkemesi'ne konu bir olayda, sünnet düğününde, sözleşmede yer almasına rağmen havai fişek atılmaması ve yemek servisinin yapılmaması da ayıp olarak değerlendirilmiştir.⁹² Benzer şekilde bir hac organizasyonunda (paket tur sözleşmesinde) tüketicinin, broşürde gösterilene kıyasla daha kötü şartlara maruz bırakılması da ayıp olarak nitelendirilmiştir.⁹³

Reklam ve ilanın mutlaka sözleşmenin tarafı olan sağlayıcı tarafından düzenlenmesine gerek yoktur. Örneğin bir kuru temizleme markasına ilişkin yapılan reklam, tüm o kuru temizleme markasını kullanan tacirler açısından bir nitelik vaadi teşkil edecek ve buna aykırı ifa, ayıplı ifa sayılacaktır.

Ancak reklamların işin doğası gereği bir miktar abartı içerdiği de göz önünde bulundurulduğunda, reklam ve ilanlarda yer alan hususların nitelik vaadi olabilmesi için iş görmenin somut bir özelliğinin ifade edilmiş olması gerekir.⁹⁴ Örneğin kuru temizleme şirketi, yaptığı reklamlarda, çimen lekesini istisnasız çıkarttıklarını iddia ediyorsa, bu bir nitelik vaadi sayılabilecektir. Bu durumda, lekenin kuru temizlemede çıkartılamamış olması, ayıp teşkil edecektir. Benzer şekilde, internet hizmet sağlayıcılarının reklamlarında, internet hızına ilişkin vaatler sıklıkla görülmektedir. Bu vaade aykırılık da bir ayıp teşkil edecektir. Bununla birlikte, bir tamir hizmeti sunulmasına ilişkin reklamda, tamirin “birinci sınıf makinalarla” yapıldığı yönündeki beyan veya “bu bölgede en iyi kuru temizleme hizmetini biz veriyoruz” şeklindeki bir beyan, bir nitelik vaadi teşkil etmeyecektir.⁹⁵ Zira bu örneklerde yeteri kadar somutlaşma yoktur ve yukarıda da ifade edildiği üzere reklam işin doğası gereği bir miktar abartı içerebilir. Bu bakımdan reklam veya ilanlarda yer alan açıklamanın abartı içerdiğinin tüketici tarafından rahatça anlaşılabilirliği hallerde nitelik vaadinden söz edilemeyecektir.⁹⁶

90 TKHK m. 13'ün gerekçesi. Bu yönde, *Atamer/Baş*, s. 24; *Aydoğdu*, Şerh, s. 353; *Kara*, s. 826.

91 Y13HD 12.5.2003, E. 2003/2749, K. 2003/5860, www.tuketicihukuku.org.

92 BAM 3HD 26.1.2017, E. 2017/28, K. 2017/36 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

93 Y13HD 10.3.2016, E. 2015/4704, K. 2016/7455 Lexpera.

94 *İnceoğlu*, Konferans, s. 160; *Aslan*, s. 131.

95 Mal satımına ilişkin olarak, “birinci sınıf motor” tabirinin bir nitelik vaadi teşkil etmeyeceği yönünde, *Göle*, s. 152. Benzer örnekler için, *Aslan*, s. 131.

96 *Atamer/Baş*, s. 24; *Gümüş*, Şerh, s. 89; *Cumalıoğlu*, s. 27; *Makaracı Başak*, s. 516, dn. 33; *Göle*, s. 152; *İnceoğlu*, Konferans, s. 159; *Aslan*, Dersler, s. 99. Bu tür durumlarda reklamın aldatıcı sayılmayacağı yönünde, *Göle*, s. 79; *İnal*

Kanun koyucu, TKHK m. 14(2) ile tacire sorumluluktan kurtulma imkânı tanımıştır.⁹⁷ Buna göre tacir aşağıda yazılı üç husustan birini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Bunlardan ilki, kendisinden kaynaklanmayan reklam yolu ile yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının kendisinden beklenemediğini ispat etmesidir. Bu kurtuluş imkânının var oluş nedeni, sözleşmenin tarafı sağlayıcı ile reklâmı yapanın aynı kişiler olmaması olasılığıdır.⁹⁸ Gerçekten sağlayıcıdan bu reklâmı bilmesi beklenemez ise, bu taahhüt ile kendisinin bağlı tutulması uygun değildir.⁹⁹ Ancak örneğin ülke çapında yayın yapan televizyonlarda veya ulusal gazetelerde yer alan reklamlardan sağlayıcının haberdar olması gerektiği kabul edilmelidir.¹⁰⁰ Bundan başka otelin sıklıkla çalıştığı paket tur organizatörünün internet sitesinde yaptığı reklamlar açısından da, otelin bu reklamları kendisi yapmadığı için sorumluluktan kurtulması kanaatimce zor olacaktır. Bu bakımdan bu istisnanın uygulanması sıklıkla gündeme gelmeyecektir.

İkinci olarak tacir yapılan açıklamanın içeriğinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte düzeltilmiş olduğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir. Bu düzeltme, sözleşmeye konulacak açık bir kural, sözleşmenin kurulması anında yapılmış açık bir uyarı veya eşdeğer etkide bir reklam aracılığı ile yapılabilir.¹⁰¹ İlk olarak, sözleşmeye kural konması halinde, bu kuralın genel işlem koşulu olmaması gerekir.¹⁰² Aksi halde reklamdaki içeriğin düzeltilmişinden söz edilemez. İkinci olarak, sözleşme kurulmadan önce tacir bir uyarıda bulundu ise, bu yönde bir uyarı yapıldığını ispat külfeti tacir üzerindedir. Sözlü yapılmış uyarılar açısından bunu ispat etmenin zorluğu ortadadır. Bu bakımdan tacirler açısından bu yol önerilmemektedir. Son olarak, yapılan reklamın, önceki reklamlarla “eşdeğer etkide” olması gerekir. Bununla kastedilen, reklamın etki alanıdır. Örneğin ulusal televizyonda yayımlanan bir reklamın karşısında, tacirin el ilanına reklam bastırıp iş yeri önünde dağıtması, eş değer etkide olmayacaktır. Ancak yeni reklamın tüketici tarafından mutlaka görülmüş olması da gerekmez. Tüketicinin haberdar olma imkânına sahip olması yeterlidir.¹⁰³

Son olarak tacir, yapılan açıklama ile tüketicinin iş görme sözleşmesini akdetme kararı arasında bir nedensellik bağının bulunmadığını ispat edebilir.¹⁰⁴ Gereğe göre, “*ilgili reklamın hiç ulaşmadığı bir bölgede kurulan bir hizmet sözleşmesi açısından bu imkan mevcuttur*”. Ancak iletişimin bu kadar arttığı günümüzde bu olgunun gerçekleşmesinin güçlüğü yadsınamaz.¹⁰⁵ Bugün gerek yazılı gerek de görsel basında yer alan neredeyse tüm reklamlar internet ortamında da yer almaktadır. Kaldı ki internet ortamında yer almasa bile, bir reklamın görselinin bir tüketici

Baysal, s. 28; *Şahinci*, s. 50.

97 Doktrinde bir görüş, sorumluluktan bu tür kurtuluş imkânı getirilmesinin tüketici aleyhine olduğunu ileri sürmektedir. *Akçal/Uyumaz*, s. 268.

98 *İnceoğlu*, Konferans, s. 160.

99 *Atamer/Baş*, s. 24; *Yavuz*, Ayıplı İfa, s. 60; *Aydoğdu*, Şerh, s. 353-354.

100 *Yavuz*, Ayıplı İfa, s. 61; *İnceoğlu*, Konferans, s. 160.

101 Aynı yönde, *Çabri*, s. 300.

102 *İnceoğlu*, Konferans, s. 160.

103 *İnceoğlu*, Konferans, s. 161; *Gümüş*, Şerh, s. 136; *Çabri*, s. 301.

104 Esasen böyle bir düzenleme bulunmadan önce de doktrinde, bir reklamın ayıptan doğan sorumluluğu meydana getirebilmesi için, reklamın, sözleşmenin yapılmasında etkili olması gereği ifade edilmekteydi. *Göle*, s. 152.

105 Bu yönde, *Çabri*, s. 301.

tarafından ülkenin diğer bir bölgesinde yer alan tüketiciye iletilmesi de kolay ve mümkündür. Ayrıca sözleşme reklamın ulaşmadığı bir bölgede kurulmuş olsa bile, tüketicinin bulunduğu bölgeye reklam ulaşmış olabilir.¹⁰⁶ Bu nedenlerle son istisnanın değerlendirilmesinde çok dikkatli olunması gerekir. Doktrinde bir görüş, tüketicinin sübjektif kullanma amacı bakımından reklamlarda bildirilen niteliklerin önemsiz olması halinde de bu istisnanın söz konusu olacağını ifade etmektedir.¹⁰⁷ Gerçekten de teorik olarak bu durumda nedensellik bağının kesildiği ileri sürülebilir. Ancak tacirin, tüketicinin sübjektif kullanma amacını ispat etmesi çok güç görüldüğünden, pratik olarak istisnanın devreye girmesi zor görünmektedir.¹⁰⁸ Bundan başka, reklamın sözleşmenin kurulmasından sonra yapılması halinde de nedensellik bağının bulunmadığı açıkça ortadadır.¹⁰⁹

Görüldüğü üzere kanun koyucu, bu konudaki ispat yükünü tacire yüklemekte ve riski onun üzerinde bırakmaktadır. Bu yaklaşım yerindedir zira tüketicinin nedensellik bağının varlığını ya da tacirin bu reklamdan haberi olduğunu ispatlaması çok daha zordur.¹¹⁰

c. Lüzumlu Vasıflarda Eksiklik

TKHK m. 13(2) uyarınca ayıp teşkil eden bir diğer hal, tüketicinin işin görülmesinden makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran eksikliklerin bulunmasıdır. İşin görülmesinin, objektif olarak sahip olması gereken özelliklerinin ve tüketicinin işin görülmesinden “makul olarak” beklediği faydanın neye göre belirleneceğini birtakım kriterlere bağlamak yerinde olur. Zira her bir tüketicinin kendi sübjektif beklentisi dikkate alınmayacaktır.¹¹¹ Bunu belirlerken, sözleşme koşulları, fiyat ve benzer sözleşmelerdeki nitelikler dikkate alınır.¹¹² Örneğin kuru temizlemeden gelen gömleğin temiz ve ütülü olması, temizleme talimatına uygun şekilde temizlenmiş olması¹¹³, inşaat sözleşmesi sonucu teslim edilen dairenin camlarının takılmış olması, devre tatil tesisinde havuzun temiz olması gibi hususlar, taraflar sözleşmede özel olarak kararlaştırmasa bile, objektif olarak ifadan beklenen menfaattir.

Hizmetten makul şekilde beklenen faydaların “önemli ölçüde azalması”, BK m. 219’den farklı ve fakat ayıplı mala ilişkin TKHK m. 8(2)’ye paralel olarak aranmamış gözükmektedir. Buna evin boyanmasına ilişkin sözleşmede, boya işleminin olması gerektiğinden farklı olarak, evin bir köşesinin dalgalı ve lekeli görünmesi örnek gösterilebilir. Görüldüğü üzere, tüketicinin makul

106 *Cumaloğlu*, s. 26; *Aydoğdu*, Şerh, s. 354.

107 *Cumaloğlu*, s. 26.

108 *İnceoğlu*, Konferans, s. 161, dn. 16.

109 *Gümüş*, s. 137; *Çabri*, s. 301; *Aydoğdu*, Dersler, s. 166; *Aydoğdu*, Şerh, s. 354.

110 Ayıplı mallara ilişkin olarak aynı yönde, *Y. M. Atamer*, Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 – Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri, *Batider*, Cilt. XXIV, 2007, Sayı.1, s. 85.

111 *Çabri*, s. 295; *Gümüş*, Şerh, s. 133.

112 *İnceoğlu*, Konferans, s. 211. Eser sözleşmesi açısından, aynı yönde bkz. *Yavuz/Acar/Özen*, s. 1028-1029; *Tandoğan*, Cilt II, s. 161.

113 Bu yönde, Y13HD 3.4.2013, E. 2013/3231, K. 2013/8572, www.kararara.com.

olarak beklediği fayda, önemli ölçüde azalmasa da bu bir ayıp teşkil edecektir.¹¹⁴ Ayıbın önemli olup olmadığı, yalnızca tüketicinin kullanabileceği haklar açısından etkili olacaktır.¹¹⁵

III. AYIP HALİNDE TÜKETİCİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

A. GENEL OLARAK

Görülen işin ayıplı olması halinde tüketicinin sağlayıcıya karşı ileri sürülebileceği dört seçimlik hakkı vardır. Bu seçimlik haklar, işin yeniden görülmesi, ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedel indirimi ve sözleşmenin sona erdirilmesi olarak, ayıplı mal teslimine paralel şekilde düzenlenmiştir. Bu dört seçimlik haktan her birine ek olarak, Borçlar Kanunu'nun genel ilkeleri çerçevesinde tazminat da talep edilebilir.¹¹⁶ Her ne kadar aşağıda anılan seçimlik haklar, çoğu durumda tatmin edici olsa da bazı hallerde tüketicinin bu seçimlik hakların kullanılması suretiyle giderilemeyen bir zararı olabilir. Örneğin Yargıtay'a konu olan bir olayda, tüketici havuzunu tamir ettirirken, bu işin ayıplı görülmesi nedeniyle eve su sızmaya başlamıştır.¹¹⁷ Tüketici bu olayda, işin yeniden görülmesi ve evin zarar görmesi nedeniyle tazminat talep etmiş ve bu talebi kabul edilmiştir.

Hakların kullanılmasında seçim hakkı kural olarak tüketicidedir. Bu seçim hakkının işlevselliğini sağlamak ve etkinliğini korumak için, TKHK m. 15(1) gereği, seçimlik hakların kullanılmasında tüketicieye hiçbir masraf yüklenemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Zira tüketicieye belli bir seçimlik hakkı kullanırsa, bir miktar para ödemesi gerektiği söylenirse, tüketici o hakkı kullanmaktan kaçınacaktır. Oysa kanunun amaçladığı bu değildir. Seçimlik hakkın kullanılması neticesinde bir masrafın ortaya çıkması halinde buna sağlayıcı katlanacaktır. Bununla birlikte, hakların kullanılmasında, hakkın niteliğinden ya da ayıbın öneminden kaynaklı bazı sınırlamalar söz konusu olabilir. Bu sınırlara aşağıda değinilecektir.

Tüketicinin haklarına geçmeden önce, ayıptan doğan sorumluluğun, sözleşme ile ortadan kaldırılamayacağını, yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının kesin hükümsüz olacağını hatırlatmak gerekir.¹¹⁸ Zira bu kurallar, tüketici lehine nispi emredici kurallardır.¹¹⁹ Bir diğer deyişle tacirin sorumluluğunu artırmak mümkün olabilir; ancak azaltmak mümkün olmayacaktır.

114 *Atamer/Baş*, s. 26-27; *İnceoğlu*, Konferans, s. 159. Aksi yönde, *Gümüüş*, Şerh, s. 90.

115 *Atamer/Baş*, s. 26-27; *İnceoğlu*, Konferans, s. 159; *Çabri*, s. 296; *Aydoğdu*, Dersler, s. 144; *Aydoğdu*, Şerh, s. 355.

116 *Yavuz*, Ayıplı ifa, s. 174; *Zevkliler/Özel*, s. 192; *Çabri*, s. 304; *Karakocalı/Kurşun*, s. 77; *Aydoğdu*, Dersler, s. 180. Bununla kastedilen, tazminat talebinin kusur ve zarar prensiplerine dayanıyor oluşudur. Tazminat kapsamına manevi zararların tazmini de girmektedir. Örneğin devre tatil sözleşmesinde, tatil zamanının boşa harcanması nedeniyle manevi tazminat talebi Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Y13HD 27.4.2016, 2015/7203, 2016/11733; Y13HD 8.9.2015, 2014/36444, 2015/26620, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bununla birlikte bu tazminat TKHK'da özel olarak düzenlendiği için BK m. 112 kapsamında talep edilmeyecektir.

117 Y15HD 8.12.2015 E. 2015/5292, K. 2015/6243 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

118 *İnceoğlu*, Konferans, s. 173, s. 211; *Aydoğdu*, Dersler, s. 117; *Karakocalı/Kurşun*, s. 76; *Cumaloğlu*, s. 25; *Aydoğdu*, Şerh, s. 359. Aksi yönde, bazı şartlarla sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceğine ilişkin olarak, *Özel*, s. 114; *Aslan*, s. 147. Ayrıntılı bilgi için *N. Başalp*, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.

119 *Sirmen*, Tüketici Hukukunun Amacı, s. 2468; *Aydoğdu*, Dersler, s. 117; *Aydoğdu*, Şerh, s. 359.

B. İŞİN YENİDEN GÖRÜLMESİ VE ÜCRETSİZ ONARIM HAKKI

I. Haklar ve Sınırları

İşin yeniden görülmesi ve ücretsiz onarım hakkı, ayıp sonucunda ileri sürülen birer aynen ifa talebidirler.¹²⁰ Bu haklar, birbirine benzer oluşu ve aynı sınırlara tabi olması nedeniyle tek başlık altında incelenecektir.

Ayıp halinde tüketici, ayıplı görülen işin yeniden görülmesini talep edebileceği gibi, onarım da talep edebilir. Örneğin tüketici, tamir ettirdiği klimanın su akıtmaya devam etmesi halinde, işin yeniden görülmesini veya evini tümünden boyatan tüketici, bir duvarın dalgalı boyanmış olması halinde, sadece o duvar için onarım talep edebilir. Bu haklar, her ne kadar tüketicinin serbestçe seçimine bağlı olsa da, bu seçim düşünüldüğü kadar “serbest” değildir. Zira bu hakların kullanılmasında, MK m. 2 hükmünden de çıkarılabilecek olan bazı sınırlamalar, TKHK m. 15(2)’de somutlaştırılmıştır. Bunun nedeni, kanun koyucunun, seçim hakkını tüketiciye vermekle birlikte, bazı hallerde sağlayıcı ile tüketici arasındaki dengeyi korumak istemesidir. Hükme göre, işin yeniden görülmesi ve onarım hakkı sağlayıcı için “**orantsız güçlük**” yaratmamalı ve “**fiilen mümkün**” olmalıdır. Görüldüğü üzere, burada ilki subjektif, ikincisi objektif olmak üzere iki sınır getirilmiştir.

İlk olarak, bu seçimlik hakkın kullanılmasının, “**orantsız güçlük**” yaratıp yaratmadığının tespitinde hangi kriterlerden faydalanılabileceği hususunda, 1999/44 sayılı AB Yönergesi m. 3’de ayıplı mal için getirilen kriterler, işin ayıplı görülmesine ilişkin olarak da iç hukuka yansıtılmıştır. Hükümün ikinci cümlesine bakıldığında, “*hizmetin ayıpsız değerine, ayıbın önemine ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceğine*” dikkat edilmesi gerektiği yerinde olarak ifade edilmektedir. Sonuç olarak, işin yeniden görülmesi veya ücretsiz onarım orantsız ise, tüketici diğer haklarını kullanmalıdır.

Örneğin tüketicinin, parkelerine sistire yaptırmak için bir sözleşme akdettiğini ve sistirenin yapıldığı alanda küçük bir bölümün gerektiği gibi yapılmamış olduğunu varsayalım. Bu durumda, işin tümünden yeniden görülmesini talep etmek orantılı bir giderim talebi olmayacaktır. Zira ayıp önemli ve büyük olmadığından, görülen işin ayıpsız değeri ile ayıplı değeri arasındaki fark da büyük değildir. Bu nedenle tüketici onarım ya da indirim haklarından birini kullanarak rahatlıkla tatmin edilebilir. İşin yeniden görülmesi suretiyle de tatmin edilebilirse de bu yol tacir açısından aşırı bir masrafa yol açacaktır. Gerçekten de bu durumda tüketicinin işin yeniden görülmesi talebi kabul edilmeyecektir. Buna karşılık ayıbın büyük olması nedeniyle, onarımın çok maliyetli olacağı bir kurguda, tüketici artık onarım hakkını kullanamayacaktır. Tüketici burada artık dönme ya da işin yeniden görülmesi haklarından birini kullanabilir.

120 *Atamer/Baş*, s. 35; *Türkmen*, s. 3390-3391, *Buz*, s. 170 vd.; *Çabri*, s. 307. Mukayeseli veriler için bkz. *Y. M. Atamer*, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, 363, dn. 434. Bu hakkın yenilik doğuran hak olduğu yönünde bkz. *Gümüş*, Şerh, s. 115; *Aydoğdu*, Dersler, s. 180; *Aslan*, 169-170; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 154; *Eren*, Borçlar Özel, s. 647; Y13HD, 28.4.2010, 15622/5824 (*Yavuz*, Ayıplı İfa, s. 57).

İkinci olarak, işin yeniden görülmesi ve onarım “*fiilen mümkün*” olmalıdır. Bununla kastedilen örneğin teknik açıdan veya zamansal olarak ifanın anlam taşınması ve mümkün olmasıdır. Örneğin bir düğünde orkestra, istenen şarkılardan çok farklı şarkılar çalmış ise, düğünün yeniden yapılması söz konusu olmayacağından, işin yeniden görülmesi talep edilemeyecektir. Bu halde makul yaptırım olarak indirim karşımıza çıkacaktır.

Onarım hakkının kullanılmasının fiilen mümkün olması ile kastedilen ise, işin doğası gereği, öncelikle onarılabilecek bir “şey”in var olması gereğidir.¹²¹ Zira ayıplı iş görülmesi durumunda, her zaman bir mal içeren sonuçtan bahsedilemeyebilir. Örneğin internet hizmeti geçen iki ay boyunca ayıplı şekilde ifa edilmiş ise, ayıplı ifa edilen döneme ilişkin bir onarım söz konusu olamayacaktır. Zira ortada onarılabilecek bir şey yoktur. Oysa bahçenin bakımı, ağaçların budanması, aracın tamir edilmesi, duvarın boyanması gibi bir şeyle ilgili iş görmeyi konu eden sözleşmelerde onarım hakkı kullanılabilir. Zira ortada “*onarılabilir bir şey*” vardır.

Ancak bu noktada sözleşmenin, imal edilecek de olsa bir malın mülkiyetinin nakline ilişkin olması halinde, ayıplı malların satımına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağına dikkat çekmek gerekir.¹²² Bu nedenle TKHK m. 15(1)’e dayanan onarım talebi ile, çoğu zaman malın mülkiyetinin zaten tüketiciye ait olduğu ihtimallerde karşılaşılabilecektir. Yukarıda örnek verilen bahçenin bakımı, ağaçların budanması, aracın tamir edilmesi, duvarın boyanması hallerinde esasen durum böyledir. Benzer şekilde, kumaşın tüketici tarafından terziye verilmesi suretiyle diktirilen bir perde ya da elbisenin de onarımı söz konusu olabilecektir.

2. Seçilen Hakların Yerine Getirilmesinde Süre Sınırı

Tüketici işin yeniden görülmesi ve ücretsiz onarım hakkını seçerse, TKHK m. 15(4) gereği bu talebin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren makul bir sürede, ancak en fazla otuz gün içerisinde yerine getirilmesi gerekir. Sürenin hesabında cumartesi günleri de dikkate alınmaktadır.¹²³ Somut olayın koşullarında makul süre otuz günden kısa ise, bu süre içinde talebin yerine getirilmesi gerekir.¹²⁴ Dolayısıyla düzenleme, tacirin talebi yerine getirmek için her durumda otuz günü vardır şeklinde anlaşılmalıdır. Tacirin mümkün olan en kısa sürede talebi yerine getirmesi gerekir; otuz gün sadece üst sınırdır.¹²⁵

Makul sürede ve en fazla otuz gün içinde tüketicinin talebi yerine getirilmezse, kural gereği tüketici bir başka hakkını kullanmayı seçebilir. Ancak bunun TKHK m. 15(4)’te ayrıca yazılmasına esas olarak gerek yoktur. Zira işin yeniden görülmesi ve ücretsiz onarım hakkı, zaten aynen ifa temelli taleplerdir. Bu bakımdan tüketicinin her zaman (bu sırada otuz gün içinde

121 Makaracı Başak, s. 529; Gümüş, Şerh, s. 142; Şahin/Kızır, s. 77; Çabri, s. 311; Aydoğdu, Şerh, s. 362.

122 Bu yönde bkz. İnceoğlu, Konferans, s. 208.

123 Kara, s. 382; İnceoğlu, Konferans, s. 217.

124 İnceoğlu, Konferans, s. 217.

125 İnceoğlu, Konferans, s. 217; Gümüş, Şerh, s. 144.

de) bu hakkı kullanmaktan vazgeçip, diğer hakları ileri sürmesi mümkündür.¹²⁶ Ancak yine de kanun koyucunun bu hususa vurgu yapması, bu hakların yenilik doğuran hak olduğunu ileri süren görüşün pratik etkisini ortadan kaldıracığından, yerinde görünmektedir.

Otuz gün içinde tüketicinin bu talebi yerine getirilmezse, kanaatimce tüketici yine de onarım veya işin yeniden görülmesi haklarında ısrarcı olabilir. Bu kural, tüketicinin mutlaka bir başka hakkı tercih etmek zorunda olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Doktrinde bir görüş, otuz günün sonunda, işin yeniden görülmesi ve onarım hakkının, birer yapma borcu olduğundan yola çıkarak BK m. 113'e başvurmak suretiyle bu hakların kullanılmasında ısrarcı olunabileceğini ifade etmektedir.¹²⁷ Gerçekten de tüketicinin BK m. 113'e başvurması mümkündür. Ancak şart değildir. Tüketici otuz günden sonra hala tüketici mevzuatı kapsamında bu hakları talep edebilecektir.

C. Ayıp Oranında Bedel İndirimi

Bir ayıp söz konusu olduğunda, bazen tüketici görülen işi, ayıplı hali ile kabul etmeye hazır olabilir. Yalnızca iş ayıplı görüldüğü için artık tüketicinin o sözleşmeye biçtiği değer azalmıştır. Bu durumda, tüketici bedel indirimi talep edebilecektir. Bu talep, bağlı kredi verene karşı da ileri sürülebilir (TKHK m. 30(4)). Tüketici bu hakkı kullanmışsa, TKHK m. 15(3) gereği, bu indirim miktarı kadar iadenin "derhal" yapılması gerekir.

Bu indirim ayıp oranında gerçekleşir. Satım sözleşmesi için doktrinde hâkim görüş indirim oranının nispi yöntemle bulunması gerektiğini savunmaktadır.¹²⁸ Eser sözleşmeleri açısından da aynı hesaplama yönteminin uygun olacağı kabul edilmektedir.¹²⁹ Diğer bir ifadeyle ayıp, sözleşmeden beklenen faydayı ne oranda azaltmış ise o oranda indirim yapılmalıdır. Bu hesaplama basittir: görülen işin objektif olarak ayıpsız değeri ile ayıplı değerinin birbirine oranı, indirim yapılması gereken orana denk gelir. Bu oran, sözleşme bedeline uygulanarak, indirim miktarı bulunur.¹³⁰ Bu formül şu şekilde ifade edilebilir:

$$\text{Ödenecek indirilmiş ücret} = \frac{\text{Sözleşme bedeli X Ayıplı değer}}{\text{Ayıpsız değer}}$$

126 *İnceoğlu*, Konferans, s. 217; *Atamer/Baş*, s. 35-36. Aksi yönde, *Aydoğdu*, Dersler, s. 174. Bununla birlikte Aydoğdu s. 180'de, onarım ve yeniden ifanın aynen ifa temelli; dönme ve indirimin yenilik doğuran haklar olduğunu ifade etmektedir. Benzer şekilde bkz. *Aydoğdu*, Şerh, s. 365. Onarım ve yeniden ifa talep etmek, aynen ifa temelli talepler ise, neden bu haklardan vazgeçilip, diğer seçimlik hakların kullanılamayacağı anlaşılmalıdır.

127 *Çabri*, s. 309-310.

128 *Özel*, s. 119; *Şenocak*, s. 34; *Gümiş*, Şerh, s. 113; *Aslan*, s. 194-195.

129 *Yavuz/Acar/Özen*, s. 1039; *Aydoğdu/Kahveci*, s. 776; *Eren*, Borçlar Özel, s. 650. Aynı yönde, Y15HD 16.2.2017, E. 2016/492, K. 2017/717, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

130 *Atamer/Baş*, s. 45; *Yavuz*, Ayıplı ifa, s. 172-173; *İnceoğlu*, Konferans, s. 182; *Şenocak*, s. 34; *Çabri*, s. 315; *Aydoğdu*, Dersler, s. 172.

İndirim hakkının kullanılmasına Kanun bir sınırlama getirmiş görünmemektedir. Bununla birlikte, bazı hallerde, ayıplı değer öyle düşüktür ki, talep edilecek indirim bedeli, neredeyse sözleşme bedeli kadar olacaktır. İşte bu durumda, MK m. 2'de genel bir ilke olarak kabul edilmiş olan dürüstlük kuralının bu hakkın kullanılmasına bir sınır getirebileceği göz önünde bulundurulmalıdır.¹³¹ Böyle bir durumda ayıp çok büyük olduğundan, sözleşmeden dönme ya da işin yeniden görülmesi haklarının kullanılması uygun olacaktır.

D. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

1. Dönme mi Fesih mi?

İşin ayıplı şekilde görülmesi halinde, TKHK m. 15, tüketicinin sözleşmeden dönebileceğini ifade etmektedir. Bu talep, bağlı kredi verene karşı da ileri sürülebilir (TKHK m. 30(4)). Kanun her ne kadar “sözleşmeden dönme” ifadesini kullanmışsa da doğru ifade sözleşmenin sona erdirilmesi olmalıdır. Zira satım sözleşmesinden farklı olarak, bir iş görme sözleşmesi söz konusu olduğunda, her zaman ani edimli bir sözleşme ve bunun sonucunda dönme hakkının var olacağını kabul etmek doğru değildir.

Ani edimli bir sözleşme söz konusu olsa bile, hükmün uygulama alanı çoğunlukla eser sözleşmeleri alanına yoğunlaşacağı için, bu sözleşmenin ifasının süreye yayılıyor olmasından kaynaklanan sakıncalar gündeme gelebilecektir. Bu açıdan, eser sözleşmesinde sözleşmeden dönme hakkının nasıl kullanıldığını kısaca hatırlamak gerekir. Bilindiği üzere, eser sözleşmesinde, dönme hakkının yol açtığı tasfiyenin sözleşme taraflarına zarar vermemesi için bu hak çok sınırlı hallerde özgülenmiştir.¹³² BK m. 475'e göre, ancak eserin iş sahibinin kullanamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak düzeyde ayıplı olduğu hallerde sözleşmeden dönme hakkının varlığı kabul edilir. TKHK'da ise bu tür bir sınırlama açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle, işin ayıplı görülmesi durumunda, sözleşmenin sona erdirilmesi hakkının nasıl kullanılacağı, bu hakkın kullanılmasının sözleşme üzerindeki etkisi ve tasfiyenin nasıl gerçekleşeceği ani edimli olsa da ifanın süreye yayıldığı eser sözleşmeleri ve sürekli edimli sözleşmeler açısından sorunlu görünmektedir.

Kanun koyucunun düzenlemede “dönme” ifadesini kullanmaktaki kastı, şüphesiz sürekli edimli sözleşmelerde de geriye etkili şekilde sözleşmeyi sona erdirmek değildir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere bir iş görme sözleşmesi, ani edimli olabileceği gibi, sürekli edimli de olabilir. Örneğin, bir arabanın tamir edilmesi, evin boyanması örneklerinde iş görme sözleşmeleri ani edimli iken; internet hizmeti verilmesi sürekli edimli bir sözleşme olacaktır. Bu ifade zaafının nedeni, ani edimli satım sözleşmelerine özgü ayıp hükümlerinin ayıplı iş görme konusuna aynen aktarılması olsa gerekir. Örneğin bir sürekli sözleşme olan abonelik sözleşmesinde, iş yalnızca on

131 Aynı sınır, TKHK m. 83'ün yaptığı atıf sayesinde, BK m. 227 son fıkranın kıyasen uygulanması sayesinde de uygulanabilir. *Çabri*, s. 316.

132 *Yavuz/Acar/Özen*, s. 1036-1037; *Eren, Borçlar Özel*, s. 648; *Tandoğan*, Cilt II, s. 181 vd.; *Aydoğdu/Kahveci*, s. 775-776; *M. A. Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt II, İstanbul 2012, s. 61-62; *Zevkililer/Gökayla*, s. 519-520.

ay gereği gibi ifa edildikten sonra, bir ay ayıplı olarak görülürse, tüketicinin sözleşmeden dönerek tüm abonelik bedellerinin iadesini talep etmesi doğal olarak kabul edilemez bir sonuçtur. Bu yönde bir yorumun, kanun koyucunun amacını aşan ve adaletli olmayan bir yorum olacağı ortadadır.¹³³

Bu nedenle hüküm yorumlanmaya muhtaçtır. Doktrinde bir görüş, bu hakkın dönme hakkı olduğundan yola çıkılarak, işin görüldüğü ve tamamlandığı durumlarda bu hakkın kullanılamayacağını ileri sürmektedir.¹³⁴ Bir diğer görüş ise, genel prensipten hareket ederek, bu hükmün sürekli sözleşmelerde fesih anlamına gelecek şekilde yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir.¹³⁵ Gerçekten de ilk bakışta, bu çözüm anlamlı görünmektedir. Ancak fesih hakkı, sözleşmeyi, fesih beyanının ileri sürülmesinden itibaren yani ileriye dönük olarak sona erdirir. Bu da tüketicinin, ayıplı ifanın gerçekleştiği dönem için bedel ödemesi ve/veya ödediği bedeli geri alamaması anlamına gelebilir. Zira anılan dört hak, kümülatif olarak kullanılmaz; seçimlik haklardır. Bu bakımdan tüketici hem sözleşmenin feshini hem de ayıplı ifa edilen dönem için bedel indirimini talep edemeyecektir. Tüketicinin bir zararı yoksa, tazminat da talep edemeyecektir. Örneğin internet hizmetinin geçmiş iki ayda sorunlu olması nedeniyle tüketici sözleşmeyi feshetmek istese, ayıplı ifa edilen iki ay için tam bedel ödemek durumunda kalacaktır. Tüketici bu süreçte tatilde olduğu için internete ihtiyaç duymadı ise veya cep telefonundaki interneti kullandı ve bu ona ek bir maliyet yaratmadı ise, bir zararı olmadığından tazminat da talep edemeyecektir.¹³⁶

Oysa, sürekli edimli bir sözleşme olan kira sözleşmesinde, kiracı hem sözleşmeyi feshedip hem de ayıplı ifa edilen dönem için bedel indirimini talep edebilmektedir (BK m. 305-306). Zira anılan kurallarda hakların birbirine eklenecek şekilde kullanılmasına açıkça izin verilmiştir. Tüketicinin de tıpkı kiracı gibi “korunması gereği” göz önünde bulundurulduğunda, kira hukukunda öngörülen çözümün tüketiciler açısından da uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorusu değerlendirilmelidir. Her ne kadar bu yaklaşım çözüm odaklı olsa da kanunun açık hükmü karşısında buna olumsuz cevap vermek gerekir.¹³⁷ Zira kira hukukunda, fesih ve ayıplı dönem için talep edilen indirim bedeli “yığılabilen” taleplerdir.¹³⁸ Oysa TKHK m. 15'e göre, “*Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda, tüketici hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir.*” Görüldüğü üzere, kira hukukundan farklı olarak, tüketici hukukunda seçimlik haklar açıkça yığılmayacak şekilde düzenlenmiştir. Böylelikle sözleşmeden dönme ifadesi, sürekli sözleşmeler için “fesih” olarak okunsa bile, bir zorlama yorum daha yapılarak, fesih ile ayıplı dönem için bedel indirimini hakkını yığılan talepler olarak

133 Aynı yönde, *İnceoğlu*, Konferans, s. 213.

134 *Zevkliler/Özel*, s. 193.

135 *Gümüş*, Şerh, s. 140; *Makaracı Başak*, s. 527; *Aydoğdu*, Şerh, s. 363.

136 Böyle bir durumda, sağlayıcıya karşı ileri sürülebilecek sebepsiz zenginleşme temelli bir talebin de yeterli koruma sağlamayacağını vurgulamak gerekir.

137 *İnceoğlu*, Konferans, s. 213.

138 *İnceoğlu*, Kira, Cilt I, s. 166.

kabul etmek zor görünmektedir. Olması gereken hukuk açısından uygun çözümün bu yönde olacağı açık ise de maddenin lafzı karşısında, bu yorumu kabul etmek kolaylıkla mümkün olmasa gerekir.¹³⁹

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş ise, sözleşmenin ani ya da sürekli edimli olduğuna bakılmaksızın baştan itibaren sözleşmeyi sona erdirecek şekilde dönme hakkının kullanılması gerektiğini; ancak görülen işi iade edemeyecek tüketiciden, elde ettiği yararı (yani bir kullanma karşılığını) iade etmesinin uygun bir çözüm olacağı ifade edilmektedir.¹⁴⁰ Bunun sonucunda, tüketicinin elde ettiği yarar, sağlayıcının iade edeceği bedelden düşülecektir. Kanaatimce bu da sürekli edimli sözleşmelerin hukuki niteliği ile bağdaşmayan, zorlama bir çözüm olarak görünmektedir.

Bu konuda doktrinde önerilen bir diğer çözüm önerisi ise, “dönme” hakkının kullanılmasının, sözleşmenin en baştan itibaren değil, ayıplı ifadan itibaren sona erdirilmesi anlamını taşıyacağını kabul etmektir. Gerçekten de bu görüş diğerlerine nazaran daha isabetli görünmektedir. Zira çözüm, hükmün hem lafzı ile hem de ruhu ile uyum içindedir. Buna göre, örneğin 1.1.2015 yılından beri devam eden bir abonelik sözleşmesinde, 1.12.2015-1.1.2016 tarihleri arasında ayıplı ifa söz konusu olsun. Bu kurguda tüketici dönme hakkını kullandığında, sözleşme, ilk ayıplı ifa zamanı olan 1.12.2015 itibarıyla sona erecektir. Böylelikle, hem tüketici sözleşmeyi en baştan itibaren geçersiz kılmamış ve tüm abonelik bedellerinin iadesini istememiş olacak ve sağlayıcıyla arasındaki menfaat dengesi bu yolla sağlanmış olacak; hem de tüketici ayıplı dönem için bedel ödemek zorunda kalmayacak ve korunmuş olacaktır.¹⁴¹ Esasen bu çözüm, Türk hukukunda, başka alanlarda zaten var olan bir çözümdür. Örneğin, BK m. 230 gereği, birden çok mal satışında kısmi dönme mümkündür. Burada olan da zaten zamansal açıdan kısmi dönmedir.

Son olarak ifaya henüz başlanmamış ani veya sürekli edimli bir sözleşme söz konusu ise, dönme hakkı, herhangi bir sorun yaratmadan kullanılabilir.¹⁴² Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir olayda, tüketici 2009 yılında akdettiği devre tatil sözleşmesi sonrasında, tesise gittiğinde, tesisin çok farklı olduğunu görmüş ve devre tatil hakkını kullanmayı reddederek dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, tüketicinin sözleşmeden dönme talebini kabul etmiş ve bedelin iadesine karar vermiş ve Yargıtay da bu kararı onamıştır.¹⁴³

2. Hakkın Sınırları

Tüketicinin dönme hakkını ne zaman, hangi koşullar altında kullanabileceği konusunda Kanun'da bir düzenleme yoktur. Örneğin ücretsiz onarım ve işin yeniden görülmesi haklarına getirilen

139 Bu yönde, *İnceoğlu*, s. 213 vd. Bununla birlikte *Makaracı Başak*, kira sözleşmesine ilişkin kuralların kıyasen uygulanmasının daha uygun bir çözüm olacağını savunmaktadır. *Makaracı Başak*, s. 528.

140 *Özel*, s. 131; *Tiryaki*, s. 112.

141 *İnceoğlu*, Konferans, s. 212 vd.

142 *Makaracı Başak*, s. 527.

143 Y13HD, 3.3.2016, 2017/2401, 2016/6543, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

sınırlar bu hak için getirilmemiş görünmektedir.¹⁴⁴ Dolayısıyla, ayıbın önemine bakılmaksızın sözleşmenin sona erdirilmesi hakkının tüketiciye tanınmış olduğu düşünülebilirse de bu sonucun kabulü uygun olmayacaktır. Zira bazı hallerde, ayıbın mahiyeti, dönme hakkını haklı göstermeyebilir.¹⁴⁵ Bu gibi hallerde dönme hakkı kullanılamamalıdır.

Her ne kadar bu yönde açık bir düzenleme TKHK'da bulunmasa da, MK m. 2 gereği dürüstlük kuralı, tüketicinin bu hakkı kullanmasına her zaman sınır teşkil edebilecektir. Esasen satım sözleşmesine ilişkin BK m. 227¹⁴⁶ ve eser sözleşmesinde ayıba ilişkin BK m. 475(1)'de yer alan sınırların da temeli dürüstlük kuralıdır. Bu bakımdan, örneğin parke döşenmesine ilişkin bir sözleşmede, iş görülürken parkelerden bir ikisinin çizilmesi halinde sözleşmeden dönme hakkı kullanılamamalıdır.¹⁴⁷ Zira bu tür küçük bir ayıbın giderilmesi başka yollarla mümkündür ve dönme hakkının kullanılması tacir açısından aşırı güçlük doğuracaktır.

3. Hakkın Sonuçları

Sözleşme sona erdirildiği için, taraflar arasındaki ilişki bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Bunun sonucunda, tacirin bedel iadesi borcu doğacaktır. TKHK m. 15(3) gereği, bu iadenin tüketiciye derhal yapılması gerekir. Bedel iadesi borcu, faizi de içerir. Doktrinde bir görüş “derhal” ifadesi yerine, bir hafta gibi somut bir belirlemenin yapılmasının daha uygun olduğunu ifade etmektedir.¹⁴⁸ Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira öncelikle bu iadenin en kısa sürede gerçekleşmesi gerekir. Bu bakımdan uygun ifade gerçekten derhal olacaktır. Buna ek olarak, bu tür somut süreler belirlemek, her somut olay için uygun olmayan sonuçların doğmasına neden olur. Zira bir sözleşme için bir hafta içinde yapılan iade “derhal” yapılmış sayılabilirken; diğer bir sözleşme için iadenin ikinci gün hala yapılmamış olması halinde geç kalınmış sayılabilir.

Dönme hakkı kullanıldığında, bazı durumlarda tüketicinin de bir bedel ödeme borcu doğabilir. Zira işin ayıplı görülmesi sonucunda, kullanım tamamen ortadan kalkabileceği gibi bunun aksi de mümkündür. Ayıp kullanımı tamamen ortadan kaldırdıysa, ayıplı ifa edilen dönem için tüketicinin bir kullanım karşılığı ödemesi söz konusu olmaz. Ancak bazı hallerde, tüketici ayıba rağmen, ifadan bir menfaat sağlamış ise, ayıplı ifaya rağmen kısmen de olsa bedel ödemesi, sağlayıcı ile tüketici arasındaki menfaat dengesini kurmaya hizmet eder.¹⁴⁹ Her ne

144 Benzer sınırlamalar, ayıplı mallar ve BK'da düzenlenen eser sözleşmesi için de söz konusudur. Bkz. *Yavuz/Acar/Özen*, s. 1036-1037; *Eren*, Borçlar Özel, s. 648. Buna göre eser sözleşmesinden ancak “eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aykırı olduğu ölçüde” sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir.

145 *Atamer/Baş*, s. 46; *İnceoğlu*, Konferans, s. 188; *Zevkiler/Aydoğdu*, s. 138; *Çabri*, s. 319.

146 BK m. 227'nin neden TKHK m. 83'ün yaptığı atıfla doğrudan uygulanmasının uygun olmadığı hakkında bkz. *Atamer/Baş*, s. 47.

147 Doktrinde bir görüş, “dönme hakkının önemli ayıplara özgü olmadığını ama MK m. 2'nin sınır olduğunu” ifade etmektedir. *Kara*, s. 730. Esasen önemli olmayan bir ayıp halinde dönme hakkının kullanılamayacak olmasının temeli zaten genel olarak MK m. 2'dir. Bu bakımdan bu görüş, esasen farklı bir görüş değildir.

148 *Akçaal/Uyumaz*, s. 269-270.

149 İş görme sona erdikten sonra, kısmen var olan ayıp söz konusu olduğunda dönme hakkının kullanılamayacağı yönünde, *Aydoğdu*, Şerh, s. 366. Oysa yukarıda ifade edildiği üzere, bu tür bir durumda, tüketicinin ayıpsız kısım

kadar bu yönde açık bir kural bulunmasa da ilke kıyası yapmak suretiyle bu sonuca ulaşmak mümkündür.¹⁵⁰ İlke kıyasında kullanılacak ilk kural, iş görme sözleşmesinin bir özel görünümü olan paket tur sözleşmeleri için var olan, Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 12(3)'tür. Kural gereği, sözleşmeden dönme anına kadar ifa edilen edimler için, hizmetten faydalanıldığı oranda uygun bir karşılık talep edilebilir. Bundan başka, satımda dönmenin sonuçlarını düzenleyen BK m. 229(1)'den de faydalanmak mümkündür.¹⁵¹ Sonuç olarak tüketicinin sözleşmeden döndüğü, ayıplı ifa edilen aylar için, ifadan sağladığı menfaat karşılığında bir kullanım bedeli ödemesi gerekir. Nasıl ki tacirin iade borcu kapsamında faiz vardır; bu kullanım karşılığı kapsamında da faizin bulunacaktır.¹⁵²

IV. SEÇİMLİK HAKLARIN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI

A. Kural

İşin ayıplı görülmesinden doğan taleplerin tâbi olduğu zamanaşımı süresi TKHK m. 16'da düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, "*Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı hizmetten sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, hizmetin ifası tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir*".¹⁵³ Bu bakımdan örneğin bir eser sözleşmesi söz konusu olduğunda, BK m. 147 gereği beş yıllık zamanaşımının uygulanması söz konusu olacaktır.¹⁵⁴

Görüldüğü üzere iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç anı, işin görüldüğü tarih olarak belirlenmiştir. Ancak işin görüldüğü tarihten ne anlaşılması gerektiği açık değildir, zira işin görülmesi çoğu zaman bir zamana yayılmaktadır.¹⁵⁵ Dolayısıyla bu ifadenin yorumlanması gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir kerelik bir iş görme söz konusu ise, örneğin tamirci, tüketiciye ait arabayı tamir edecekse, zamanaşımı ifa tarihi itibarıyla başlayacaktır. Ancak iş görme sürekli veya belli aralıklarla ifa ediliyorsa veya ani edimli sözleşme olmasına rağmen uzun süreye yayılmış bir imalat süreci varsa, acaba ifa tarihi ne zaman sayılmalıdır?

İlk olarak, **iş görme sürekli veya belli aralıklarla devam ediyorsa**, örneğin bir spor salonu üyeliği veya dergi aboneliği söz konusu ise, zamanaşımı şüphesiz ilk ifa tarihinde başlamayacaktır. Burada

inçin bir kullanım karşılığı ödemek suretiyle sözleşmeyi sona erdirmeye imkânını elinden almak için bir sebep bulunmamaktadır.

150 Serozan, Medeni, s. 146 vd.

151 Nitekim ayıplı mal tesliminde kullanım karşılığını temellendirmek için TKHK m. 83'ün atfı sayesinde, doğrudan BK m. 229'dan faydalanılmaktadır. Burada teknik olarak kıyas yoluna başvurulmasının nedeni ise BK m. 229'un ayıplı mal teslimine özgü bir kural olmasıdır.

152 Bu yönde ve faiz oranı hakkında bkz. *Atamer/Baş*, s. 48-49.

153 Zamanaşımı konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. *Türkmen*, s. 3389 vd.

154 *Türkmen*, s. 3403; *Aydoğdu*, Şerh, s. 379; bu yönde eski tarihli bir karar için bkz. Y15HD 16.12.2002, E. 2002/5727, K. 2002/5883, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

155 *İnceoğlu*, Konferans, s. 219.

zamanaşımı ayıplı iş görmenin ifa edildiği tarihte başlar.¹⁵⁶ Aksi halde, örneğin bir abonelik sözleşmesi 1.1.2016'te ayıpsız olarak ifa edilmeye başlanmışsa, sürenin bu ifa tarihinden itibaren başladığının kabulü, tacire, iki yıl sonra serbestçe sözleşmeyi ayıplı ifa edebilirsin demekle aynı sonucu doğurur. Esasen burada ayıplı mal kurallarının aynen alınmasının doğurduğu aksak bir sonuç ile karşı karşıya kalınmıştır.¹⁵⁷ Bir mal teslimi söz konusu olduğunda, gerçekten de malın teslimi, yani ifa ile zamanaşımının başlaması anlamlıdır. Zira ayıblın kural olarak teslim anında gizli de olsa var olduğu kabul edilir. Hatta bu şekilde, “an farkıyla” hasardan ayrılır. Oysa sürekli edimli bir sözleşmede, ifa bir kere gerçekleşmez. Her ay tüketicinin kapısına dergi bırakılacaktır ve her ay bırakılacak olan derginin ayıpsız olması gerekir. Tıpkı kira sözleşmelerinde olduğu gibi, sonradan ortaya çıkan ayıp kavramı vardır ve tacirin (ve kiraya verenin) borcu, sözleşme süresi boyunca ayıpsız ifadır. Bu bakımdan, kuralda geçen “*hizmetin ifası tarihinden*” itibaren ifadesi, ilk ifanın başladığı ana değil, sürekli edimli sözleşme açısından, her bir ifa için yeniden başlayacak şekilde anlaşılmalıdır. Bu sonucu somutlaştırmak gerekirse, bahsedilen abonelik sözleşmesinde, ilk üç ay dergilerin düzgün şekilde tüketiciye teslim edildiğini ve fakat dördüncü ayda gelen teslimatta, derginin ıslak ve okunamaz bir halde teslim edildiğini varsayalım. İşte bu kurguda ayıplı ifanın başlangıç tarihi olan dördüncü aydan itibaren zamanaşımı süresi başlayacaktır. Beşinci ve altıncı aylarda da edim ayıplı olarak ifa edilmeye devam ediyorsa, zamanaşımı süresi, her ayıplı ifa için yeniden başlayacaktır.

İkinci olarak, **ani edimli olmakla birlikte eser sözleşmelerinde**, işin görülmesi bir süre alır. Hukuk tekniği açısından da, “hizmetin ifası tarihi”, tacirin işe başladığı an değildir. Zira bu sözleşmede ifa tarihi aslında teslim tarihidir. Bu bakımdan, örneğin tüketici evinin bahçesindeki havuzu tamir ettiriyorsa, bu havuzun ayıplı olması halinde zamanaşımı süresi, havuzun tamir edilmeye başlandığı an itibarıyla değil, tamamlanıp teslim edildiği tarihte başlayacaktır.

B. Zamanaşımı Süresinin Sözleşmeyle Değiştirilmesi

Bu zamanaşımı süresinin tarafların anlaşması suretiyle kısaltılması mümkün değildir.¹⁵⁸ Zira daha önce de ifade edildiği üzere, bu kurallar tüketici lehine nispi emredici niteliktedir. Sözleşmede bu yönde var olan bir kural, kesin hükümsüz olacak ve yerine yasal zamanaşımı süresi uygulama alanı bulacaktır. Ancak hükümde yer alan “*Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde*” ifadesinden de açıkça anlaşılabilceği üzere, sürenin sözleşmeyle uzatılmasına bir engel bulunmamaktadır.¹⁵⁹ Doktrinde bir görüş, bu sürenin en fazla on yıla kadar uzatılabileceği görüşündedir.¹⁶⁰ Sürenin tüketicinin pazarlık gücü göz önünde bulundurulduğunda daha fazla uzatılması gerçekçi olmasa da, kanaatimce teorik olarak sürenin

156 *Türkmen*, s. 3401; aynı yönde *Çabri*, s. 330.

157 Bu düzenin yaratacağı sorunlara esasen eski TKHK zamanından beri doktrinde dikkat çekilmekteydi. Bkz. *Serozan*, *Tüketiciyi Koruma Yasası*, s. 596.

158 *Türkmen*, s. 3396; *Zevkliler/Özel*, s. 202; *Çabri*, s. 330.

159 *İnceoğlu*, *Konferans*, s. 219; *Gümüş*, *Şerh*, s. 147.

160 *Gümüş*, *Şerh*, s. 147; *Türkmen*, s. 3396; *Zevkliler/Gökyayla*, s. 139; *Cumaloğlu*, s. 28.

on yıldan fazla şekilde belirlenmesi mümkündür.¹⁶¹ Örneğin tacir bunu bir pazarlama unsuru olarak kullanıyorsa, on yıldan daha uzun süre belirlenmesine engel görünmemektedir.

C. Kısa Zamanaşımının Uygulanmayacağı Haller

Tüketici ile sağlayıcı arasındaki bilgi asimetrisi nedeniyle tüketiciyi koruyan bir kural da zamanaşımına ilişkin olarak düzenlenmiştir. TKHK m. 16(2) uyarınca, “Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz”.¹⁶² Bu hüküm, söz konusu talep haklarının hiçbir zamanaşımına tabi olmayacağı şeklinde değil, sağlayıcının kısa zamanaşımı sürelerinden yararlanamayacağı şeklinde yorumlanmalıdır.¹⁶³ Diğer bir ifadeyle düzenlemede anılan hallerde, tüketicinin talep haklarının BK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tâbi olacağını kabul etmek gerekir. Bundan başka, önemle hatırlatmak gerekir ki, “hile ile gizlenmiş” ayıp, “gizli ayıp” değildir.¹⁶⁴

D. Bağlı Kredilerde Kredi Verene Yönelilecek Taleplerde Zamanaşımı

Tüketici iş görme sözleşmesini kurarken bir bağlı kredi almışsa, iş görme sözleşmesindeki ayıp, bağlı kredi sözleşmesinin de kaderini etkileyecektir. TKHK m. 30(4) gereği, kredi veren ayıp halinde, tüketicinin dönme veya bedelden indirim hakkını kullanması durumunda, sağlayıcı ile müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Ancak, kredi verenin sorumluluğu bir yıllık zamanaşımı ile sınırlandırılmıştır.¹⁶⁵

161 Akçaal/Uyumaz, s. 266-267; Aslan, s. 182; Yavuz, Satım, s. 159.

162 Ağır kusur ile kastedilen, kast ve ağır ihmaldir. Hükmün lafzında yer alan “hile” ifadesi, kastın içinde zaten hilenin bulunduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir. İnCEOĞLU, Konferans, s. 219; GÜMÜŞ, Şerh, s. 150; ÖZ, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 194. Bununla birlikte doktrinde bir görüş hilenin ağır kusur içinde yer almadığını ve bu nedenle hile ve ağır kusur ifadesinin yerinde olduğunu belirtmektedir. AYDOĞDU, Şerh, s. 381. Oysa ağır kusur, kast ve ağır ihmali kapsayan bir kavramdır ve içinde hileyi barındırır.

163 AYDOĞDU, Şerh, s. 379; GÜMÜŞ, Şerh, s. 149; İnCEOĞLU, Konferans, s. 219; CUMALIOĞLU, s. 28; ÖZ, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 194; TÜRKMEN, s. 3406; AYDOĞDU, Dersler, s. 191; GÖKYAYLA, s. 26. BK kapsamındaki eser sözleşmesi için aynı yönde, YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1032-1033; EREN, Borçlar Özel, s. 654; BK kapsamındaki satım sözleşmeleri için aynı yönde, EREN, Borçlar Özel, s. 153; TANDOĞAN, Cilt I/1, s. 201.

164 ATAMER/BAŞ, s. 59; TÜRKMEN, s. 3406.

165 Bu sınırlandırmanın gerekçesinin anlaşılacağı yönünde, İnCEOĞLU, Konferans, s. 219.

Kaynakça

- Akcaal, Mehmet/ Uyumaz, Alper**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m.1-16) İlişkin Bir İnceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, Yıl 2013, s. 241-276
- Aksoy, Sami**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi, Batider Cilt XXXI, Sayı 2, 2015, s. 305-336
- Aslan, Yılmaz**, Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Ekin, Bursa 2015
- Aslan, Yılmaz**, Tüketici Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 6. Baskı, Ekin, Bursa 2016 (*Dersler*)
- Atamer, Yeşim M.**, İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, s. 217-260 (*Armağan*)
- Atamer, Yeşim M.**, Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4 – Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri, Batider, Cilt. XXIV, Sayı.1, s.81-106 (*Batider*)
- Atamer, Yeşim M.**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005 (*CISG*)
- Atamer, Yeşim M./Baş, Ece**, Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk, İstanbul Barosu Dergisi 2014, Cilt.88, Özel Sayı
- Aydoğdu, Murat**, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet, Ankara 2015 (*Dersler*)
- Aydoğdu, Murat**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, 2013, s.1-62 (*Ayıplı İfa*)
- Aydoğdu, Murat**, Madde 13-14-15-16 Ayıplı Hizmetler, Milli Şerh, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner (eds.), Aristo Yayınevi, İstanbul 2016 (*Şerh*)
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Adalet, Ankara 2017
- Başalp, Nilgün**, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011
- Buz, Vedat**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005
- Cumalıoğlu, Emre**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Satıcının Ayıplı Maldan Sorumluluğunun Şartları, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Kasım 2014, Cilt 9, Özel Sayı, s. 20-29
- Çabri, Sezer**, 6502 sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet, Ankara 2016
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. baskı, Yetkin, Ankara 2015 (*Borçlar Genel*)
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. baskı, Yetkin, Ankara 2016 (*Borçlar Özel*)
- Gökyayla, Emre**, TKHK ve TBK Hükümleri Çerçevesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TKHK ve Uygulamadaki Sorunlar, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, (Ed. Esra Hamamcıoğlu/Özge Uzun Kazmacı/M. Ertan Yardım/Argun Karamanhoğlu/Zeliha Gizem Sayın) Ankara 2016, s. 21 vd.
- Göle, Celal**, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983
- Gümüş, M. Alper**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde: 1-46), İstanbul 2014 (*Şerh*)
- Gümüş, M. Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2012 (Borçlar)

- Havutçu, Ayşe**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı, Terazi Aylık Hukuk Dergisi Kasım 2014, cilt 9, Özel Sayı, 8-19 (*Tüketici İşlemleri*)
- İnal, Tamer**, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014
- İnal, Emrehan/Baysal, Başak**, Reklam Hukuku ve Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008
- İnceoğlu, M. Murat**, Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, M. Murat İnceoğlu (Ed.), İstanbul 2015
- Kabukçuoğlu Özer, Fatma Dilek**, Sigortacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Ed. Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık
- Kara, İlhan**, Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara 2015
- Karakocalı, Ahmet/Kurşun, Ali Suphi**, Tüketici Hukuku (6592 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), Aristo, İstanbul 2015
- Kırca, Çiğdem**, 6502 Sayılı TKHK'daki Düzenlemelerin Yorumlanması ve Görevli Mahkeme, Yargıtay Dergisi, Nisan 2017, Cilt 43, Sayı 2, s. 343-418 (*Yorum*)
- Kırca, Çiğdem**, Tüketicinin Korunmasına İlişkin Modeller, TKHK'nun Amacı ve Avrupa Birliği Tüketici Yönergelerinin Kapsamı, Yargıtay Dergisi, Nisan 2017, Cilt 43, Sayı 2, s. 285-342 (*Kapsam*)
- Makaracı Başak, Aslı**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereğince Ayıplı Hizmet Hükümlerinin Uygulama Alanı, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2016, Cilt 11, Sayı 145-146, s. 507-537
- Mansel, Heinz-Peter**, Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungsrechts: Kaufrecht in Europa nach der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 204 (2004)
- Öz, Turgut**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanmasında Borçlar Kanunu Hükümlerinin Yeri ve Rolü, Tüketici Hukuku Konferansı, (Ed. Hüseyin Can Aksoy), Ankara 2016, s. 175-195 (*Ayıba Karşı Tekeffül*)
- Özel, Çağlar**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2016
- Öztürk, Hanife**, Sigortacılık Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ses Çözümleri ve Makaleleri, Düzenleyiciler: Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık, Ankara 2013
- Norbert Reich/Hans-W. Micklitz/Peter Rott/Klaus Tonner**, European Consumer Law, 2nd edition, Cambridge 2014
- Petek, Hasan**, Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s. 969-1017
- Serozan, Rona**, Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, Cilt XV, Sayı 173/4, 1996, s. 579-598 (*Tüketiciyi Koruma Yasası*)
- Serozan, Rona**, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2015 (*Medeni*)
- Sirmen, Lâle A.**, Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Olarak Değerlendirilmesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Kasım 2014, Cilt.9, Özel Sayı, s. 156-162 (*Yeni TKHK*)
- Sirmen, Lâle A.**, Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt 8, Özel Sayı 8, 2013 (*Tüketici Hukukunun Amacı*)

- Şahin, Eda**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı Hizmetin Hukuki Niteliği, Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk ve Tüketicilerin Seçimlik Hakları, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:XX, Sa.1-2, Haziran 2016, s. 85-124
- Şahin, Turan/Kızır, Mahmut**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 89, Ocak 2014, s. 68-78
- Şahinci, Dilek**, İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklamverenlerin Sorumluluğu, Seçkin, Ankara 2011
- Şenocak, Zarife**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Kasım 2014, Cilt.9, Özel Sayı, s. 30-37
- Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul 2008 (*Cilt I/1*)
- Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II – İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1987 (*Cilt II*)
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993
- Türkmen, Ahmet**, Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal Ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı Ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı 2014, 2015, s. 3389-3448
- Ünan, Samim**, Sigorta Tüketici Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016
- Yavuz, Cevdet**, Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000 (*Armağan*)
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, Beta, İstanbul 2014
- Yavuz, Cevdet**, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Yayınevi, İstanbul 1989 (*Satım*)
- Yavuz, Nihat**, Ayıplı İfa, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014 (*Ayıplı İfa*)
- Zevkililer, Aydın/Gökyayla, K. Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014
- Zevkililer, Aydın/Özel, Çağlar**, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016