

SATICININ «ONARIM GARANTİSİ»

Asis. Dr. Teoman AKÜNAL

I — GİRİŞ

Borçlar Hukuku sözleşmeleri içinde günlük hayatta en fazla uygulama alanı bulan sözleşme, şüphesiz ki satım sözleşmesidir. Satım sözleşmesini düzenleyen hükümler arasında, satıcının «ayıptan doğan sorumluluğu» özel bir önem taşır. İsviçre/Türk Borçlar Kanunu da, Alman Medeni Kanununu izleyerek, satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu Roma Hukukunun etkisi altında düzenlemiş ve satılanın «ayıplı» olması halinde alıcıya başlıca iki olanak tanımıştır: Satış bedelinin indirilmesi (*actio quanti minoris*) veya sözleşmeden dönme (*actio redhibitoria*).

Gerek Alman, gerekse İsviçre/Türk Hukuklarında alıcı kural olarak satılandaki bozuklukların giderilmesini talep edemez. Diğer bir ifade ile, satıcı, sözleşmede açıkça taahhüt etmemişse, satılandaki bozuklukları onarmakla yükümlü değildir. Diğer taraftan satıcı da, satılanı onarmayı teklif etmek suretiyle, — kural olarak — alıcının sözleşmeden dönmesine veya satış bedelinin indirilmesine engel olamaz.

Bu çözüm tarzının günümüzün ihtiyaçlarına uygun düştüğü iddia edilemez. Nitekim kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen, satılandaki bozuklukların onarılmak suretiyle giderilmesi, uygulamada giderek ön plâna geçmiştir. Özellikle endüstri mallarının satımında, satıcının satılanda ortaya çıkacak bozuklukları **o n a r - m a y ı g a r a n t i e t m e s i**, alış veriş hayatının olağan bir görünümü haline gelmiştir. Denilebilir ki, bu garantinin süresi ve

gerçekleştirilme şartları, günümüzde alıcının aynı sanayi koluna ait çeşitli mallar arasında seçim yapmasına yön verecek bir seviyeye ulaşmıştır (1).

Gündelik hayata bu derece yerleşmiş olan bir hukukî müessesenin kanunda düzenlenmemiş olması, uygulamada bir takım aksaklıkların doğumuna yol açmaktadır. Özellikle bir «g a r a n t i» den söz edilmesine rağmen, aslında bu garantinin sırf satıcının çıkarlarına hizmet edecek bir biçimde düzenlenmesi, alıcı için başlı başına bir tehlike kaynağıdır. Sanayileşmiş ülkelerde, özellikle Almanya'da bu müessesenin genel sınırları, uzun süren tecrübeler sonucunda mahkeme içlihatlarıyla çizilmiş; alıcı için doğabilecek tehlikeler kısmen de olsa önlenmiştir. Henüz sanayileşme sürecinin başında olan ülkemizde ise, bu konuda gerek doktrin gerekse uygulamada tam bir boşluk hüküm sürmektedir. Aşağıda, satıcının o n a r ı m g a r a n t i s i n i n ortaya çıkarabileceği problemlere, ülkemiz uygulamasından örnekler vermek suretiyle temas etmeye çalışacağız.

II — Onarım garantisinin doğumuna yol açan sebepler :

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun kanundaki düzenleniş tarzı, ilk bakışta gerek alıcının, gerekse satıcının çıkarlarına uygun gözükebilir. A l ı c ı , satılanın bozuk çıkması halinde, dilerse satılanı alıkoyup, satış bedelinin uygun bir oranda indirilmesini talep edecek (ve çok defa aradaki farkı satılanın onarılması için harcatacak); dilerse (eğer bozukluk satılandan yararlanabilme olanğını ortadan kaldırıyorsa) sözleşmeden dönecektir.

Onarım ile yükümlü tutulmamak, s a t ı c ı n ı n çıkarlarına da uygun düşecektir; bu suretle satıcı, satılanın onarılması için çok defa kendi ihtisas alanı dışında kalan bir takım faaliyetlere girişmek zorunda kalmaktan kurtulacaktır (2).

(1) Thielmann Georg, Probleme der Nachbesserungsklauseln beim Kauf, (Sein und Werden im Recht, Festgabe für Ulrich von Lübtow, Berlin 1970), sh. 701-723 (714); Danielcik, Gewaehrscheine in allgemeinen Vertragsbedingungen, JW 1936, sh. 2041 vd.

(2) Bu konuda bkz. Götz Volkmar, Sachmaengelbeseitigung beim Kauf, Bielefeld 1960, sh. 21; Witschi Hans, Garantieklauseln und Garantiefrieten in Kauf und Werkvertrag nach schweizerischem Recht, Bern 1950, sh. 26.

Bununla beraber dikkat edilecek olursa, her iki durumda da tarafların satım sözleşmesini yaparken hedef tuttıkları asıl amaç gerçekleşmemektedir. Bu çözüm tarzında alıcı, ihtiyacı olan şeyi ödemeye razı olduğu bedel karşılığında sağlam bir şekilde sağlayamadığı gibi; satıcı da, satım sözleşmesi ile hedef tuttuğu kârı ya eksik bir şekilde gerçekleştirmekte, ya da sözleşmeden dönülmüşse tüm gayretleri boşa gitmektedir. Bu bakımdan kanunun çözüm tarzı, ancak satılandaki bozukluğun onarılması mümkün değilse veya alış veriş hayatının değer yargılarına göre, satılanın onarılmasına değmeyecekse (örneğin düşük değerli tüketim mallarında) bir anlam taşıyabilecektir (3).

Buna karşı uzun süre kullanılmak üzere imâl edilen yüksek değerli endüstri mallarının satımında, kanunun çözüm tarzı tatmin edici olmaktan uzaktır. Endüstri malları, klâsik satım hukukunun öğelerini teşkil eden eşyalardan farklı bir nitelik taşırlar. Çeşitli parçalardan oluşan bir makinede bozukluk, genellikle bir veya birkaç parçanın çalışmamasından doğmakta; bu parçaların değiştirilmesi ile bozukluğun giderilmesi rahatlıkla mümkün olabilmektedir. Böyle olunca kolayca değiştirilebilecek bir parçadaki arızadan dolayı, satış sözleşmesini ortadan kaldırmak veya bedeli indirilmiş olsa dahi, alıcıyı bu makineyi bozuk olarak muhafazaya zorlamak, uygun olmayacaktır (4).

(3) Götz, sh. 24; Witschi, sh. 26.

(4) Sözleşmeden dönme ve semenin indirilmesi yanında, satılanın onarılması olanağının kanunda düzenlenmemiş olması, kanun koyucunun satım sözleşmesini düzenlerken Roma Hukukunun etkisi altında kalarak, «parça satımı»nı ön plâna almasından doğmuştur. Köle ve hayvan satımına göre düşünülmüş bir satım hukukunun, onarım düşüncesine yabancı kalması olağandır. Zira satıcının hasta veya sakat bir köleyi «iyileştirmesi» kolaylıkla beklenemez.

Aynı şekilde tarımsal ürünlerin ve işlenmemiş tabii cevherlerin satımının ön plânda yer aldığı bir ekonomik ortam da, onarım düşüncesine yabancıdır. Eğer satılan tarım mahsulü çürümüş veya bozulmuşsa, bu takdirde alıcı sözleşmeden dönecek veya gereğinde satılanın bozuk olmayan bir benzeri ile değiştirilmesini talep edecektir (Bkz. EK mad. 203/II; BGB § 480). Zira tarımsal ürünlerin ve tabii cevherlerin de «onarılması» düşünülemez. (Bu konuda bkz.: Götz, sh. 20/21).

Buna karşı daha çok el emeğine dayanan ilkel alet ve makinelerde ortaya çıkabilecek bozuklukların giderilmesi önem taşıyacaksa da, bu alanda söz konusu olabilecek tipik sözleşme eser sözleşmesi olacağından, bir

Modern endüstri, bir taraftan «yedek parça» yapımını sağlamak, diğer taraftan kendi mamûlleri için «bakım ve onarım servisleri» ni geliştirmekle, satılandaki bozuklukların onarılmak suretiyle giderilmesine elverişli bir zemin hazırlamıştır. Bu safhada endüstri mamûllerinin satımında, satıcının ayıptan doğan sorumluluğu bir «onarım borcu» na dönüşmüş; endüstri, kendi çıkarlarına daha uygun gördüğü bu sorumluluk tipini giderek geliştirerek, hiç değilse aynı ve benzer sanayi kolları bakımından standart bir takım şart ve formlerde birleşmiştir (5). Satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun onarım borcuna dönüşmesi, sanayi toplumunun gereklerine hiç şüphesiz uygun düşmektedir. Ancak «onarım garantisi» nin şartlarının da, sanayinin (satıcı) olduğu kadar, tüketicinin (alıcı) de çıkarlarına uygun bir biçimde düzenlenmesinin sağlanması gerekir. Kanunların boş bıraktığı bu alanı, menfaatler dengesini doğru bir şekilde değerlendirerek doldurmak öğreti ve içtihatlarla düşmektedir. Aşağıda onarım garantisinin alıcı bakımından ortaya çıkarabileceği tehlikelere temas edeceğiz.

III — Genel sözleşme şartları ile satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun sınırlanması ve «onarım garantisi»

1 — Genel olarak

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğu emredici bir hükme dayanmaz. Bu sebepten dolayı bu sorumluluğun, bozukluğun hile ile gizlenmiş olması hariç, sözleşme ile kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabilmesi mümkündür.

Uygulamada, özellikle sanayi mamûllerinin satışında, genel sözleşme şartları ile alıcının kanundan doğan hakları bertaraf edilmekte, bunun yerine satılandaki bozuklukların onarım garantisi edilmektedir. Bu suretle sözleşmeden dönme ve-

problem doğmayacaktır. Zira gerek Alman, gerekse İsviçre/Türk Hukuklarında eser sözleşmesi bakımından onarım mükellefiyetine yer verilmiştir (Bkz. BK mad. 360/II; EGB § 633/2). Bu durum gerek Alman, gerekse İsviçre kanunkoyucusunun kendi devrelerinin iktisadi şartlarını doğru değerlendirdiğini göstermesi bakımından ilginçtir.

(5) Götz, sh. 26/27.

ya bedelin indirilmesinin satıcı için doğuracağı olumsuz etkiler önlenmek istenmektedir.

Alman Yüksek Mahkemesi (Bundesgerichtshof) 29.10.1956 tarihli bir kararında (6) bu konuya yeniden değinmek fırsatını bulmuştur. Yüksek Mahkemeye göre ayıptan doğan sorumluluğun genel sözleşme şartları (Allgemeine Geschaeftsbedingungen) ile ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı sorununda iki durumu ayırmak gerekir. Kullanılmış bir eşyanın halihazır durumu ile satılması mümkündür. Bu takdirde genel satış şartlarında, satıcının bozukluklardan sorumlu olmayacağı kaydının yer almasına bir engel yoktur. Böyle bir durumda malın bozuk çıkmasının tehlikesini alıcı yükleneyecektir! Buna karşı kullanılmamış eşyanın satımında, alıcının sağlam ve işler bir mal elde etmekteki menfaati korunmalıdır. Bu durumda satıcının genel satış şartları ile, kendisini her türlü sorumluluktan kurtarması, menfaatler dengesinin izin verilemeyecek bir biçimde alıcı aleyhine bozulmasına yol açacaktır. Bu yüzden genel sözleşme şartları ile alıcının kanundan doğan seçimlik haklarının ortadan kaldırılabilmesi, ancak kendisine satıcıya karşı ileri sürebileceği bir «onarım talebi» sağlanmışsa, geçerli olabilir (7).

(6) BGHZ 22, sh. 90 = NJW 1957, sh. 17 = MDR 1957, sh. 347 = BB 1956, sh. 1121.

(7) Yüksek Mahkeme bu sonuca ulaşırken, aşağıdaki gerekçeden hareket etmiştir: «Ayıptan doğan sorumluluğun genel sözleşme şartları ile ortadan kaldırılmasında BGB § 476 ya dayanılamaz. Bu konuda günümüzde tam bir görüş birliği mevcuttur. Bu hüküm 19. yüzyıl sonlarının fiili ve ekonomik şartlarına uygun olarak, alıcı ve satıcı tarafından her müşahhas olayın özellikleri göz önünde tutularak, sorumluluğun özel olarak ortadan kaldırılmasını düzenlemektedir. Ayıptan doğan sorumluluğun bu şartlar altında ortadan kaldırılması, bu sorumluluğun genel sözleşme şartlarıyla istisnasız olarak ortadan kaldırılmasından farklıdır. Zira bu son durumda ayıpla ilgili yedek hukuk kurallarının tüm olarak yürürlükten kaldırılması ve kanunun gözönüne aldığı ve kural olarak adil ve haklı saydığı bir düzenleme yerine, tüm olarak başka bir düzenleme getirilmesi söz konusudur». (BGHZ 22, sh. 97). Gerekçede söz konusu olan BGB § 476, Borçlar Kanunumuzun 196. maddesine uygun olarak, satıcının satılandaki bozuklukları hile ile gizlemiş olması hallerinde, ayıptan doğan sorumluluğu tamamen veya kısmen ortadan kaldıran şartları geçersiz saymaktadır. Hukukumuzda olduğu gibi, Alman Hukukunda da bu hükme dayanılarak, ayıptan doğan sorumluluğun hile dışında, sözleşme ile ortadan kaldırılması mümkün olmaktadır. (Bu konuda bkz. Soergel - Ballertedt, Kommentar zum BGB, vor § 459 Anm. 24).

Kararda benimsenen bu çözüm tarzı, doktrinadaki eğilime de tamamen uygun düşmektedir. Bu açıdan bakıldığı takdirde, satılan-daki bozuklukların onarımının garanti edilmesi, genel satış şartları ile satıcının kanundan doğan sorumluluğunun bertaraf edilebilmesinin vazgeçilmez bir şartını (*condictio sine qua non*) teşkil edecektir (8).

İsviçre Federal Mahkemesi de 25 Mayıs 1966 tarihli bir kararında genel sözleşme şartları ile alıcının kanundan doğan haklarının bertaraf edilip, onun yerine onarımın garanti edilmesini prensip olarak geçerli saymıştır (9). Ancak satıcının garanti vermesinin özellikle hukukçu olmayan alıcılarda, kural olarak daha emin bir durumda oldukları inancını doğuracağına işaret eden Federal Mahkeme, kanuni çözüm tarzından farklı bir çözümün benimsendiğinin sözleşmeden açıkça belli olmasını aramaktadır. Federal Mahkemeye göre «bu çeşit sözleşme şartları tereddüt halinde dar olarak yorumlanmalıdır (Becker OR Art. 199 N. 1 vd). Bu husus satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun, yukarıda da belirtildiği gibi niteliği gereğince alıcının yararına olması gereken bir garanti kaydı ile kısmen veya tamamen sınırlanması halinde, öncelikle geçerli olacaktır.» (9a).

(8) Götz, sh. 78; Schmidt-Salzer, *Formularmaessige Gewaehrleistungsregelungen*. NJW 1969, sh. 719; Soergel - Ballerstedt, vor § 459 Anm. 24.

(9) BGE 91 II 394 (Kararın çevirisi için bkz. Akünal, *İsviçre Federal Mahkemesinin satıcının ayıptan doğan sorumluluğu ve onarım garantisine ilişkin 25 Mayıs 1966 tarihli kararı*, MHAD., 1973, sy. 10, sh. 243-250).

(9a) Karara konu olan olayda, alıcı onarımın gerçekleşmemesi sebebiyle sözleşmeden döndüğünü bildirmişti. Satıcı ise, genel satış şartlarıyla alıcının sözleşmeden dönme hakkının bertaraf edilmiş olduğunu, bu sebepten dolayı alıcının sözleşmeden dönmesine imkân bulunmadığını ileri sürmüştür. Federal Mahkeme, alıcının sözleşmeden dönmesine imkân sağlayabilmek için, genel satış şartlarının yorumuna girişmiştir. Bu suretle Federal Mahkeme de, Alman İmparatorluk Mahkemesinin düştüğü hataya düşmekte ve konuyu yanlış bir temele oturtmaktadır. (Bu konuda bkz. RGZ 87, 335; RGZ 96, 266; ayrıca bkz. Raiser, *Das Recht der Allgemeinen Geschaeftsbedingungen*, sh. 269). Onarımın gerçekleşmemesi halinde, alıcı, genel satış şartları sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldırmadığı için değil, ortadan kaldıramıyacağı için sözleşmeden dönebilecektir! Burada genel sözleşme şartlarının bizzat bünyesinden doğan bir sınırlama (immanenten Schranken) söz konusudur. Satıcı, onarımın gerçekleşmemesi halinde satılanın alıcı için bir değer ifade etmeyeceğini

2 — Alıcıya tanınacak garantinin kapsamı

Ayıptan doğan kanuni sorumluluğun genel sözleşme şartları ile ortadan kaldırılması halinde, alıcıya tanınacak olan onarım garantisinin alıcının çıkarlarını tam olarak karşılayabilmesi gerekir. Bu bakımdan onarım garantisinin, bu amacı tehlikeye düşürecek biçimde şart ve mükellefiyetlerle kısıtlanması geçerli olmayacaktır (10). Örneğin: Onarım masraflarının alıcı tarafından karşılanacağı; onarımın gerçekleşmemesinden satıcının hiç bir şekilde sorumlu tutulmayacağı vs. gibi (11).

ve onun bu durumda sözleşmeden dönüp, satış bedelini geri almakta haklı bir menfaatinin bulunduğunu dürüstlük kuralı gereğince kabul etmek zorundadır (Götz, sh. 86; BGHZ 22, 90 (100)). Onarımı gerçekleştirememiş olan satıcı, alıcının ayıplı mal tesliminden oturuş olduğu haklardan genel satış şartlarıyla feragat etmiş olduğunu ileri sürmez. Buna dürüstlük kuralı engel olur (Bu konuda özellikle bkz. Merz, Kommentar zum ZGB, Art. 2 Anm. 549; Götz, 84 vd; ayrıca bkz. BGHZ 22, sh. 100).

(10) Bu konuda özellikle bkz. Danielcik, sh. 2042/2043.

(11) Burada uygulamadan aldığım somut bir örneğe yer vermek istiyorum. Ülkemizde imal edilen bir televizyon cihazının garanti şartları arasında şu hüküm yer almaktadır:

«Madde 5: Garantiye hak kazanmak için, her cihazın içinde bulunan garanti istek fişi ve garanti kartı müşteri tarafından bayi huzurunda satış anında doldurularak, istek fişi şirketimize postalanmalıdır. Garanti kartının hatalı doldurulması, zayii veya garanti istek fişinin satış tarihinden daha geç postalanması garantiyi hükümsüz kılar. Kartın zayii halinde ikinci bir kart verilmez.»

Onarım garantisini bu derece ağır şartlara bağlı tutan bir kayıt, kanaatimce geçerli sayılamaz. Garantinin belli bir süre ile sınırlanması geçerlidir. Bu sürenin başlangıcının satış (teslim) tarihi olarak saptanması ve satış tarihinin garanti belgesine satıcı tarafından işlenmesi de bir şart olarak tayin edilebilir. Bütün bu tedbirler, garanti süresinin başlangıcını doğru bir şekilde tayin edebilme amacına yöneldikleri oranda haklı ve makul sayılabilirler. Nitekim başka bir firma tarafından ülkemizde imal edilen buzdolabı ve çamaşır makinelerinde uygulanan garanti şartları arasında «Satıcı firma kaşe ve imzası ile satış tarihi bulunmayan garanti belgelerinde, buzdolabının (çamaşır makinesinin) fabrikadan çıkış tarihi garantinin başlangıç tarihi sayılacaktır.» kaydı yer almaktadır. Garanti süresinin tesbiti bakımından böyle bir hüküm haklı görülebilir. Buna karşı alıcının, satış anında orijinal ambalajı açıp, içinden çıkacak her türlü

Çok defa satıcı, alıcıya tanıdığı garantinin kapsamını sınırlamak isteyecektir. Özellikle gerek kullanış, gerekse yapım biçimleri gereği kolaylıkla yıpranması mümkün olan bir takım parçaların, garanti-den hariç tutulmalarına uygulamada sık rastlanmaktadır (12).

Uygulamada sık sık rastlanan bir başka durum da, satılanın yapımında kullanılan «yabancı menşeli» parçaların, garantinin kapsamı dışında bırakılmalarıdır. Kural olarak garanti, bu kısımları da içine alır (13). Bununla beraber son imalâtçı, kullandığı bir takım parçalar için kendisine herhangi bir garanti verilmemişse veya verilen garanti, kendi garantisinin kapsamından daha dar ise, bu yüzden doğacak rizikoyu bertaraf etmek isteyecektir. Bu sebepten dolayı uygulamada iki ayrı yola başvurulmaktadır: 1) Satıcı, bu parçalar için kendisine tanınmış olan garantiden doğacak talep haklarını, genel satış şartları ile alıcıya devretmektedir (14) 2) Satıcı, bu kısımlar için kendisine tanınan garanti sınırları içinde, alıcıya *kendi garantisini* tanımaktadır (15).

Yabancı menşeli kısımlar için bu tip bir sınırlama, kural olarak geçerlidir (16). Bu durumda, bozukluğun yabancı menşeli bir parçadan doğduğunu ispat yükü, satıcıya ait olacaktır (17). Satıcı, yabancı menşeli kısımlar için kendisine tanınan garantiden doğan talep haklarını alıcıya devretmişse, bu taleplerin ileri sürülebilmesi için gerekli olan her türlü belgeyi alıcıya sağlamak zorundadır. Aksine bir davranış, dürüstlük kuralı gereğince satıcının sorumsuzluğunu ileri sürebilmesine engel olur (18).

belgeyi dikkatle okuması, garanti istek fişini o anda doldurup postalaması beklenemez. Kanaatimce söz konusu kaydı hükümsüz saymak ve garanti istek fişi makul bir süre içinde doldurulup, gönderilmişse, teslim tarihinden itibaren garantiyi tanımak gerekir.

(12) Örneğin otomobillerde «lâstikler», buzdolaplarında «dolabın dışındaki ve içindeki boyanın, plâstik yüzeylerin çizilmesi; plâstik ve camdan yapılmış kaplarla kapakların kırılması; aydınlatma ampulünün kırılması veya bozulması», hemen hemen tüm firmalarca garanti dışı bırakılmaktadır.

(13) Götz, sh. 76.

(14) Bu konuda bkz. Danielcik, s. 2041 (2042); ayrıca bkz. Thielmann, sh. 703.

(15) Götz, sh. 76.

(16) Götz, sh. 77; aksi görüş için bkz. Danielcik, sh. 2041.

(17) Götz, sh. 77.

(18) Götz, sh. 77.

Buna karşı satıcı, yabancı menşeli kısımlar bakımından her türlü sorumluluğu bertaraf eden bir hükmü genel sözleşme şartları arasına dahil etmişse durum farklıdır. Böyle bir durumda alıcı, kendisine tanınan garantinin hangi kısımları kapsadığını tayin edebilmekten dahi yoksun kalacaktır. Satıcının ayıptan doğan sorumluluğu, satılanın tümünü kapsar. Bu sorumluluğun, gerçekleştirilmek istenen amacı tehlikeye düşürecek bir biçimde parçalanması, sözleşmenin edimleri arasındaki dengeyi ortadan kaldırır (19). Farklı parçalardan oluşan bir makineyi kendi imalatı olarak piyasaya süren satıcı, tüm makinenin arızasız bir şekilde işlemlerini sağlamak zorundadır. Bozukluğun yabancı menşeli bir parçadan doğması, durumda bir değişiklik yaratmaz. Bu bakımdan tüm yabancı menşeli kısımlar için ayıptan doğan sorumluluğun genel sözleşme şartları ile istisnasız olarak ortadan kaldırılması veya bunların garanti kapsamı dışında bırakılması geçersiz sayılmalıdır (20). Bununla beraber, eğer satılanın kullanılabilmesi için bu parçaların işlemleri gerekli değilse, yabancı menşeli belirli mamullerin garanti dışı bırakılmalarında kanaatimizce bir sakınca yoktur (21).

3 — Garanti süresi

Borçlar Kanunumuz, satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu bir yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutmuştur (BK md. 207 f. 1; karşı. TK md. 25 b. 3). Bu süreyi taraflar sözleşme ile uzatılabilir veya kısaltabilirler (22). Onarım garantisinin de bir yıldan az veya daha uzun olarak tesbit edilmesi mümkündür (23). Onarım garan-

(19) Danielecik, sh. 2042.

(20) Danielecik, sh. 2042, karşı. Götz, sh. 77.

(21) Nitekim ülkemizde imal edilmekte olan bir otomobilin garanti şartları arasında bu ayırım gözetilmiş ve «Lâstikler ve dışı ilâve aksesuarlar, eğer otomobilin çalışması için gerekli değilse, garanti kapsamına dahil edilmezler» hükmüne yer verilmiştir.

(22) Oser-Schönenberger, Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd. V, Obligationenrecht, Art. 210 N. 6.

(23) Uygulamada motorlu taşıt araçları için değişik bir çözüm tarzı kabul edilmektedir. Buna göre: örneğin: «Garanti, otomobilin satıldığı şahsa teslim edildiği tarihten itibaren 6 ay veya 10.000 km. (6.000 mil) içerisinde geçerli olup hangisine daha önce ulaşırsa diğeri hükümsüz addedilir».

Elektrikli ev aletleri, özellikle buzdolaplarında ise, genellikle soğutma sistemi için beş yıl, bunun dışında kalan kısımlar için de bir yıllık garanti verilmektedir.

tisinin bir süreye bağlanması, bu süre geçtikten sonra doğacak bozukluklardan dolayı satıcının onarım yükümlülüğünü ortadan kaldırır (24). Sözleşmede bir yıldan daha kısa bir garanti süresi tesbit edilmişse, alıcının kanundan doğan seçimlik yetkileri açıkça ortadan kaldırılmadığı takdirde, alıcı zamanaşımı süresi içinde bu yetkileri de kullanabilir (25). Federal Mahkemenin de belirttiği gibi, muayyen bir süre için garanti verilmesi, kanunda öngörülen zamanaşımı süresinin bu müddet geçtikten sonra işlemeye başlayacağı anlamına gelmez; şüphe halinde tarafların zamanaşımının başlangıcını ileriye attıkları değil de, sürenin teslim anından itibaren başlayacağını kararlaştırmış oldukları kabul edilmelidir (26).

IV — Onarım borcunun doğumu ve gerçekleştirilmesi

1 — Genel olarak :

Satılarda ortaya çıkan bir bozukluğun, satıcının onarım borcunu doğurabilmesi için, bu bozukluğun «garanti» nin kapsamı içine girmesi gerekir. Belirli bazı bozukluklar, garanti dışında bırakıl-

(24) Garanti süresi içinde ortaya çıkan bir bozukluğun onarılması veya yenisi ile değiştirilmesi halinde, onarılan veya değiştirilen parça için satıcının yeni bir garanti vermesi gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır (Bu konuda bkz. Götz, sh. 101/102; Pagenstecher Max, Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, sh. 56; Witschi, sh. 66; ayrıca bkz. Temyiz Ticaret Dairesinin E: 952/2466 K: 952/3316 sayılı kararı, ABD 1953, sh. 138/139).

(25) Buna karşı sözleşmede bir seneyi aşan bir garanti süresinin kabul edilmesi, kural olarak zamanaşımının uzatıldığına delâlet eder. Kanuni zamanaşımı süresinin geçmesinden sonra, alıcının sadece onarımı talep edebileceği; sözleşmeden dönme veya semenin indirilmesi olanaklarından yararlanamayacağı sonucuna ulaşmak, kanaatimizce de haklı görülemez. Zira zamanaşımı süresinin dolmasından sonra, fakat henüz garantinin devam ettiği bir sırada girişilecek onarım faaliyetlerinin satılardan yararlanmayı ortadan kaldıracak bir mahiyet alması halinde, sözleşmeden dönmek isteyen alıcıya karşı satıcının zamanaşımı definde bulunması menfaatler dengesinin alıcı aleyhine bozulmasına yol açacaktır (Bu konuda bkz. Witschi, sh. 64; ayrıca bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, sh. 134; karşı Götz, sh. 98).

(26) BGE 78 II 367 (368).

mıslarsa, bu bozukluklar bakımından satıcının onarım borcu doğmaz (27).

Bozukluğun onarım borçlusuna ihbar edilmesi gerekir. Kural olarak bu ihbar için herhangi bir şekil öngörülmemiştir (28). Buna karşı ihbarın, bozukluk ortaya çıkar çıkmaz «derhal» yapılması gerekir (29).

(27) Götz, sh. 93; Witschi, sh. 38 vd. Bununla beraber garanti kapsamı dışında bırakılan parça veya kısımlar, hasarın intikali anında bozuk ise, örneğin otomobilin lastikleri patlak, buzdolabının cam rafları kırık ise, bu takdirde gereği gibi ifa etmeme sonuçları uygulanır (Tandoğan, sh. 137).

(28) Türk doktrininde tacirler arası ticari satışlarda ayıp ihbarının TK. md. 20 f. 3 gereğince noter aracılığıyla veya iadeli taahhütlü mektupla veya telgrafla yapılması gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Baskın görüş TK md. 20 f. 3 gereğince yapılmayan ayıp ihbarlarının geçerli olmayacağını savunmaktadır (Cansel, sh. 86 ve orada anılan yazarlar; ayrıca bkz. Domaniç, Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, 2. bs., sh. 87 ve 102; aksi görüş için bkz. Tandoğan, sh. 119; ayrıca bkz. Mimaroglu, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, c. I, sh. 111).

Temyiz kararlarında da bu konuda bir görüş birliğine varılabılmış değildir. HGK'nun 9.3.1966 tarih ve E: 585-TD/K: 72 sayılı kararında: «Satılan bir malda meydana çıkan gizli ayıpların süresinde satıcıya haber verilmesi yönü Türk Ticaret Kanununun yukarıda anılan hükmünde (TK md. 25 f. 2 b. 3) şekle tabi tutulmamıştır» sonucuna varılmıştır (Karar için bkz. Son İçtihatlar, 1967, sh. 71 No: 228). Yine HGK 5.7.1969 tarihli E: 4/324, K: 659 sayılı bir diğer kararında ise, bu defa aksi yönde karar verilmiştir: «...satıcı alıcıya karşı, sattığı şeyin zikir ve vadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya maksut olan faydalanmayı izale veya ehemmiyetli şekilde tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir (Dorçlar K. md. 193). Ticaret Kanununun 20 nci maddesinde açıklandığı gibi, tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesh yahut ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar veya ihtarların geçerli olması için noter aracılığı ile veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması şarttır. 20 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan bu şekil şartı mahiyetçe bir ispat şartı olmayıp, muteberlik şartıdır. Şeklin yerine getirilmemesi halinde geçerli olmayan ihbar veya ihtara dayanarak bir hak iddia olunamaz.

Alicinin durumuna gelince: Yukarıda işaretlenen Ticaret Kanununun 20 nci maddesine müsteniden diğer tarafa ayıp ihbarında bulunmuş değildir...» (Karar için bkz. ABD., 1969, sh. 1117 (1118)). İki HGK kararı arasındaki bu çelişkinin en kısa zamanda giderilmesini temenni ederiz.

(29) Götz, sh. 93; karşı. RG 7.12.1910, JW 1910, sh. 117.

Genel satış şartları veya garanti belgelerinde çok defa «malzeme hatası», «işçilik ve imâlât kusurlarından doğacak arızalar» dan söz edilmesine rağmen, onarım borcunun doğumu için satıcı veya imâlâtçının «kusurlu» olması gerekmez (30). Bu bakımdan garanti belgelerinde yer alan bu tip kayıtları, alıcının kendi kusurundan doğacak bozuklukları sınırlayan birer hüküm olarak yorumlamak gerekir (31).

Onarım garantisinin kapsamı dışında kalan hususları açık olarak belirtmek ve bu hususlara alıcının dikkatini çekmek endişeleri, garanti belgelerinde bu hususların ayrıntılı bir şekilde sayılmasına yol açmaktadır. Örneğin «kullanmadan ileri gelen normal aşınma», «cihazın kullanma tarifnamesinde yazılı usullere aykırı bir şekilde kullanılması», «aracın satış şirketine ait olmayan veya onun tarafından yetkili kılınmayan servis istasyonlarında tamir edilmesi, tadil edilmesi» hallerinde garantinin kalkacağı belirtilmektedir. Ayrıca alıcının kusurlu davranışları sonucu meydana gelecek bozukluklardan sorumlu tutulmamak endişeleri ile, onarım borcunun «şikâyetin tarafımızdan yapılacak incelemesi bu sonuca (bozukluğun malzeme, işçilik ve imâlât kusurlarından doğduğu) vardığı takdirde»; «malzeme hatası yüzünden çalışamaz hale geldiği kesinlikle anlaşılması» halinde söz konusu olacağı da belirtilmektedir. Arızanın bu nitelikte olduğunu, diğer bir söyleyişle bozukluğun onarım garantisinin kapsamına dahil bulunduğunu ispat yükü, kural olarak alıcıya aittir. Bununla beraber alıcı, garantinin kapsamına giren bir bozukluğun varlığını ispat etmişse, çeşitli sebeplerle garantinin ortadan kalktığını ispat etmek, satıcıya ait olacaktır (32).

2 — Onarım borçlusu

Onarım borçlusunun tayini, onarım talebinin kime yöneltilmesi gerektiğinin tesbiti bakımından önem taşımaktadır. Uygulamada onarım garantisinin süresi ve kapsamı genellikle malı imâl eden imâlâtçi firma (endüstri) tarafından, malın teknik özellikleri gözönünde tutularak tayin edilmektedir. Sanayi mallarının tüketiciye ulaştırılmasında çok defa sanayinin «yetkili satıcısı», «acentası»

(30) Götz, sh. 95.

(31) Götz, sh. 95.

(32) Götz, sh. 96.

veya bağımsız bir ticari işletme olarak aracılık yapan satıcı, bu garantiyi alıcıya intikal ettirmektedir (33).

Sanayinin kendi mamûlleri için tayin ve tesbit ettiği garantinin tüketiciye intikal ettirilmesinde, uygulamada oldukça farklı formler kullanılmaktadır. Bu husus onarım borçlusunun tesbiti bakımından bir takım tereddütlerin doğmasına yol açmaktadır.

İmalâtçının, satıcı olarak satım sözleşmesine taraf olması halinde, onarım talebinin bizzat imalâtçıya yöneleceği şüphesizdir. Bu durum, malın alıcıya doğrudan doğruya fabrikadan satılması veya satıcı olarak ortaya giren ticari işletmenin, imalâtçının temsilcisi olarak hareket etmesi hallerinde söz konusu olacaktır (34).

Buna karşı malın tüketiciye bağımsız ticari işletmeler aracılığıyla aktarılması halinde, onarım borçlusunun tayini oldukça zorlaşmaktadır. Bu durumda:

a — Alıcıya, satılanla birlikte bizzat fabrikanın garantisini ihtiva eden bir garanti belgesi verilmişse, onarım talebinin doğrudan doğruya malı imâl eden firmaya yöneltilmesi gerekir (35).

b — Garanti belgesi hem imalâtçının, hem de satıcının kaşe ve imzalarını taşımakta ise, onarım talebinin gerek satıcıya gerekse imalâtçıya yöneltilebilmesi mümkündür. Onarım talebinin doğrudan doğruya imalâtçıya yöneltilmesi, genellikle alıcı bakımından daha elverişli olacaktır; zira satıcının onarımı gerçekleştirmek için gerekli teknik imkânlarla sahip olmaması uzak bir ihtimal değildir (36).

(33) Thielmann, sh. 702 vd.

(34) Thielmann, sh. 702; Witschi, sh. 43.

(35) Bu durumda satış sözleşmesi alıcı ile satıcı arasında meydana gelmesine rağmen, onarım borcu bakımından alıcı ile imalâtçı karşı karşıya gelecektir. «Hukuken geçerli fakat garip» bir çözüm olarak nitelendirilen (Götz, sh. 55) bu durumlarda, satıcının, onarım talebini tanıması bakımından imalâtçının temsilcisi olarak hareket ettiği; garanti belgesinin doğrudan doğruya imalâtçı tarafından düzenlenmiş olmasının durumda bir değişiklik yaratmayacağı ileri sürülmektedir (Bu konuda bkz. Thielmann, sh. 703/704. Witschi, sh. 42/43.)

(36) Bununla beraber garanti belgesinde satıcının da kaşe ve imzasının bulunması, satıcıyı her zaman garanti borçlusu durumuna sokmaz. Ülkemiz uygulamasında, garanti belgelerinin satıcı firma tarafından satış tarihi konularak imzalanması gerekmekte ise de, bu durum sadece satış tarihinin, dolayısıyla garanti süresinin başlangıcının tesbiti ba-

c — Satıcı, satıldandaki bozuklukların fabrika (imalâtçı) tarafından onarılacağını garanti etmişse ve imalâtçının bu beyana herhangi bir iştiraki sözkonusu değilse, bu takdirde onarım talebinin satıcıya yöneltilmesi gerekir. Genel satış şartlarında veya garanti belgesinde imalâtçının adının geçmesi, durumda bir değişiklik yaratmaz. Alıcı, doğrudan doğruya fabrikaya başvurarak, onarımı talep edemez. Burada BK md. 110 anlamında «başkasının fiilini taahhüt» söz konusudur. Onarımın fabrika tarafından hiç veya gerektiği şekilde yerine getirilmemesi halinde, satıcı alıcıya tazminat ödemekle yükümlü olacaktır (37).

d — Onarım garantisi doğrudan doğruya satıcı tarafından verilmişse ve imalâtçının bu garantide hiç adı geçmiyorsa, alıcı, satıcının kendi imkânları ile onarımı gerçekleştirmesine katlanmak zorundadır. Bu durumda satıcı ile imalâtçı arasındaki ilişkide, satıcının imalâtçıya karşı ileri sürebileceği bazı talepleri bulunabilecektense de (örneğin değiştirilecek parçaların sağlanması; gerekli teknik yardımın yapılması); alıcının bu ilişkiye dayanabilme olanağı yoktur (38) (39).

3 — Onarım mahalli ve onarım masrafları

Onarım ile ilgili tüm masraflar, kural olarak onarım borçlusu tarafından karşılanır. Bu masraflara değiştirilecek parça veya par-

kımından önem taşımakta; bu durumlarda dahi onarım garantisi kural olarak doğrudan doğruya imalâtçı firma tarafından verilmektedir (Bu konuda karşı. Witschi, sh. 43/44; Thielmann, sh. 704 ayrıca bkz. yukarıda dip not 11).

(37) Witschi, sh. 44/45.

(38) Thielmann, sh. 702/703.

(39) Uygulamada sık sık rastlanan bir durum da şudur: İmalâtçı, bayilik sözleşmesi ile satıcıyı, belirli şartlar altında kendi (satıcının) garantisini alıcıya tanımakla yükümlü kılmaktadır. Örneğin: «Otomobil satan şirket... Oto Ticaret AS. garantisinin hükümleri altında kendi garantisini de teminle mükelleftir. Garanti ile ilgili hususlarda satış şirketleri otomobil sahiplerine karşı doğrudan doğruya sorumludurlar.»

Böyle bir kaydın pratik sonucu — adı geçen garanti belgesinde de belirtildiği gibi — şu olmaktadır: «Otomobili, satın aldıkları şirketin bölgeleri dışında kullanan şahıslar garanti şartlarının ışığı altında, tamir için diğer servis istasyonlarına müraaat ettiklerinde, hem yedek parça ve hem de işçilik için ücreti fatura karşılığı ödemek zorundadırlar. Bu fatura, ondan sonra otomobil sahibi tarafından satışı yapan şirkete iade edilmeli, ödenen parça ve işçilik ücreti geriye alınmalıdır.»

çaların bedeli, işçilik ücreti, montör veya tamircilerin yol parası vs. de dahildir (40). Arıza malzeme hatası yüzünden doğmuşsa, satış bedeli ile uygun düştüğü oranda, daha pahalı malzemenin kullanılmasından doğacak masraflara da satıcı katlanmak zorundadır (41). Garanti, gereğinde onarılanın alıcıya teslim edilmeden önce temizlenmesi ve eğer gerekli ise tecrübe amacıyla çalıştırılması yüzünden doğacak masrafları da kapsar (42). Tereddüt halinde, onarım dolayısıyla ortaya çıkan her türlü masrafın, onarım borçlusu tarafından karşılanacağı kabul edilmelidir (43).

Yenisi ile değiştirilen arızalı parça veya kısımlar, garanti borçlusuna ait olur; bunlar üzerinde alıcı kural olarak herhangi bir hak iddia edemez (44).

Onarım mahalli, sözleşmede aksine bir kayıt yoksa, satılanın özelliklerine ve sözleşmede belirlenen kullanma amacına bakılarak tayin olunur. Bu bakımdan onarım mahallinin, mutlaka BK md. 73 gereğince tesbit edilecek olan *ifa mahalli* olması gerekmez (45). Garanti belgelerinde, onarım mahalli olarak genellikle «*yetkili bakım ve onarım servisleri*» gösterilmekte ve garantinin «*otomobiller (satılanın) servis ve bakım istasyonlarına getirilme masraflarını kapsamadığı*» belirtilmektedir. Ayrıca, yaygın olmamakla birlikte, «*Servis merkezlerimize herhangi bir vasıta ile tamir edilmek üzere gönderilecek cihazda nakliye sırasında husule gelecek hasarlar garanti hükümlerine dahil değildir.*» şeklindeki kayıtlara da rastlanmaktadır.

Çeşitli bakım ve onarım servisleri mevcutsa, alıcı dürüstlük kuralı uyarınca, satıcı için en az masraf çıkaracak olanını seçmelidir. Böyle bir durumda, onarım masraflarını yüklenecek olan satıcı, onarım mahallini serbestçe tayin edebilir (46).

(40) Götz, sh. 97; ayrıca bkz. Danielcik, sh. 2041-2042.

(41) Witschi, sh. 46.

(42) Witschi, sh. 46.

(43) Götz, sh. 97; Witschi, sh. 47.

(44) Witschi, sh. 46.

(45) Götz, sh. 98.

(46) Götz, sh. 98.

V — Onarım borcunun yerine getirilmemesi halinde alıcının korunması

Genel sözleşme şartlarıyla alıcıya bir taraftan onarım garantisi tanınmış, diğer taraftan da alıcının sözleşmeden dönme ve semenin indirilmesini talep hakları bertaraf edilmişse; onarımın gerçekleşmemesi halinde alıcının ne şekilde korunacağı önemli bir sorun teşkil eder. Onarım garantisine rağmen satıldandaki bozuklukların giderilmesi *imkânsızsa* (47a) veya *satıcının onarımı çabaları bir sonuç vermiyorsa* (47b) veya *satıcı onarıma yanaşmıyorsa* (47c); alıcıyı koruyabilmek için, özellikle alman doktrin ve uygulamasında çeşitli çözüm yolları ortaya atılmıştır (48). Farklı gerekçelerle de olsa, genel sözleşme şartlarıyla kanunî haklarından feragat etmiş olan alıcının onarımın gerçekleşmemesi halinde sözleşmeden dönebileceği

(47a) Onarımın imkânsız olması, özellikle yapım hatalarında (Konstruktionsfehler) ortaya çıkar. Alman Yüksek Mahkemesinin yerleşmiş uygulaması gereğince, «ayıplı mal tesliminden dolayı alıcının sahip olduğu hakların, sadece malzeme hatalarından doğacak bozuklukların onarımını istemeye inhisar ettirilmiş olması, yapım hatası sebebiyle alıcının sözleşmeden dönmesine engel olmaz». (Bu konuda bkz. BGH 28.4.1971 tarihli kararı, NJW 1971, sh. 1795 (1797) ve orada anılan kararlar; kararın incelenmesi için bkz. Giesen, NJW 1971, sh. 1795; ayrıca bkz. Oberlandesgericht Celle, 28.1.1970. (BB. 1970, sh. 513).

(47b) Böyle bir durumda sözleşmeden dönmek isteyen alıcının, satıcıya bozukluğu giderebilmesi için kaç defa olanak tanınması gerekeceği hususunda genel bir kural konulamaz. Bununla beraber satıcıya gereğinde birden fazla olanak tanınmalıdır. (karş. Thielmann, sh. 719 (Dip Not 14). Ancak satıcı, bu iş için kendisine tüm garanti süresinin bırakılmasını isteyemez. Satıcı, uygun bir süre içinde onarımı gerçekleştirmek zorundadır. Aksi takdirde, alıcı tarafından tayin edilecek uygun bir süre sonunda, sözleşmeden dönülebilecektir. Bu konuda bkz. Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschaeftsbedingungen, sh. 102, N 146; ayrıca bkz. PGE. 91 II 344.

(47c) Satıcının onarıma yanaşmaması halinde, BK 97 uyarınca alıcının onarımı üçüncü bir şahsa yaptırtması ve masrafları satıcıdan isteyebilmesi, kanaatimizce de mümkündür (Bu konuda bkz. Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschaeftsbedingungen, sh 101, N. 145; Stötter, Die Nachbesserungspflicht als einzige Sachmangelgewaehrleistung des Lieferanten, Betr. 1969, sh. 647 (648).

(48) Bu konuda özellikle bkz. Stötter, sh. 648 vd.; Thielmann, sh. 718 vd.; karş. Götz, sh. 87; ayrıca bkz. Standinger, § 476 Bem. 4; Temyiz Mahkememizin bu konudaki isabetli bir kararı için bkz. ABD. 1953, sh. 138.

kabul edilmektedir. Böylece satıcının kanundan doğan sorumluluğunun bertaraf edilip, onun yerine alıcıya onarımın garanti edilmesi; bozukluğun giderilmesi gerçekten sağlanabildiği ölçüde geçerli olabilmektedir (49).

Alman Yüksek Mahkemesinin yerleşmiş içtihadına göre: «onarımın yetersiz veya imkânsız olması veya satıcının bozukluğu gidermeyi reddetmesi veya sebepsiz olarak geciktirmesi hallerinde, alıcı, genel satış şartlarıyla feragat etmiş olmasına rağmen, kanunun kendisine tanıdığı hakları ileri sürebilir.» (50). Bu durumlarda alıcıya kanun tarafından tanınmış olan hakların *yeniden dirilmesinden* (*Wiederaufleben der Gewährleistungsrechte*) söz edilmektedir (51). Yüksek Mahkeme bu görüşüyle tutarlı olarak, onarımın herhangi bir sebepten dolayı gerçekleşmemesi halinde, kanunî hakların ileri sürülemediğini öngören genel sözleşme şartlarını da geçersiz saymaktadır (52).

İsviçre Federal Mahkemesi de, ayıplı mal tesliminden dolayı sahip olduğu kanunî haklarından genel satış şartlarıyla feragat etmiş olan alıcının, onarımın gerçekleşmemesi halinde BK md. 96 vd. özel-

(49) Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, sh. 102, N. 145.

(50) BGHZ 22, sh. 90 (96); ayrıca bkz. BGH 11.5.1966 tarihli kararı Betr. 1966 sh. 977.

(51) Onarım borcunun yerine getirilmemesi halinde alıcıya tanınan sözleşmeden dönme hakkının başlangıçta geçerli olarak feragat edilmiş bir hakkın «yeniden dirilmesi» sonucunda mı ortaya çıktığı, yoksa onarımın yerine getirilmemesinden dolayı yepyeni bir dönme hakkının mı söz konusu olduğu doktrinde tartışmalıdır. (Bkz. Götz, sh. 83 vd.; Staudinger, § 476 Bem. 4; Thielmann, sh. 719). Sürekli olarak «yeniden dirilme» den söz eden Alman Yüksek Mahkemesi, ilk defa 29.10.1956 tarihli kararında bu durumun BGB § 242 deki dürüstlük kuralının bir sonucu olduğunu, aksine bir çözüm tarzının alıcı bakımından tahammül edilmez sonuçlar taşıyacağını belirtmiştir (BGHZ 22, 90 (100)). Onarımın gerçekleşmemesi halinde satıcının, ayıplı mal tesliminden dolayı alıcının kanundan doğan haklarından feragat etmiş olduğunu ileri süremeyeceği, İsviçre Hukukunda da aynı gerekçe ile savunulmaktadır (Bkz. Merz, Kommentar zum ZGB, Art. 2, Anm. 549; ayrıca bkz. Blaetter für Züricherische Rechtsprechung, 57 (1958) : Nr. 46).

(52) Bu konuda bkz. Schneider, NJW 54, 133 (135); Stötter, Betr. 69, 647 (648); Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, sh. 103 N. 147.

likle BK 106. maddesi gereğince sözleşmeden dönebileceği sonucuna varmıştır (53). Federal Mahkemeye göre: «Onarım borcu, satıcının ediminin sadece bir bölümünü oluşturur. Buna rağmen onarım borcunun ifasında temerrüt, dâvacının tüm satış sözleşmesinden dönmesine yol açabilir. Zira bu kısmî edim önemlidir ve bozukluk satılanın öngörülen kullanılmaya elverişliliğini etkiler. Onarım garanti edilmemiş olsaydı, alıcının ayıplı mal tesliminden doğan kanunî haklarından feragat etmesi beklenemezdi» (54).

Uygulamada genel satış şartlarıyla, bir taraftan alıcının kanundan doğan hakları bertaraf edilip, onun yerine satılanın onarımı garanti edilirken; diğer taraftan da ayıplı mal teslimi yüzünden meydana gelecek her türlü zarardan dolayı satıcının sorumlu olmayacağı belirtilmektedir (55). Böyle bir kayda rağmen, eğer satıcı ona-

(53) BGE 91 II 344. Kararın eleştirisi için bkz. yukarıda dip not 9a.

(54) Federal Mahkemenin kararına konu teşkil eden olayda Zürich Kantonu İstinaf Mahkemesi, garanti kaydı ile alıcının sözleşmeden dönme hakkından nihai olarak değil, sadece geçici olarak feragat etmiş olduğunu; bu anlamda satıcıya önce satılandaki bozuklukları gidermesi için olanak tanınacağına taahhüt edildiğini kabul etmiştir. İstinaf Mahkemesine göre, bu geçici feragat, dürüstlük kuralı uyarınca alıcıdan onarımın gerçekleştirilmesi için daha fazla beklemesi istenemeyecekse, ortadan kalkar.

İstinaf Mahkemesinin bu kararı, federal hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle davalı tarafından Federal Mahkeme nezdinde temyiz edilmiştir. Federal Mahkeme genel satış şartları arasında yer alan ve alıcının ayıplı mal teslimi yüzünden haiz olduğu kanunî hakları bertaraf ettiği iddia edilen kaydın «gerekli açıklığı» taşımadığını, bu bakımdan da alıcının kanunî talep haklarından feragat ettiği şeklinde anlaşılamayacağına karar vermiştir (Erw. 2b). Bununla beraber, Federal Mahkemeye göre: «Davalının iddia ettiği gibi, davacının ayıplı mal tesliminden doğan kanunî hakları, bu arada sözleşmeden dönme hakkı ortadan kaldırılmış olsaydı dahi, temyiz itirazının başarıya ulaşması söz konusu olmayacaktı. Bu durumda davacı sadece garanti gereğince kendisine tanınmış olan onarımı talep edebilecekti. Bu onarım talebinin gerçekleştirilmesi için, ifaya ilişkin OR 97 vd. maddelerindeki genel hükümlerin, özellikle 102 ve 107/8. maddelerin uygulanması gerekecektir.» (Erw. 3a).

(55) Örneğin: «Bu garanti yalnız belirtilen süre içinde meydana gelecek bozukluklara ait bedelsiz onarımlara münhasır olup, müşteri bunun dışında herhangi ad ile tazminat istemeye hak sahibi olmayacaktır.»; «garanti... masraflarını kapsamadığı gibi, ne de otomobilin atıl kaldığından bahis ile herhangi bir hak veya tazminat talebinde bulunulamaz.»

rim borcuna aykırı hareket etmişse, bu yüzden doğacak olan zararları tazmin etmek zorundadır. Genel sözleşme şartlarıyla bunun aksi kararlaştırılamaz; zira bu takdirde alıcı, sözleşmeye aykırı davranan satıcı karşısında her türlü himayeden yoksun kalacaktır (56).

VI — SONUÇ

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin çağımızın ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak bulunması, uygulamada yeni bir müessesenin doğumuna yol açmıştır: **O n a r ı m g a r a n t i s i .**

Satılarda ortaya çıkabilecek bozuklukların onarılmak suretiyle giderilmesi, bu suretle alıcının sözleşmeden dönmeye veya semenin indirilmesine yönelebilecek taleplerinin önlenmesi; özellikle sanayi mamüllerinin satışında, satıcı için vazgeçilmez bir çözüm tarzı teşkil etmektedir. Bu açıdan değerlendirildiği takdirde, «onarım garantisi», ilk bakışta yarattığı etkinin aksine, alıcının çıkarlarından çok, satıcının çıkarlarına hizmet etmekte; bu özelliği dolayısıyla da her geçen gün biraz daha yayılmaktadır.

Satılardaki bozuklukların onarılmak suretiyle giderilmesi, bu sonucu gerçekten sağlayabildiği oranda, alıcının çıkarlarına da uygun düşecektir. Bu bakımdan genel sözleşme şartlarıyla satıcının onarımı garanti etmesi, buna karşı alıcının ayıplı mal teslimi dolayısıyla sahip olacağı kanunî hakların bertaraf edilmesi, kural olarak geçersiz sayılamaz (57).

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun emredici hukuk kurallarına dayanmaması, bu hükümlerin genel sözleşme şartlarıyla tüm olarak değiştirilebilmesine imkân sağlamaktadır. Böyle olunca alıcı, özellikle sanayi mallarının bozuk çıkması halinde, Borçlar Kanununun 194 vd. maddelerine değil, genel sözleşme şartlarını hazırlayan satıcının, kendi çıkarlarını gözeterek düzenlediği hükümlere dayanmak zorunda kalmaktadır. Satıcı, garanti şartlarını tesbit

(56) Bu konuda bkz. BGH 9.3.1954 (MDR 1954, 345; NJW 1953, 1033); ayrıca bkz. Schmidt-Salzer, NJW 1969, sh. 718 (720); Staudinger-Weber, Kommentar zum BGB, § 242, Anm. A 556; karşı. Götz, sh. 85.

(57) Bu konuda bkz. yukarıda sh. 551/552.

ederken, herhangi bir denetim altında değildir. O, olsa olsa rekabet şartlarının gerekli kıldığı asgari imkânları alıcıya tanımakla yetinmektedir. Bu durum, onarım garantisini kanunlarında düzenlememiş olan tüm ülkelerde, alıcı için başlı başına bir tehlike kaynağı teşkil etmektedir. Ancak, üretim ve arzın yetersiz olduğu, buna karşı talebin giderek arttığı; tüketicilerin güçsüz ve yeterli bilgiden yoksun bulunduğu; rekabet koşullarının henüz tam anlamıyla gerçekleşmemiş olduğu ülkemizde, bu alandaki kontrolsuzluğun tüketici için daha da kötü sonuçlar doğuracağını ileri sürmek, gereksiz bir «tüketici taraftarlığı = Consumerizm» olarak nitelendirilmemek gerekir (57a).

Kanunun düzenleyici hükümlerinin her geçen gün biraz daha artan bir biçimde genel sözleşme şartlarıyla tüketicinin aleyhine olarak değiştirilmesi realitesi karşısında, tüketicinin etkili bir biçimde korunabilmesi için çeşitli çözüm yolları önerilebilir :

1) Genel sözleşme şartlarının, bu arada onarım garantisine ilişkin düzenlemelerin bir ihtilâf vukuunda yargıcın denetimine tabî olması, bu suretle aşırı bazı hükümlerin geçersiz sayılması mümkünse de; bu imkân alıcının korunması bakımından tek başına yeterli sayılamaz. Zira mahkemelerin genel sözleşme şartlarının yorumunda her zaman için «düzeltici yorum = ausgleichende Gerechtigkeit) esasını gözönünde tuttıkları iddia edilemez (58). Kaldı ki, «*genel sözleşme şartlarında yer alan her bir kaydın geçerli olup olmadığının yargısal yolla tartışılması, günümüzde acietâ yüksek meblâğlarla kumar oynamaya benzer (mahkeme masrafları!); hem de kanunkoyucunun yedek hukuk kurallarıyla menfaatler dengesine uygun bir çözüm getirmeye çalıştığı bir alanda. Bu durum, abartı-maya kaçmaksızın, ortadan kaldırılması gerekli bir skandal olarak nitelendirilebilir*» (59).

(57a) Bu konuda bkz. aşağıda dip not 65.

(58) Nitekim Temyiz Mahkememiz de genel sözleşme şartlarının yorumunda zaman zaman menfaatler içtihatçılığıyla çatışan kararlar vermektedir. Bu konuda bir örnek için bkz. **Tunçomağ**, 1982 yılında yayınlanmış Borçlar Hukuku ile ilgili Yargıtay kararları üzerinde kısa incelemeler, **BATİDER** 1964, sy. 3, sh. 416 (446), No. XVI.

(59) **Löwe Walter**, *Verstaerkter Schutz des Kunden vor unbilligen Allgemeinen Geschaeftsbedingungen durch Wettewerb?*, **BB** 1972, sh. 185-189 (187); bu konuda ayrıca bkz. **Rehbinder Manfred**, *Allgemeine Geschaeftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts*, Berlin 1972, sh. 33 vd.,

Diğer taraftan mahkeme kararlarının sadece taraflar arasında hüküm doğurması, sadece bir tek muameleyi değil; sayısız bir çok muameleyi düzenleyen ve bu niteliği dolayısıyla adetâ bir hukuk kuralı haline gelen genel sözleşme şartlarıyla mücadelede, bu yolun etkisizliğini daha da artırmaktadır. Mahkeme kararlarında sadece ihtilâf konusu somut olay ele alındığından, en küçük bir farklılıkta bu kararlara emsal olarak dayanabilme olanağı da ortadan kalkmaktadır (60).

2) Kanunda yedek hukuk kurallarıyla düzenlenmiş bulunan bazı hususların, bu arada satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun, *emredici hukuk kurallarıyla* yeniden düzenlenmesi, genel sözleşme şartlarının istismar edilmesini önleyebilecek etkili bir çare olarak düşünülebilirse de (61); bu takdirde, hukukun hayat ihtiyaçlarına paralel bir şekilde gelişebilme olanağı da engellenmiş olacaktır. Buna karşı Borçlar Kanununun Genel Hükümlerinde yapılacak bir iki değişiklikle tüketicinin etkili bir biçimde korunabilmesi mümkündür. Örneğin Borçlar Kanununun 20, 99 ve 100. maddelerine eklenecek birer fıkra ile bu sonuç sağlanabilir (62).

Mroch, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, sh. 59 vd.

(60) Bu konularda özellikle bkz. *Rehbinder*, sh. 33-34.

(61) Bu konuda bkz. *Mroch*, sh. 36 vd.

(62) *S t o c k a r* tarafından ortaya atılan bu görüşe göre, İsviçre Borçlar Kanununun 20. maddesine eklenecek aşağıdaki fıkra ile, genel sözleşme şartlarının istismarının önüne geçilebilecektir:

«Kitle sözleşmelerinde (Massenvertrag) karşı tarafın aleyhine olarak yer alan ve kanunda yedek hukuk kurallarıyla öngörülen düzenlemeden haklı görülemeyecek bir biçimde ayrılan kayıtlar geçersizdir. Bu kayıtların yerini, kanunda öngörülmüş olan kurallar alır.

Bir sözleşme için kanunda hüküm bulunmuyorsa, yargıç çekişmeli kaydın geçerli olup olmadığını Medeni Kanunun 1/II. maddesi gereğince konulacak genel kurallara göre tayin eder.

Sigorta sözleşmeleri ve taksitle satışlar hakkındaki özel hükümler saklıdır.»

S t o c k a r' a göre OR 100/f. II (BK 99/f. II) ye eklenecek bir cümle ile, borçlunun hafif kusurundan doğan sorumluluğunu ortadan kaldıran bir anlaşmanın, «alacaklının hafif kusurdan sorumsuzluğunu kabul ettiği sırada borçlunun hizmetinde olması» veya «sorumsuzluk kaydının hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir işletmenin faaliyetinden dolayı kabul edilmiş olması» yanında, «sorumsuzluk kaydının önceden hazırlanan bir kitle sözleşmesinde diğer tarafın aleyhine olarak ortadan

3) Tüketicinin korunabilmesi için, büyük ticarî işletmelerin önceden basılı olarak hazırlattıkları ve kendileriyle muameleye girecek olanlara istisnasız olarak uyguladıkları genel sözleşme şartlarının, başlangıçta bir denetime tabî tutulması üzerinde de durulmaktadır. Bu suretle genel sözleşme şartlarının daha tüketiciye uygulanmadan önce denetlenmesi ve aşırı bir takım hükümlerin ayıklanması mümkün olabilecektir (63). Bununla beraber genel sözleşme şartlarının uygulanabilmesi veya gereğinde bunlarda yapılacak değişiklikler için idarî bir merciin izninin alınması şart koşulacak olursa, yavaş işleyen bu prosedür karşısında ekonomik hayatın aksayacağı ve gereksiz bir takım formalitelerin doğacağından haklı olarak endişe duymak gerekir. Bununla beraber ülkemiz bakımın-

kaldırılması» halinde de yargıç tarafından geçersiz sayılabilmesi yerinde olacaktır. Aynı şekilde OR 101/f. III (BK 100/f. III)'e eklenecek bir cümle ile, önceden hazırlanan genel sözleşme şartlarıyla yardımcı şahısların fiillerinden doğacak sorumluluğun ortadan kaldırılabilmesi, ancak hafif kusur halinde geçerli sayılmalıdır (Bkz. Stockar, Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Basel 1971. sh. 83 vd., 115 vd.).

(63) Büyük ticarî işletmelerin önceden basılı olarak hazırladıkları genel sözleşme şartlarının uygulanmadan önce idarî bir makamın denetiminden geçirilmesi, son günlerde özellikle Almanya'da aktüel bir hale gelmiştir. Bu denetimi gerçekleştirmek üzere Federal bir büro'nun (Bundesanstalt für Verbraucherschutz) kurulması teklif edilmektedir.

Genel sözleşme şartlarına karşı tüketicinin korunması sorunu Ekim 1971 de açıklanan Alman Hükümet Programında (Bericht für Verbraucherpolitik) da yer almış, ayrıca Bavyera Adalet Bakanı, Federal Hükümetten bu konunun incelenmesi için bir komisyon kurulmasını talep etmiştir. Son olarak «Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen» tarafından bu konuda hazırlanan 24 maddelik bir kanun teklifi (Entwurf eines Gesetzes über die Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen), iktidarda bulunan Sosyal Demokrat Partinin (SPD) Braunschweig Kongresinde de çoğunluk tarafından benimsenip, onaylanmıştır. (Bu konuda fazla bilgi için bkz. Gudian Ingo, Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZRP 1972, sh. 148/149; anılan kanun teklifinin metni için bkz. ZRP 1972, sh. 148).

Diğer taraftan İsveç'te 1.7.1971 tarihinde yürürlüğe giren bir kanunla bu sistem gerçekleştirilmiştir. Buna göre tüketicilerin çıkarlarını gözetmekle görevli bir Ombudsman'ın talebi üzerine, devlet, tüccar ve tüketicilerin temsilcilerinden oluşan bir kurul, genel sözleşme şartlarını incelemekte ve gereğinde bunları yasaklayabilmektedir. (Bu konuda bkz. v. Hippel Eike, Praeventive Verwaltungskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen?, ZRP 1972, sh. 110, N. 11).

dan Sanayi ve Ticaret Odalarının, kendi mensuplarının uymaları gereken bir takım kuralları tesbit edip, bu konuda bir oto-kontrol tesis etmeleri her bakımdan yerinde olacaktır. Ayrıca tüketici haklarının savunulabilmesi açısından işçi sendikaları ve kooperatiflerin de etken olabileceği düşünülebilirse de, onların da bu konuda gereken duyarlılığı göstermedikleri bilinmektedir. Kurulması düşünülen MEYAK bu konuda etkin bir rol oynayabilirdi. ama bilindiği gibi MEYAK tasarısı bu dönem parlamentodan geçmedi. Aynı şekilde Ticaret Bakanlığınca Eylül 1971 de TBMM'ne sevk edilmiş bulunan «Tüketicinin Korunması için Ticaret Konusu Mal ve Hizmetlerle İlgili Faaliyetlerin Düzenlenmesi İçin Kanun» tasarısı da, bir yıl kadar bekledikten sonra TBMM'nden geri alınmış ve o tarihten bu yana bu konuda herhangi yeni bir faaliyete rastlanmamıştır (64). Yeni yasama döneminde bu konunun yeniden ele alınması ve ticari işletmelerin teknelci uygulamalarının düzenlenmesi ve tüketicilerin yukarıda değinilen sorunlarına kesin çözüm yollarının getirilmesi her bakımdan yararlı olacaktır (65).

(64) Bu konuda bkz. Ömer Baybars Tek, Pahalılık ve Tüketicinin Korunması, 29.6.1973 tarihli Cumhuriyet Gazetesi, sh. 2.

(65) Bunun ne derece gerekli olduğunu, bizzat Ticaret Bakanlığı tarafından fiyat artışlarıyla ilgili olarak haziran 1973 ayı sonunda hazırlanan ve yazımızın matbaadaki dizimi sırasında elimize geçen rapordaki aşağıdaki satırlar açıkça ortaya koymaktadır. Bu rapora göre: «Ülkemizde bızlı kalkınma ihtiyacı nedeni ile yıllardan beri üretici sektörlerin ekonomik ve kanuni yollarla himayesi ağırlık kazanmış ve tüketicilerin iktisadi menfaatlerinin kanun korunmasına önem verilmemiştir. İç piyasaları düzenleyen mevzuatın kronolojik sıraya göre incelenmesi yapılacak olursa bu durum daha belirgin bir şekilde belli olacaktır.

Özellikle Milli Korunma Kanunu uygulanmasındaki aksaklıklar, piyasayı düzenleyici mabiyetteki mevzuatın bir nevi devlet müdahaleciliği olarak tanımlanması, ülkemizde tüketici şuurunun کافی derecede teşekkül etmemiş ve tüketicilerin örgütlenip ağırlıklarını duyurmamış bulunmaları, öbür taraftan üreticilerin gerek tarım sektöründe gerek imalat sektöründe, aracı ve dağıtım hizmetlerini yürüten esnaf ve tüccar gruplarının da kendi aralarında çok iyi örgütlenmiş olmaları ve görüşlerini iktisadi karar mercilerine dahi iyi duyurabilme imkânlarına sahip bulunmaları sonucu iç piyasaların işleyiş düzeni çok geniş bir serbesti ve en az kontrol prensibine göre yürütülmüştür. Bu nedenle tüketicilerin mevzuat yoluyla da korunmalarıyla ilgili olarak özellikle 1950'lerden beri Batı ülkelerinde yapılmakta olan kanun çalışmaları ülkemizde geliştirilmemiştir.»

K I S A L T M A L A R

- BB. : Der Betriebs-Berater
Betr. : Der Betrieb
BGE : Bundesgerichtsentscheidungen
(İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BGHZ : Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in
Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi Ka-
rarları)
JW : Juristische Wochenschrift
MDR : Monatsschrift für Deutsches Recht
N.JW : Neue Juristische Wochenschrift
RGZ : Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil-
sachen (Alman İmparatorluk Mahkemesi Ka-
rarları)
ZRP : Zeitschrift für Rechts-Politik