

ISSN: 1303 - 4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

ÖZEL SAYI:

20 ARALIK 2014 TARİHİNDE İSTANBUL'DA DÜZENLENEN
TÜKETİCİ HUKUKU SEMPOZYUMU

SPECIAL ISSUE:

CONSUMER LAW SYMPOSIUM
HELD AT YEDİTEPE UNIVERSITY ON 20 DECEMBER, 2014.

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

Cilt: XII, Sayı: 2
Vol. XII, No. 2
Yıl / Year: 2015



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ ***JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW***

Yayın Sahibi / *Publisher*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu
(Dekan)

On Behalf of Yeditepe University Faculty of Law Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu
(Dean)

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / *Responsible Manager*

Prof. Dr. Ali Cem Budak

Yönetim Yeri / *Place of Management*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul. Tel.: (0216) 578 05 39

İnternet Adresi / *Web Address*: <http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureli-yayinlar/yu-hukuk-fakultesi-dergisi/>

Yayının Türü / *Type of Publication*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer reviewed journal published twice a year and it was recognised as national peer reviewed journal in the National Law Database of **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center).*

Basımcının Adı / *Printed by*

Teknik Basım Tanıtım Matbaacılık San. Tic. A. Ş.
Keyap Tic. Mrk. Bostancı Yolu Cad. F1 Blok
No: 93 Y. Dudullu Ümraniye - İstanbul
Tel: (0 216) 508 20 20 Faks: (0216) 508 20 45
www.teknikbasim.com
Sertifika No: 24871

Basım Yeri / *Place of Publication*

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / *Publication Date*

Kasım 2016 / *November 2016*

ISSN: 1303 - 4650

Editör Kurulu / Board of Editors

Prof. Dr. Haluk Kabaaliöglu (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
Yeditepe University Faculty of Law)

kabaalioglu@yeditepe.edu.tr

Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
Yeditepe University Faculty of Law)

mehmet.bahtiyar@yeditepe.edu.tr

Prof. Dr. Diler Tamer (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
Yeditepe University Faculty of Law)

dilertamer@yahoo.com

Doç. Dr. / *Assoc. Prof. Dr.* Melek Bilgin Yüce (Yeditepe Üniversitesi
Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*)

melekyuce@hotmail.com

Yard. Doç. Dr. / *Asst. Prof. Dr.* Gül Doğan (Yeditepe Üniversitesi
Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*)

guldogan@yeditepe.edu.tr

Yard. Doç. Dr. / *Asst. Prof. Dr.* Semin Töner Şen (Yeditepe Üniversitesi Hukuk
Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*)

semin.sen@yeditepe.edu.tr

Yard. Doç. Dr. / *Asst. Prof. Dr.* Cihan Avcı Braun (Yeditepe Üniversitesi Hukuk
Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*)

cihan.avci@yeditepe.edu.tr

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

For citations please use the abbreviation: “YUHFD”

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri:

*All correspondence concerning articles and other submissions may be
addressed to:*

E-posta / E-mail: dilertamer@yahoo.com

Telefon / Phone: (0216) 578 00 00

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi
34755 Ataşehir – İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

*Articles published in this journal represent only the views of the
contributors.*

Copyright © 2016

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored
in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior
expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.*

Dergimiz Hakkında / About Our Journal

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanıyla ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.) katkılarıyla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Danışmanlar Kurulu / *Advisory Board*

Prof. Dr. Haluk Kabaalioglu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / *Publication Committee*

Prof. Dr. Haluk Kabaalioglu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi
Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel
Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law
Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft; Bundessocialgericht, Kassel
Prof. Dr. Michel Waelbroeck, Brüksel Üniversitesi, ULB
Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law
Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles
Prof. Dr. Stefan Talmon, Universität Bonn, Fakultät für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht; Co-Direktor des Instituts für Völkerrecht
Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ali Ekrem Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Bülent Sözer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Ragıp Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Semir Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Ahmet Cemil Yıldırım, Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Zuhâl Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Mehmet Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Efe Direnisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Cihan Avcı Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. H. Afşın İlhan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Aksoy Yavaş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Dominik Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Cihan Mengü Acun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Nazan Moroğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Jennifer Morrison, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. İsmail Esin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Elif Selin Cila, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed journal published twice a year.

2. Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes and comments, discussions of legislative developments, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3. Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. *Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.*

4. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions).

Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5. Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor. There is no need to submit any hardcopy of the article.

6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır. *The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.*

7. Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir. *Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8. Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır. *All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9. Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır. *All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10. Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir. *All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11. Yayım Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda ve genellikle e-posta yolu ile haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayım Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

Articles will initially be examined by the editorial board. After initial evaluation by the editorial board, the submissions will be sent to an anonymous peer reviewer, who is determined by the editorial board. In case of rejection or proposed amendments, the contributor(s) will be informed (generally via e-mail) in adequate detail and provided with a copy of the reviewer's report. Whenever needed or necessary, a reviewed and amended submission may be sent to a second reviewer.

12. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

13. Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

14. Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da **ULAKBİM**'e kargo ile ulaştırılır. *Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to **ULAKBİM** by cargo.*

15. Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir. *Free copies of the of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).*

SUNUŐ

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi'nin bu cildi, 20 Aralık 2014 tarihinde Yeditepe Üniversitesi ve İstanbul Barosu'nun işbirliğiyle Yeditepe Üniversitesi Rektörlük Binası İnan Kıraç Konferans Salonu'nda gerçekleştirilen Tüketici Hukuku Sempozyumu'nda sunulan tebliğlerden yayın komisyonuna ulaştırılanları içermektedir.

Editör Kurulu

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
ve
İSTANBUL BAROSU

İşbirliğiyle,

20 ARALIK TARİHİNDE YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ REKTÖRLÜK
BİNASI İNAN KIRAÇ SALONU'NDA DA DÜZENLENEN

TÜKETİCİ HUKUKU SEMPOZYUMU

CONSUMER LAW SYMPOSIUM

HELD AT YEDITEPE UNIVERSITY ON 20 DECEMBER, 2014.

Düzenleme Komitesi: Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Doç. Dr. Melek
Bilgin Yüce, Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Av. İsmail Altay.

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: XII, Sayı: 2, Yıl: 2015

İÇİNDEKİLER

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA MESAFELİ SÖZLEŞMELER

Yard. Doç. Dr. Cihan AVCI BRAUN.....1

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: cihan.avci@yeditepe.edu.tr

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN KIYMETLİ EVRAKA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR.....46

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: mbahtiyar@hotmail.com

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DAKİ İDARİ CEZALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Öğr. Gör. Kemal BERKARDA.....62

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: mkberkarda@gmail.com

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUN ÇERÇEVESİNDE TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİ

Yard. Doç. Dr. Cem DİNAR.....87

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: cemdinar@myinet.com

AYIPLI MALDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK VE UYGULAMA SORUNLARI

Yard. Doç. Dr. Gül DOĞAN.....127

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: guldogan@yeditepe.edu.tr

TÜKETİCİ HUKUKU'NDA SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU VE UYGULAMASI

Yard. Doç. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU.....157

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: gulsahhamamcioglu@maltepe.edu.tr

HUKUKUMUZDA HAKSIZ ŞARTLAR VE SONUÇLARI

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL.....201

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve Dekanı

e-posta: sakipek@hotmail.com

TÜKETİCİ HAKLARININ ANAYASAL BOYUTU

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK.....218

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: suzelturk@superonline.com

TÜKETİCİLER, VERGİLER VE HAYALLER

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK.....243

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: huzelturk@superonline.com

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ÇERÇEVESİNDE TÜKETİCİ KREDİLERİ

Doç. Dr. Melek BİLGİN YÜCE.....264

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: melekyuce@hotmail.com

JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume: XII, No: 2, Year: 2015

CONTENTS

DISTANCE CONTRACTS UNDER THE CONSUMER PROTECTION LAW

Asst. Prof. Dr. Cihan AVCI BRAUN.....1

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: cihan.avci@yeditepe.edu.tr

**NEGOTIABLE INSTRUMENTS UNDER THE TURKISH LAW ON THE
PROTECTION OF CONSUMERS**

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR.....46

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law

e-mail: mbahtiyar@hotmail.com

**AN EVALUATION OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS UNDER THE LAW ON
THE PROTECTION OF CONSUMER (No. 6502)**

Adj. Prof. Kemal BERKARDA.....62

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Administrative Law

e-mail: mkberkarda@gmail.com

**INSTALLMENT SALES CONTRACTS UNDER THE TURKISH CODE OF
CONSUMER PROTECTION**

Asst. Prof. Dr. Cem DİNAR.....87

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: cemdinar@mynet.com

**LIABILITY ARISING OUT OF DEFECTIVE GOODS AND PROBLEMS IN
APPLICATION**

Asst. Prof. Dr. Gül DOĞAN.....127

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: guldogan@yeditepe.edu.tr

**THE OBLIGATION TO ENTER INTO A CONTRACT AND PRATICE OF IT IN
CONSUMER LAW**

Asst. Prof. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU.....157

Maltepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: gulsahhamamcioglu@maltepe.edu.tr

**UNFAIR CONTRACT TERMS IN TURKISH LAW AND THEIR LEGAL
CONSEQUENCES**

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL.....201

Kadir Has University Faculty of Law, Dept. of Civil Law and Dean of the Faculty.

e-mail: sakipek@hotmail.com

CONSTITUTIONAL ASPECTS OF CONSUMER RIGHTS

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK.....218

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law

e-mail: suzelturk@superonline.com

CONSUMERS, TAXES AND DREAMS

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK.....243

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Tax Law

e-mail: huzelturk@superonline.com

**CONSUMER CREDITS UNDER THE RECENTLY AMENDED TURKISH CODE
ON THE PROTECTION OF THE CONSUMER**

Assoc. Prof. Dr. Melek BİLGİN YÜCE.....264

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: melekyuce@hotmail.com

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN
KAPSAMINDA MESAFELİ SÖZLEŞMELER
(*DISTANCE CONTRACTS UNDER THE CONSUMER PROTECTION LAW*)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Cihan AVCI BRAUN*

ÖZET

6502 sayılı yeni “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun” (“TKHK”)28 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bunun üzerine mesafeli sözleşmelere ilişkin uygulama usul ve esaslarını düzenleyen “Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği” (“MSY”) 27 Kasım 2014 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış olup, 27 Şubat 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu makalede mesafeli sözleşmeler, gerek yeni TKHK gerekse MSY’deki düzenlemeler kapsamında ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Çalışmada TKHK’nun mesafeli sözleşmelere ilişkin 48. maddesinin uygulanabilmesi için aranan şartlar, mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme, cayma hakkının kullanımı ile sonuçları, mesafeli sözleşmenin ifası, teslimat ve hasarın geçiş anı gibi konular incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, tüketicinin korunması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, mesafeli sözleşmeleri ön bilgilendirme, cayma hakkı, sözleşmenin ifası, teslimat, hasarın geçiş anı.

ABSTRACT

6502 numbered current “Law on Consumer Protection” (“TKHK”) went into effect on the date of May 28, 2014. Following this, “The Regulation on Distance Contracts” (“MSY”), which regulates the application of procedures, and principles, was published on the Official Gazette on No-

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: cihan.avci@yeditepe.edu.tr

vember 27, 2014, and it went into effect on February 27, 2015. In this paper, distance contracts, are examined in great detail both within the scope of the current “TKHK”, and also within the scope of the MSY regulations. Application of TKHK’s Article 48 on distance contracts, and the requisite conditions for its application; pre notification under distance contracts; use of right of withdrawal and its ramifications; performance of the distance contract; delivery and the passing of the damages, are some of the subjects that are examined on this paper.

Keywords: Consumer, consumer protection, Turkish Law on Consumer Protection, pre notification under distance contracts, right of withdrawal, performance under the agreement, delivery, the moment in time when the damage passes to the other party.

A. Giriş

Yaşanan teknolojik gelişmelerle birlikte alışveriş alışkanlıklarımız da değişmektedir. Önceden mağazada deneyerek, kalitesini kontrol ederek aldığımız ürünleri şimdi bilgisayar ya da telefon başında oturarak ya da katalogun ekindeki formu doldurup yollamak suretiyle de satın alabilmekteyiz. Bunun hem bizlere yani tüketicilere, hem de satıcı ve sağlayıcılara faydaları olmaktadır. Örneğin kıyafet alışverişi yapmak isteyen tüketici mağazaya gitmekle, ürünü denemek için kabinde ve ödeme yapmak için kasada sıra beklemekle vakit kaybetmeden, uzaktan iletişim araçlarını kullanarak istediği ürünü evinden satın alabilmektedir. Bugün birçoğumuz mesafeli sözleşmelerle¹ birçok ihtiyacımızı gidermekteyiz. Mesafeli sözleşmelerin aynı zamanda sözleşmenin karşı tarafı olan satıcı veya sağlayıcıya için de birçok faydası vardır. Satıcı veya sağlayıcı da mağaza kiralama ve müşteriye hizmet edecek personeli çalıştırma gibi birçok masraftan kurtulmaktadır. Bu aşamada çalıştıracağı personeller, teknik destek veren personel ile

¹ Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 4/f. 1/b. e uyarınca mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasi suretiyle kurulan sözleşmeleri ifade eder.

mağazadaki kasa personeline benzer işi yapacak olan sipariş edilen ürünü paketlemeyi yapacak olan personelle sınırlı olmaktadır. Bu nedenle mesafeli satış şeklinde kurulan sözleşmelerde elde edilen kâr da, klasik satış yöntemleriyle elde edilen kârdan genellikle daha fazla olur.

Mesafeli sözleşmeler elbette sadece avantajı olan sözleşmeler değildir. Mesafeli sözleşmelerin özellikle tüketiciler aleyhine olan sonuçları da vardır. Uzaktan iletişim araçları kullanılarak kurulan sözleşmelerde tüketici kural olarak sözleşme konusu mal hakkında yeterli bilgiye sahip olmadan, piyasada sunulan aynı türden mal veya hizmete ilişkin sözleşme koşulları ile karşılaştırma yapmadan, malı ve sözleşmenin karşı tarafını hiç görmeden bir sözleşme akdetmektedir.²

Büyük uğraşı gerektirse de, bir mal veya hizmetin, katalogda veya satıcı veya sağlayıcının internet sitesinde tüm özellikleriyle tasvir edilebilmesi mümkündür. Ancak her bir tüketicinin ihtiyacının farklı olacağı ve tüketicisiyle karşı karşıya gelen ve onunla birebir ilgilenen satıcı veya sağlayıcının, tüketicinin ihtiyacını daha iyi anlayabileceği ve onun ihtiyaçlarına en uygun mal veya hizmeti ona önerebileceği de yadsınamayacak bir gerçektir. Mesafeli sözleşmelerin en önemli dezavantajı, tüketicinin sözleşmenin konusu malı görüp kontrol edememesi ve malın özellikleri veya hizmetin içeriği hakkında satıcı veya sağlayıcı veya yetkili personel tarafından aydınlatılamamasıdır. Örneğin, kıyafet alışverişinde satın alacağımız bir ürünün tüm özellikleri ve fotoğrafı, internet sitesinde veya katalogda yer alsa da, o ürünün bedenimize oturup oturmayacağını ancak ürün elimize geçip denediğimizde anlayabiliriz. Bunun gibi, bir kayak takımı almak istediğimizde bu konuda mağazadaki yetkilinin bizim ihtiyacımıza göre önerebileceği ürün – burada özellikle kayağı kullanacak kimsenin boyu ve hangi pistte kullanacağı önem arz eder – bizim sadece ürünün özelliklerini okuyarak mesafeli sözleşmeyle satın alacağımız mala kıyasen ihtiyacımızı daha iyi giderecek bir ürün olabilir.

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin malı eline alıp, malın kalite ve özelliklerini kontrol etme, sözleşmenin konusu mal veya hizmete ilişkin aklına takılan soruları sorma imkânı olmadığı için, tüketici mal veya hiz-

² **Aslan**, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2014, sh. 481; **Aslan**, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Bursa 2014, sh. 264; **Özel**, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2014, sh. 213; **Aydoğdu**, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, sh. 287-288.

met hakkında satıcının yaptığı açıklama kadarıyla bilgi sahibi olabilmektedir. Dolayısıyla satıcı veya sağlayıcı malı veya hizmeti cazip kılacak özellikleri belirtip, cazip olmayan özelliklerinden hiç bahsetmeyerek tüketicinin mal hakkındaki izlenimini manipüle edebilmektedir.

Bunların yanı sıra radyo, televizyon, telefon ve internet gibi uzaktan iletişim araçlarıyla kurulan mesafeli sözleşmelerde tüketiciye sözleşmenin konusu mal veya hizmet hakkında verilen bilgiler, katalogda olduğu gibi tüketicinin elinde yazılı olarak mevcut değildir. Bu bilgiler tüketiciye ya sözlü olarak bildirilmektedirler ya da internet üzerinden kurulan sözleşmelerde olduğu gibi, satıcı veya sağlayıcının tek taraflı iradesiyle dilediği zaman değiştirilebilir niteliktedirler. Bunun birinci dezavantajı, tüketicinin sözleşmenin şartlarını ve sözleşme konusunun özelliklerini tekrar okuyup değerlendirme imkânının olmamasıdır. İkinci dezavantajı ise, olası bir hukuki uyuşmazlıkta, tüketicinin sözleşmenin kurulduğu sırada kararlaştırılan koşulların ispatında yaşayacağı güçlütür.

Mesafeli sözleşmelerin bir diğer dezavantajı da, tüketicinin sözleşmenin karşı tarafını tanımıyor; onun ne kadar güvenilir olduğunu ve ifa kabiliyetinin olup olmadığını bilmiyor olmasıdır. Mesafeli sözleşmelerde, özellikle internet kullanılarak kurulan sözleşmelerde kural olarak tüketici mal veya hizmetin bedelini sözleşme kurulur kurulmaz ödemektedir. Yani tüketici hiç görmediği, tanımadığı bir kişiyle yaptığı sözleşmeden doğan borcunu, henüz karşı edimi elde etmeden ifa etmektedir. Burada sözleşmenin karşı tarafının tanınmıyor olması, bedeli ödenen mal ya da hizmetin ifa edilip edilmeyeceği veya tüketicinin ayıplı ifadan doğan haklarını kullanıp kullanamayacağı hususları bakımından önem arz eder.

Mesafeli satışlarda karşılaşılabilecek bir diğer sorun da, mesafeli sözleşme kurulup tüketiciye teslim edilmesi için nakliyeye verildiğinde, mal satıcıdan çıktıktan ancak alıcıya henüz ulaşmadan önce bir hasara uğrarsa bundan kimin sorumlu olacağı, yani hasarın tüketiciye ne zaman geçeceği meselesidir. Bütün bu konulara yeri geldiğinde değinilecektir.

Verilen örneklerden de anlaşılacağı gibi mesafeli sözleşmeler, tüketiciye sadece zaman tasarrufu sağlayan sözleşmeler olmayıp, bazı olumsuz yönleri de bulunan sözleşmelerdir. Zaman içinde devletler de mesafeli sözleşmelerin tüketici aleyhine sonuçlar doğurduğunu görmüş ve tüketiciyi korumak için 20. yüzyılda başlayan tüketiciyi koruyan kanuni düzenlemelerin yanı sıra, mesafeli sözleşmenin tarafı olan tüketiciyi koruyucu düzen-

lemeler de yapmaya başlamışlardır³. Bu süreçte, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde mesafeli sözleşmelere karşı tüketiciyi koruyucu ulusal düzenlemeler yapılmış; ancak üye ülkelerin, tüketicinin korunması alanındaki farklı düzenlemelerinin satıcı ve sağlayıcıların iç pazardaki rekabeti üzerinde olumsuz etkileri olduğu görülmüştür. Bu olumsuz etkileri ortadan kaldırabilmek ve iç pazarda mal ve hizmetlerin serbest dolaşımını sağlayabilmek için Avrupa Birliği, 97/7 sayılı ve 20 Mayıs 1997 tarihli, tüm üye ülkelerde geçerli olacak ve tüketiciyi, yanıltıcı ve saldırgan satış metotlarına karşı koruyacak asgari bir düzenleme getiren “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yönerge⁴”yi çıkarmıştır.⁵ Avrupa Birliğine uyum süreci içinde ilgili yönergenin iç hukuka aktarılması suretiyle 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna (TKHK) 2003 yılında eklenen 9/A maddesiyle mesafeli sözleşme kavramı hukukumuzda yerini almıştır. Bu hükmün uygulamasını göstermek üzere 2003 yılında “Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” çıkarılmış ve bu yönetmelik 2011 yılında çıkarılan “Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Tüketici Hukukundaki tüm bu düzenlemelerin yeterli olmadığı zaman içinde görülmüş ve AB tarafından bu kez asıl amacı iç pazardaki rekabetin sağlanmasından ziyade tüketicinin korunması olan 2011/83/EU sayılı “Tüketici Haklarına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi” çıkarılmıştır. Bu yönergenin ve bunun dışındaki 11 yönerge ve 2 tavsiye kararının iç hukuka aktarılmasının sağlanması amacıyla yeni bir Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yapılmış⁶ ve 6502 sayılı yeni TKHK 28 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bunun üzerine mesafeli sözleşmelere ilişkin uygulama usul ve esaslarını düzenleyen “Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği” (MSY) 27 Kasım 2014 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmış olup, yayın tarihinden itibaren 3 ay sonra yani 27 Şubat 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³ Metzger, Lukas, Die Umsetzung europäischer Richtlinien in Deutschland und Grossbritannien am Beispiel der Fernabsatzrichtlinie, Berlin 2013, sh. 16 vd.

⁴ Richtlinie 97/7/EG des europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, Amtsblatt Nr. L 144, 04.06.1997, sh. 0019-0027.

⁵ 97/7/EG Richtlinie-Fernabsatzvertraege.

⁶ Aydoğdu, Tüketici Hukuku Dersleri, 42.

B. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Mesafeli Sözleşmelere İlişkin 48. Maddesinin Uygulanabilmesi İçin Aranılan Şartlar

Mesafeli sözleşmeler, yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48. maddesinde düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında mesafeli sözleşmenin tanımı şu şekilde yapılmıştır:

“Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.”

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu hüküm bir sözleşme tipini değil, sözleşmenin yapılış şeklini düzenlemektedir. Yani bir satım sözleşmesi uzaktan iletişim araçlarıyla kurulup mesafeli sözleşme olabileceği gibi bir kira sözleşmesi de uzaktan iletişim araçlarıyla kurulursa mesafeli sözleşme niteliğini haiz olabilir.

TKHK'nun 48. maddesinin uygulanabilmesi için aşağıda sayılan şartların gerçekleşmesi gerekir:

I. Mesafeli sözleşmenin bir tarafını tüketici oluştururken diğer tarafını satıcı veya sağlayıcı oluşturmalıdır

Tüketicinin, TKHK m. 48'in sağladığı korumadan yararlanabilmesi için, mesafeli sözleşmenin diğer tarafını satıcı veya sağlayıcının oluşturması gerekmektedir. Tüketici, satıcı ve sağlayıcının tanımı ise TKHK m. 3'te ve MSY m. 4'te şu şekilde yapılmaktadır:

- *“Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,*

- *Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,*

- *Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi”* ifade etmektedir.

Terimlerden ve tanımlardan da anlaşılacağı üzere, TKHK m. 48 ancak tüketicinin mal veya hizmetin alıcısı konumunda olduğu durumlarda uygulama alanı bulabilecektir. Diğer bir deyişle bu hüküm, ticari veya

mesleki olmayan amaçlarla hareket eden kimsenin, sözleşmenin karşı tarafına bir mal veya hizmet sunduğu durumları kapsamaz. Dolayısıyla tüketici sıfatı kişiye değil, duruma özgü bir sıfattır; bir kimse bir durumda tüketici olarak hareket ederken, başka bir durumda satıcı veya sağlayıcı olarak hareket edebilmektedir.

II. Mesafeli sözleşme, bir malın teslimini veya bir hizmetin ifasını konu edinmelidir

Hangi konuda yapılan sözleşmelerin mesafeli sözleşme sayılacağını tespit edebilmemiz için kanunun bahsettiği mal ve hizmet terimlerinin neyi kapsadığının belirlenmesi gerekmektedir. MSY m. 4, TKHK m. 3/b. h’de yapılan mal tanımını yinelemektedir:

“Mal: Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları ifade etmektedir.”

1995 yılında çıkarılan TKHK hükümlerinin⁷ muğlâk olması ve bu nedenle hangi malların tüketicinin korunması hükümlerine tâbi olacağını, hangilerinin bu koruma dışında tutulacağını açık olmaması sebebiyle eski TKHK’da 2003 yılında yapılan değişiklikle “mal” terimi detaylı olarak tanımlanarak, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar da açıkça koruma kapsamına almıştır. Yeni TKHK’da yer alan mal tanımı da içerik olarak eski kanundaki tanımın bir tekrarı niteliğindedir. Bu tanım tüm kanunu kapsadığı için yerinde bir düzenleme olduğu konusunda şüpheye yer yoktur. Buna karşın MSY’nin yaptığı mal tanımının, TKHK m. 48’de sözü geçen mal terimini doğru bir şekilde açıklayıp açıklamadığı araştırılmalıdır.

Bir şeyin mal olarak nitelendirilebilmesi için “alışverişe konu olma” niteliğine sahip olması gerekmektedir. Bu kavram doktrindeki bir görüş tarafından “ticarete konu olma” kavramının karşıtı olarak yorumlanmakta, bir maddi veya maddi olmayan eşyanın tüketici tarafından ticari amaç güdülmeksizin, yani kazanç sağlama amacı olmaksızın edinilmesini ifade

⁷ 1995 yılında yürürlüğe giren TKHK, mal tanımını 3. maddesinin c bendinde şu şekilde yapmaktaydı: “Mal: Ticaret konusu taşınır eşyayı ifade eder”.

etmektedir.⁸ Hâlbuki kişinin bir malı edinmesinde güttüğü amaç, o kişinin tüketici sayılıp sayılmaması bakımından önem taşır; mal kavramını belirleme bakımından bir değeri yoktur.⁹ Bu nedenle biz doktrindeki diğer görüşe katılmaktayız. Katıldığımız görüşe göre, alışverişe konu olma kavramı, bir maddi veya maddi olmayan eşyanın işlem hayatı içerisinde karşılık bulabileceği parasal bir değere sahip olmasını ve böylece mal varlığı içerisinde yer alabilmesini ifade eder.¹⁰

Çalışmamızın başında 6502 sayılı TKHK'nın, Avrupa Birliği Yönergelerinin iç hukuka aktarılması amacıyla yapıldığından bahsetmiştik. Her ne kadar Avrupa Birliği'ne üye ülke olmadığımız için Avrupa Hukukunda terimlere verilen anlam ve Avrupa Adalet Divanı kararları bizim için bağlayıcı olmasa da, hukuk kurallarının yorumunda amaca göre yorum metodunu kullanırken, ilgili yönerge ve bunun yollama yaptığı diğer hukuk kurallarının gerekçelerinden de yararlanmak gerekir. Bu nedenle kanunda adı geçen mal terimiyle neyin kastedildiğini araştırırken, Avrupa Hukuku'nda bu terimin ne anlama geldiğine de bakmak gerekir. Avrupa Adalet Divanı "mal" terimini bir kararında "parayla ölçülebilecek bir değeri olan ve ticarete konu olabilecek maddi nesne"¹¹ şeklinde tanımladıktan sonra, başka bir kararında bu tanıma ilave olarak "sınır ötesine geçirilebilecek nesne"¹² açıklamasına yer vermiştir. Bunların yanı sıra verdiği diğer kararlarda da gaz ve elektrik gibi doğal güçler ile yazılım, görüntü, müzik gibi gayri maddi nesnelere, veri veya ses taşıyıcılarına kaydedilmek suretiyle¹³ "mal" tanımının kapsamına almıştır. Yapılan açıklamalardan da

⁸ **Zevkliler**, Aydın/Aydoğdu, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Bası, Ankara 2004, sh. 91; **Tiryaki**, Betül, Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007, sh. 47.

⁹ **Gümüş**, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, İstanbul 2014, sh. 26.

¹⁰ **Gümüş**, TKHK Şerhi, 26-27.

¹¹ ECJ, Case 7-68, ECLI:EU:C:1968:51, *Commission v. Italy*.

¹² ECJ, Case 2-90, ECLI:EU:C:1992:310, *Commission v. Belgium*.

¹³ Avrupa Birliği Hukukunda yazılım, görüntü, müzik gibi gayri maddi malların belirli bir ücret karşılığında "download" edilmesi mal değil hizmet sunumu olarak yorumlanırken, Alman Hukukunda tüketicinin bunlara sürekli olarak erişiminin mümkün olduğu durumlarda, yani tüketicinin bunları "download" edip kaydedebildiği durumlarda mal satımının söz konusu olduğu kabul edilmektedir. **Schmidt-Räntsch**, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 34. Edition, München 2015 (beckonline), § 312c Nr. 20 (beckonline); BGH, NJW 1988, 406, 407.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

anlaşılacağı üzere Avrupa Birliği Hukukunda mesafeli sözleşmenin kapsamına taşınmaz mallar girmemektedirler.

Türk hukukunda taşınmazların mesafeli sözleşmelerin konusunu oluşturup oluşturmayacağı hakkında bir sonuca ulaşmak için öncelikle “mal sağlama” ve “satıcı” ifadesinin kapsamının araştırılması gerekir. Fikri ve/veya bedensel emeğe dayalı olmayan, yani hizmet sağlama dışındaki tüketici işlemi anlamına gelen mal sağlama kavramına, bir malın ivaz karşılığı kullanımının bırakıldığı kira sözleşmeleri de girmektedir.¹⁴ TKHK m. 3/b. h’de yapılan mal tanımının kapsamında “konut ve tatil amaçlı taşınmazlar”ın yer alması da bu kabulü destekler niteliktedir.¹⁵ Buradan da “satıcı” kavramının yerinde bir kavram olmadığı ve bu kavramın “mal sağlayan” şeklinde anlaşılması gerektiği görülmektedir.¹⁶ Sonuç olarak Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukundan¹⁷ farklı olarak, taşınmazlar Tüketici Hukuku bakımından “mal” tanımının kapsamına girmektedirler.

Türk hukukunda mesafeli sözleşmelerin taşınmazları konu edinip edinemeyeceğine gelince; taşınmazların satışını konu edinen sözleşmeler mesafeli sözleşmeyle kurulamazlar. Zira taşınmazlara ilişkin satış sözleşmelerinin geçerli olabilmeleri için TBK m. 237/f. 1; TMK m. 706/f. 1; Tapu Kanunu m. 26 ve Tapu Sicili Tüzüğü m. 16’ya göre bu sözleşmelerin tapu memuru huzurunda yapılmaları gerekir.

Taşınmazları konu edinen, satış dışındaki diğer “mal sağlama” sözleşmelerinin MSY kapsamına girip girmediğinin tespiti için, MSY m. 2/f. 2/b. d, e, g’nin anlamı araştırılmalıdır. MSY m. 2/f. 2/b. d, MSY hükümlerinin “taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı” ile ilgili sözleşmelere uygulanmayacağı belirtmiştir. Bu maddedeki “hakların oluşumu”ndan sadece aynı hakların mı yoksa şahsi hakların mı kastedildiği anlaşılammaktadır. Taşınmazlara ilişkin hakların devri ve kazanımı ve MSY m. 2/f. 2/b. g’de yer alan “devre mülk ve bunun yeniden satımı veya değişimine ilişkin sözleşmeler” ancak tapu memuru huzurunda yapılacak bir anlaşma ile kurulabileceği ve mesafeli sözleşme şeklinde gerçekleşmeyeceği için burada sadece kanunun gereksiz bir tekrarı vardır. Fakat bu düzenleme şahsi hakları yönetmeliğin kapsamı dışında

¹⁴ Gümüş, TKHK Şerhi, 21. Aksi görüş için bkz. Tiryaki, 41.

¹⁵ Gümüş, TKHK Şerhi, 21.

¹⁶ Gümüş, TKHK Şerhi, 29.

¹⁷ Gümüş, TKHK Şerhi, 28.

birakmamaktadır denebilir. Çünkü MSY m. 2/f. 2/b. e, şahsi hak doğuran konut kirasının da MSY'nin kapsamı dışında kaldığını ayrıca belirtmektedir. Sonuç olarak, bu düzenleme mal tanımını yapan MSY m. 4/b. e ile birlikte ele alındığında; tatil amaçlı taşınmaz malların kirasına ilişkin sözleşmelere bu yönetmeliğin uygulanabileceği sonucuna varılabilir. Fakat kanun koyucunun TKHK m. 3/b. h'de yer alan "mal" tanımını burada yinelemesi, kendisiyle çelişkiye düşmesine sebep olmuştur. MSY, yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere mal tanımında yer alan "konut" ile ilgili sözleşmelere hiçbir zaman uygulanamayacaktır. Ayrıca MSY m. 2/f. 2/b. g'nin, devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimine ilişkin olan ve tapu memuru huzurunda yapılması aranmayan sözleşmeleri yönetmeliğin kapsamı dışında bırakması, amaca göre yorumlandığında, bizi, taşınmazlara ilişkin her türlü sözleşmenin MSY'nin kapsamı dışında kaldığı sonucuna götürür.

Mesafeli sözleşme bir hizmetin ifasını da konu edinebilir. Burada da MSY m. 4, TKHK m. 3'te yapılan hizmet tanımını yinelemektedir:

"Hizmet: Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu ifade etmektedir."

Verilen tanımdan da anlaşılacağı üzere bir hizmetin ifasına yönelik sözleşmenin mesafeli sözleşme sayılabilmesi için sağlayıcının da bir karşılık elde etmesi aranmaktadır. Dolayısıyla ücretsiz vekâlette olduğu gibi sadece tek tarafın asli edim borcu altına girdiği sözleşmeler diğer şartları taşıyabilir bile mesafeli sözleşme teşkil edemezler.¹⁸

Hizmet teriminin kanuni tanımında, mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminden bahsedilmektedir. Burada kullanılan "tüketici işlemi" de teknik bir terimdir ve bunun tanımını TKHK m. 4 vermiştir:

"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 eder."

¹⁸ TBK m. 502/son: "Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır" şeklindedir. YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

Hizmet, mal sağlama dışında sağlayıcı ile tüketici arasında kurulan her türlü sözleşme ve hukuki işlemin konusunu ifade ettiğine göre, kelime anlamını aşan bir kapsama sahiptir. Ancak eski TKHK'nun eski metninde yer alan “bedeni ve/veya fikri emeğe dayalı olma” unsurunu yeni TKHK döneminde de aramak gerekecektir.¹⁹ Tüketici işlemi tanımında bu kapsama girecek sözleşmelere verilen örneklerde eser sözleşmesinin yer alması dikkat çekmektedir. 4077 sayılı TKHK döneminde eser sözleşmesinin tüketici işlemi olup olmadığı tartışmalıydı.²⁰ Yargıtay uygulamasında eser sözleşmesi tüketici işlemi kabul edilmiyor ve eser sözleşmesinin tarafı, tüketiciyi koruyucu hükümlerden yararlanamıyordu.²¹ Eser sözleşmesi bakımından yüklenicinin ve özellikle vekâlet sözleşmesi bakımından vekilin, yani hizmette bulunan kimsenin genellikle uzman olması, tüketici işleminde ise mal ya da hizmet sağlayan tarafın uzmanlığının söz konusu olmaması gerekçesiyle, genellikle bu tür sözleşmeler tüketici işlemi olarak kabul edilmemekteydi.²² Kural olarak vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilen²³ ve aldığı ücret karşılığında profesyonel olarak iş gören avukat, mimar ve benzeri serbest meslek sahiplerinin tüketicilerle yaptıkları sözleşmeler eski TKHK uygulamasından²⁴ farklı olarak 6095 sayılı TKHK uygulamasında tüketici işlemi olarak ele alınacaktır.

¹⁹ **Gümüş**, TKHK Şerhi, 21. Ayrıca bkz. Tiryaki, 41.

²⁰ **Zevkliler/Aydoğdu**, 93, dn. 38-39.

²¹ Yarg. HGK., 26.02.2003, E. 2003/15-127, K. 2003/102 (kazancı); Yarg. 15. HD., 9.4.2002, E. 2001/5915, K. 2002/1689 (kazancı).

²² **Gümüş**, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, sh. 42-43; **Tekben**, Tuğçe, Hekim ile Hasta İlişkinin Vekâlet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan Özel Sayısı, Cilt VIII, Sayı 2 (2011) ve Cilt IX, Sayı 1 (2012), sh. 871; Aksi görüş için bkz. **Zevkliler/Aydoğdu**, 481; **Demir**, Mehmet, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004, sh. 22, 24.

²³ **Başpınar**, Veysel, Vekilin (avukatın, hekimin, mimarın, bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, sh. 74-75. Mimarlık sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Gümüş**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 3. Bası, İstanbul 2014, sh. 132-133; **İnal**, Tamer, Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, sh. 99.

²⁴ **Gümüş**, Vekilin Özen Borcu, 43.

III. Satıcı veya sağlayıcı mal ve hizmetlerini uzaktan pazarlamaya yönelik bir sistem kurmuş olmalıdır

TKHK m. 48'in uygulanabilmesi için satıcı veya sağlayıcının, uzaktan pazarlamaya yönelik olarak personel ve teknik altyapısının hazır olması, düzenli ve sistemli bir şekilde mal ve hizmet pazarlamasını bu sistem dâhilinde yapması aranmaktadır.²⁵ Önemli olan uzaktan pazarlamanın tek seferlik istisnai bir durum teşkil etmemesidir.²⁶ Satıcı ve sağlayıcının birçok firmanın yaptığı gibi aynı zamanda mağazasında mal ve hizmetleri sunuyor olması bunun niteliğinde bir değişiklik yaratmaz.²⁷ İki pazarlama tekniğinin birbirinin alternatifi olarak kullanılması mümkündür.²⁸

4077 sayılı TKHK'da mesafeli sözleşmenin kurulabilmesi için sadece sözleşmenin taraflarının karşı karşıya gelmemesi aranırken, yeni TKHK sözleşmenin uzaktan pazarlamaya yönelik bir sistem üzerinden kurulmuş olmasını da aramaktadır. 4077 sayılı TKHK'daki düzenlemeye esas teşkil eden 97/7 sayılı "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yönerge"nin 2. maddesi, satıcı veya sağlayıcının sadece uzaktan pazarlamaya yönelik bir sistem dâhilinde kurduğu sözleşmeleri mesafeli sözleşme kapsamına sokmakta iken, Türk kanun koyucusunun bu unsura mesafeli sözleşmeleri düzenleyen 9/A maddesi içinde yer vermemesi doktrinde eleştiriye maruz kalmıştır.²⁹ Eski kanun döneminde, sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan pazarlamaya ilişkin bir sistemin varlığı aranmadığı için, satıcının istisnai bir durumda telefonla kurduğu satış sözleşmesine de mesafeli sözleşmeler için öngörülen ağır şartların uygulanması, kanuna esas teşkil eden AB Yönergesine ve kanunun amacına aykırı bir sonuç doğurmaktaydı. TKHK m. 48 ile mesafeli sözleşme tanımına eklenen bu düzenlemeyle, doktrinde haklı olarak eleştiriyle karşılaşan bir boşluk giderilmiş olmaktadır. Bundan sonra, satıcı veya sağlayıcıların, mal ve hizmetlerini, kurdukları bir sistem dâhilinde uzaktan pazarlıyor olmaları ve tüketici ile aralarında kurulacak sözleşmelerde yalnızca uzaktan iletişim

²⁵ **Bozbel**, Savaş, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, sh. 789; ayrıca bkz. **Demir**, 25, 29; BT-Dr (Bundestagsdrucksache) 14/2658 v. 9. 2. 2000, sh. 30.

²⁶ **Demir**, 25-26; <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss490.pdf> (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Madde Gerekçesi, TBMM Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 490).

²⁷ **Demir**, 26; Madde gerekçesi.

²⁸ Madde gerekçesi.

²⁹ **Bozbel**, 790.

araçlarından bir veya birkaçını kullanmaları aranacaktır. Bu nedenle 6502 sayılı TKHK döneminde satıcı veya sağlayıcı, uzaktan pazarlamaya yönelik bir sistemi sonradan kursa bile, bu sistemin kurulmasından önce istisnai durumlarda uzaktan iletişim araçlarıyla kurulan sözleşmeler, mesafeli sözleşme olarak kabul edilmeyeceklerdir.³⁰

IV. Sözleşme, taraflar fiziksel olarak bir araya gelmeden, uzaktan iletişim araçlarıyla kurulmuş olmalıdır.

TKHK m. 48’de mesafeli sözleşmelerin tanımında “uzaktan iletişim araçları” ibaresine yer verilmiş, bu iletişim araçlarının neler olduğu MSY m. 4’te şu şekilde belirtilmiştir:

“Uzaktan iletişim aracı: Mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkân veren her türlü araç veya ortamı ifade eder.”

Gelişen ve sürekli değişen teknoloji karşısında uzaktan iletişim araçlarının tahdidi olarak sayılmaması isabetli olmuştur. Bu tanım, mülga Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelikteki tanımı, örneklere “kısa mesajı” da ilave ederek tekrarlamaktadır. Uzaktan iletişim araçları, tarafların fiziksel olarak aynı ortamda bulunmaksızın iletişim kurmalarına hizmet etmektedirler. Belirtmek gerekir ki, tarafların sözleşme görüşmelerinin başlamasından sözleşmenin kurulmasına kadar aynı uzaktan iletişim aracını kullanmaları zorunluluğu yoktur. Bu durum kanuna esas teşkil eden 2011/83/EU sayılı Yönerge m. 2 Nr. 7’de açıkça belirtilmiştir. TKHK m. 48’deki mesafeli sözleşme tanımındaki “uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir” ifadesindeki çoğul kullanım da bu sonuca ulaşmaya elverişlidir. Dolayısıyla tarafların sözleşme görüşmelerine örneğin elektronik posta yoluyla başlayıp, sözleşmeyi telefonla kurmalarında bir sakınca yoktur.

Verilen tanımdan da anlaşılacağı gibi, mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için, sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların fiziksel olarak karşı karşıya gelmemiş olmaları aranmaktadır. Bu durum, TBK m. 4 anlamında hazır olanlar ve hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşme ayrımıyla karıştırılmamalıdır. Mesafeli sözleşme, örneğin elektronik posta

³⁰ **Loock**, Martin Robert, Das Fernabsatzsystem, Frankfurt am Main u.a. 2009, sh, 19, 20.
YUHFD Vol. XII No. 2 (2015)

mesajıyla kurulmak suretiyle hazır olmayanlar arasında kurulabileceği gibi, telefonla veya görüntülü konuşma yoluyla kurularak hazır olanlar arasında da kurulabilir. Mesafeli sözleşmelerde aranan unsur, icabın, yapıldığı anda öğrenilip öğrenilmediği değil, tarafların fiziksel olarak aynı ortamda bulunup bulunmadığıdır.³¹

Her ne kadar mesafeli sözleşme tanımında, mesafeli sözleşmenin müzakerelerinden kurulmasına kadar sadece uzaktan iletişim araçlarının kullanılması gerektiği açıkça yazmıyorsa da, bu gereklilik hem kanuna esas teşkil eden 2011/83/EU sayılı Yönerge m. 2 Nr. 7’de hem de TKHK m. 48’in gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre tüketici, ürünleri görmek ve fikir edinmek amacıyla önce satıcı veya sağlayıcının işyerine gider, fakat sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin kurulması uzaktan iletişim araçlarından biriyle sağlanırsa, bu durumda mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanır.³² Ancak, tarafların sözleşme görüşmelerine satıcı veya sağlayıcının işyerinde başlayıp, sözleşmeyi sonradan uzaktan iletişim araçlarından biriyle kurmaları veya önce uzaktan iletişim aracıyla sözleşme görüşmelerine başlayıp, sözleşmeyi sonradan satıcı veya sağlayıcının işyerinde kurmaları durumunda mesafeli sözleşmenin varlığından söz edilemez.³³ Benzer şekilde mesafeli sözleşme kavramı, bir profesyonelden hizmet almak amacıyla tüketici tarafından uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla rezervasyon yapılması durumunu kapsamaz.³⁴ Örneğin bir avukatın³⁵, bir doktordan veya bir berberden³⁶ randevu alınması durumunda bu hükmün uygulanmaması doğaldır, çünkü burada sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde bir anlaşma sağlanmadığı için henüz bir sözleşme kurulmamıştır. Sözleşme, randevu günü tarafların fiziksel olarak karşı karşıya gelmesiyle müzakere edilip kurulacağı için mesafeli sözleşme sayılmaz.

Belirtmekte fayda vardır ki, sözleşmenin uzaktan iletişim araçlarıyla kurulmuş olması, TKHK m. 48’in uygulanabilmesi için yeterlidir. İnternet üzerinden alınan bir elektronik kitabın yine internet ortamında ifasında

³¹ Alman hukukunda bkz. **Schmidt-Räntsch**, Beck’scher Online-Kommentar BGB, § 312c Nr.29.

³² Madde gerekçesi.

³³ Madde gerekçesi.

³⁴ Madde gerekçesi.

³⁵ **Bürger**, Michael, Das Fernabsatzrecht und seine Anwendbarkeit auf Rechtsanwälte, NJW 2002, 465, 466.

³⁶ Madde gerekçesi.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

olduğu gibi, sözleşmeden doğan edimin ifasının da uzaktan iletişim araçlarıyla gerçekleşmesi aranmamaktadır.³⁷

V. Mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümlerin hukuken uygulanmayacağı hallerden biri olmamalıdır

MSY m. 2/f. 2, yönetmeliğin kapsamı dışında kalan sözleşme türlerini açıkça belirtmiştir. Bu hükme göre;

a) Finansal hizmetler,³⁸

b) Otomatik makineler aracılığıyla yapılan satışlar,³⁹

c) Halka açık telefon vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleriyle bu telefonun kullanımı,

ç) Bahis, çekiliş, piyango ve benzeri şans oyunlarına ilişkin hizmetler,⁴⁰

d) Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı,

e) Konut kiralama,⁴¹

f) Paket turlar,⁴²

g) Devre mülk, devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi,

ğ) Yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya işyerine götürülmesi,⁴³

³⁷ Alman hukukunda bkz. **Schmidt-Räntsch**, Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 312c Nr.18.

³⁸ Yönetmeliğin finansal hizmetlerle ilgili sözleşmelere uygulanmamasının nedeni, bu tür sözleşmelerin, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler başlığını taşıyan TKHK m. 49'un kapsamına giriyor olmasıdır.

³⁹ Bu makinelerin en yaygın olanları binaların içinde veya açık alanlarda bulunan, sıcak ve soğuk içecek ve atıştırmalık yiyeceklerin satın alınabildiği makinelerdir.

⁴⁰ Eski yönetmelik m. 7/f. 4/b. e bu tür sözleşmeleri mesafeli sözleşme saymakta ve mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulama alanına sokmakta, fakat cayma hakkının kullanılmayacağını düzenlemekteydi.

⁴¹ Eski yönetmelikte "taşınmaz kiralama" ibaresi kullanılmaktaydı.

⁴² Eski yönetmelikte mesafeli sözleşme sayılıp, tüketiciyi koruyucu bir takım hükümlerin kullanılması engellenirken, yeni düzenleme ile tamamen kapsam dışı bırakılmıştır.

⁴³ Eski yönetmelikte mesafeli sözleşme sayılıp, tüketiciyi koruyucu bir takım hükümlerin kullanılması engellenirken, yeni düzenleme ile tamamen kapsam dışı bırakılmıştır.

h) 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerindeki bilgi verme yükümlülüğü ile 18 inci ve 19 uncu maddelerde yer alan yükümlülükler saklı kalmak koşuluyla yolcu taşıma hizmetleri,

ı) Malların montaj, bakım ve onarımı,⁴⁴

i) Bakımevi hizmetleri, çocuk, yaşlı ya da hasta bakımı gibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesine yönelik sosyal hizmetler⁴⁵”

ile ilgili sözleşmelere MSY hükümleri uygulanmaz. Yukarıda sayılan sözleşmeler, tarafların eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, sadece uzaktan iletişim araçları kullanılarak kurulmuş olsa bile, bu sözleşmelere mesafeli sözleşmeler hakkındaki hükümler uygulanmayacaktır.

C. Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme

I. Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü

Bu yükümlülük TKHK m. 48/f. 2’de ana hatlarıyla belirtilmiş olup, detayları MSY m. 5’te düzenlenmiştir. Bu maddede sayılan ön bilgilerin mesafeli sözleşme kurulmadan önce tüketiciye verilmesi zorunludur. Eski Yönetmelik m. 5’te düzenlen ön bilgilendirme yükümlülüğü, MSY’de daha detaylı, açık ve tüketiciyi daha çok korur nitelikte düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra m. 5/f. 2/b. ğ, h, ı, i ve j’de olduğu gibi, birçok yeni düzenleme de getirilmiştir. Buna göre tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulmasından ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce, aşağıdaki hususların tamamını içerecek şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilmek zorundadır.

a) Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri,

b) Satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı, varsa MERSİS numarası,⁴⁶

c) Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkân veren, satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgileri ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket eden kimliği ve adresi,

⁴⁴ Eski yönetmelikte yer almayan yeni bir düzenlemedir.

⁴⁵ Eski yönetmelikte yer almayan yeni bir düzenlemedir.

⁴⁶ MERSİS (Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Merkezi Sicil Kayıt Sistemi) numarasını bilgilendirme zorunluluğu eski yönetmelikte aranmıyordu.

ç) Satıcı veya sağlayıcının tüketicinin şikâyetlerini iletmesi için (c) bendinde belirtilenden farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi,⁴⁷

d) Mal veya hizmetin tüm vergiler dâhil toplam fiyatı,⁴⁸ niteliği itibarıyla önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisi,

e) Sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesi üzerinden hesaplanmadığı durumlarda, tüketicilere yüklenen ilave maliyet,

f) Ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcının şikâyetlere ilişkin çözüm yöntemleri,

g) Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü⁴⁹ ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler,

ğ) Cayma bildirimının yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri,

h) 15 inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi,

ı) Satıcı veya sağlayıcının talebi üzerine, varsa tüketici tarafından ödenmesi veya sağlanması gereken depozitolar ya da diğer mali teminatlar ve bunlara ilişkin şartlar,

i) Varsa dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri,

⁴⁷ Eski yönetmelikte yer almayan bu düzenleme satıcı veya sağlayıcıya, tüketicilerin şikâyetlerini bildirebilmeleri için, gerekli iletişim bilgilerini verme zorunluluğu getiriyor.

⁴⁸ Eski yönetmelikte mal veya hizmetin fiyatının Türk Lirası üzerinden belirtilmesi aranıyordu.

⁴⁹ Eski yönetmelik genel bir ifade kullanarak sadece cayma hakkının kullanılmasının şartları ve hakkın nasıl kullanılacağına ilişkin bilgilerin verilmesini aramaktaydı. MSY m. 5/f. 1/b. g, ğ ve h'de detaylı bir düzenleme getirerek, bu bilgilerin yanı sıra, cayma hakkının süresinin, satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgilerin, cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgilerinin ve cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgilerin verilmesini de aramaktadır.

j) Satıcı veya sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklendiği, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilgi,

k) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair bilgi.

MSY m. 5/f. 3'e göre satıcı veya sağlayıcı, birinci fıkranın (d) bendinde yer alan ek masraflara ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmese, tüketici bunları karşılamakla yükümlü değildir. Örneğin, satıcı nakliye masraflarını tüketicinin ödeyeceği konusunda tüketiciyi bilgilendirmemişse, tüketiciyi bu masrafları ödemeye zorlayamaz. Bu bilgilendirmenin yapılmamış olmasının yaptırımı, ilgili ek masraflara satıcı veya sağlayıcının katlanması olacaktır.

TKHK, sözleşme öncesi bildirim yükümlülüğünün öngörüldüğü diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi, burada da herhangi bir uyuşmazlık çıktığında, ön bilgilendirme yapıldığına ilişkin ispat yükünün satıcı veya sağlayıcıya ait olduğunu açıkça belirtmiştir.

II. Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme Yöntemi

Eski yönetmelik ön bilgilendirme yöntemini m. 5/f. 2'de çok kısa ve genel bir şekilde düzenlemişti. Buna göre ön bilgilendirme formunun, mallar için sözleşme konusu mal tüketiciye ulaşmadan, hizmetler için de sözleşmenin ifasından önce, yazılı olarak veya bir sürekli veri taşıyıcısıyla tüketiciye ulaştırılması aranıyordu. Telefon gibi sözlü uzaktan iletişim araçlarının kullanıldığı durumlarda ise bilgilendirme formunun en geç mal teslimi sırasında tüketiciye teslim edilmesi aranmaktaydı.

MSY, ön bilgilendirme yönteminin detaylarını m. 6'da açıkça belirtmiş ve ön bilgilendirme yöntemini, kullanılan uzaktan iletişim aracının niteliğine göre ayrı ayrı düzenlemiştir. Bu hükme göre tüketici, *"kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirilmek zorundadır"*.

2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Yönergesi'nin başlangıcında yer alan yönergenin gerekçesinin 34. maddesinde de belirtildiği üzere, satıcı ve sağlayıcının tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmesi gerekmektedir. Eski yönetmelikten farklı olarak, bilgilendirme metninin yazı

boyutu en az on iki punto olarak belirlenmiştir. Bunun amacı, verilen bilgileri tüketici bakımından okunabilir kılmaktır. Verilmesi zorunlu olan bilgilerin tüketiciye, örneğin PDF formatında yollanması ve bunların okunabilmesi için ilave programların – ücretsiz olarak ve kolaylıkla – bilgisayara yüklenmesi zorunluluğunun olduğu hallerde de bu şartın gerçekleştiğinden bahsedilebilir.⁵⁰

Tüketici, satıcı veya sağlayıcı tarafından yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısıyla bilgilendirilmek zorundadır. Hükmün amaçladığı husus, verilmesi zorunlu olan bilgilerin tüketici açısından erişilebilir olmasının sağlanmasıdır. Erişilebilirlik için bilgilerin makul bir süre boyunca, tüketicinin bu bilgilere her an ve içeriğinde herhangi bir değişiklik olmadan ulaşabileceği bir şekilde emrine sunulması gerekmektedir. Maddedeki “yazılı” deyiimiyle, TBK m. 13 vd. hükümleri uyarınca bilgilerin yazılı olduğu metnin, satıcı veya sağlayıcı tarafından imzalanmış olması kastedilmemektedir. Burada önemli olan, verilmesi zorunlu olan bilgilerin yazılı olarak bir belgede bulunuyor olmasıdır. İmzalı bir belgeden ziyade gerekli bilgilerin erişilebilir şekilde tüketiciye ulaştırılmasının amaçlandığı, kalıcı veri saklayıcısı tanımından da anlaşılmaktadır. TKHK m. 3/ f. 1, f’de yer alan tanım, MSY m. 4/f. 1/b. c’de şu şekilde tekrarlanmaktadır:

“Kalıcı veri saklayıcısı: Tüketicinin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortamı ifade etmektedir.”

Birçok tüketici bu bilgilendirme formunu okumadan okuduğunu beyan etmektedir. Örneğin internet ortamında yapılan alışverişlerde ön bilgilendirme formunu okudum şeklinde çıkan kutucuk, bu form okunmadan işaretlenmektedir. İşte bu şekilde davranan tüketiciyi korumak için MSY m. 6; m. 5/f. 1’de yer alan bazı bilgilerin (bent a, d, g, h) ve özellikle verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunun tüketicinin siparişi vermesinden hemen önce açık bir şekilde gösterilmesi zorunluluğu getirmektedir. Bu özel bilgilendirme yükümlülüğü, tüketiciyi tekrar düşünmeye sevk edecek yerinde bir düzenlemedir.

⁵⁰ **Bozbel**, 796.

III. Ön Bilgilerin Teyidi

Eski yönetmelikte ön bilgilerin teyidi gerçekleşmedikçe sözleşmenin akdedilemeyeceğinden bahsedilirken, MSY m. 7; satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin ön bilgileri edindiğini teyit etmesini sağlayamazsa bunun yaptırımının sözleşmenin kurulmamış sayılacağı olduğunu belirtmektedir. Yani bu durumda, tüketici ile yapılması planlanan sözleşme yok hükmünde olacaktır.

D. Cayma Hakkı

Sözleşmeler hukukundan bildiğimiz üzere, sözleşmeler kurulurken tarafların esaslı unsurlar üzerinde anlaşmaları gerekir. Bir sözleşme yapılırken de amaçlanan, tarafların esaslı unsur olan sözleşmenin konusunu oluşturan mal veya hizmet hakkında yeterli bilgiye sahip olmalarıdır. Mağazada alışveriş yapan tüketicinin malı görüp, kontrol etmesi ve aklına takılanı satıcıya sorabilmesi onun sözleşmenin konusu hakkında yeterli bilgi sahibi olmasına imkân tanımaktadır. Buna karşın mesafeli satışlarda tüketici sözleşmenin konusu malı hiç görmemekte, malın özelliklerini, sadece satıcının yaptığı açıklamayla sınırlı olarak bilmektedir.⁵¹ Bu açıklama da çoğu zaman eksik olup, mal veya hizmet hakkında yeterli bilgi içermemektedir. Buna ek olarak satıcı ve sağlayıcıların amacının mal veya hizmetlerini cazip göstermek olduğu göz önüne alındığında, tüketici çoğu zaman isteklerine uymayan bir mal veya hizmetin alıcısı durumuna düşmektedir. Bu durumda tüketicinin sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulması için genel kurallara başvurulması gerekseydi, tüketici ya satıcı veya sağlayıcının hile yaparak iradesini sakatladığını ya da kendisinin esaslı bir saik hatasının olduğunu ispat etmek şartıyla sözleşmeyi iptal edebilecekti. Ancak TKHK'nın tanıdığı bozucu yenilik doğuran bir hak olan cayma hakkı sayesinde tüketiciler, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve sözleşme cezası ödemeksizin sözleşmeyi ex tunc ortadan kaldırma hakkına sahiptirler.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'la getirilen en önemli değişikliklerden biri de cayma hakkı süresinin 7 günden 14 güne çıkarılmasıdır. Cayma hakkı süresinin başlangıcına ilişkin düzenlemeleri MSY m. 9 yapmıştır. Bu süre eski düzenlemeye paralel bir şekilde, hizmet

⁵¹ Ayrıca bkz. **Aydoğdu**, Murat, Tüketici Klavuzu-Hukuk Rehberi, İstanbul 2014, sh. 135.

ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlamaktadır. Bunun yanı sıra ifanın tek aşamada olmadığı durumlarda bu sürenin ne zaman başlayacağı tartışmasına da çözüm getiren MSY m. 9/f. 3 yerinde bir düzenleme olmuştur. Bu hükme göre,

“a) Tek sipariş konusu olup ayrı ayrı teslim edilen mallarda, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin son malı teslim aldığı gün,

b) Birden fazla parçadan oluşan mallarda, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin son parçayı teslim aldığı gün,

c) Belirli bir süre boyunca malın düzenli tesliminin yapıldığı sözleşmelerde, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin ilk malı teslim aldığı gün esas alınır.”

Bir başka yeni düzenleme ise, tüketiciye, sözleşme kurulduktan ancak mal henüz teslim edilmeden de cayma hakkını kullanabilme yetkisi tanınmış olmasıdır. Henüz ürünü görmeyen tüketiciye bu hakkın tanınması, kötüye kullanmalara yol açabileceği gibi, pacta sunt servanda ilkesini bu derece delen bir düzenlemenin cayma kurumunun amacını aşır aşmadığı da tartışılır.

I. Cayma Hakkı Konusunda Eksik Bilgilendirme

MSY m. 10, cayma hakkı konusundaki bilgilendirme, usulüne uygun yapılmazsa, cayma hakkını kullanmak için 14 günlük süreyle bağlı kalınmayacağını belirtmektedir. Ancak tüketicinin de hiçbir süreyle bağlı olmaksızın cayma hakkını kullanmasına izin verilmemekte; tüketici, cayma hakkı konusunda hiçbir şekilde bilgilendirilmemiş olsa bile, 14 güne eklenecek olan bir yıllık sürenin dolmasıyla cayma hakkını kullanma süresi sona ermektedir. Eski yönetmelikte toplam 3 ay olarak öngörülen bu sürenin uzatılması, yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeyen satıcı veya sağlayıcı karşısında tüketicinin daha üstün bir korumaya hak kazanması bakımından yerinde bir düzenlemedir.

Ancak satıcı veya sağlayıcı cayma hakkına ilişkin bilgilendirme eksikliğini sözleşmenin kurulmasından sonraki bir safhada giderirse, o zaman 14 günlük süre o tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Tüketici, cayma hakkını kullanana kadar malda olağan kullanım sonucu oluşacak değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir (TKHK m. 48/f.4). Bunun sonucu olarak, tüketicinin yukarıda belirtilen cayma süresi boyunca malı olağan bir şekilde kullanması sonucu meydana gelen değişiklik ve bozulmalar, tüketicinin cayma hakkını kullanmasını engelleme-yecek ve kendisinden bu sebeple herhangi bir tazminat talep edilemeyecektir.⁵²

II. Cayma Hakkının Kullanımı ve Sonuçları

TKHK m. 48/f. 4 ve MSY m. 11, cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim için cayma hakkı süresi içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olmasını yeterli görmektedir. Bu düzenleme, bildirim için cayma hakkı süresi içinde tüketicinin hâkimiyet alanından çıkmış olmasını yeterli görmekte, ne bildirim ne de cayılan sözleşme konusu malın satıcı veya sağlayıcılara varmasını aramaktadır.⁵³ Ancak bu bildirim yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapılması gerekmektedir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin ekinde, tüketicinin cayma bildiriminde bulunurken kullanması için "örnek cayma formu" yayınlamıştır. Örnek cayma formu sadece cayma beyanında neleri belirtmesi gerektiğini bilmeyen tüketiciye yol göstermek amacıyla yayınlanmıştır. Belirtmek gerekir ki, tüketici cayma hakkını kullanırken bu formu kullanmak zorunda değildir.

Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin bu formu doldurabilmesi veya cayma beyanını gönderebilmesi için internet sitesi üzerinden bir seçenek de sunulabilir. İnternet sitesi üzerinden tüketicilere cayma hakkı sunulması durumunda satıcı veya sağlayıcı, tüketicilerin ilettiği olduğu cayma taleplerinin kendilerine ulaştığına ilişkin teyit bilgisini tüketiciye derhal iletmek zorundadır. Bunun sebebi ise cayma hakkının kullanımına ilişkin ispat yükümlülüğünün tüketiciye ait olması ve tüketicinin bu yükümlülüğü yerine getirmesinde ona yardımcı olmaktır.

Mesafeli sözleşmenin sesli iletişim yoluyla yapıldığı hallerde, satıcı veya sağlayıcı, yönetmeliğin ekindeki formu en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar tüketiciye göndermek zorundadır. Ancak tüketici, bu tür satışlarda da cayma hakkını kullanmak için bu formu kullanmak zorunda değildir.

⁵² Ayrıca bkz. **Aydoğdu**, Tüketici Klavuzu, 138.

⁵³ Ayrıca bkz. **Aydoğdu**, Tüketici Klavuzu, 137.
YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

Tüketicinin, cayma hakkını, kendisinin katlanması gereken birtakım maddi yükümlülüklerin doğacağı kaygısıyla kullanmamasının önüne geçmek için MSY m. 12 yerinde bir düzenleme getirmiştir. Buna göre; satıcı veya sağlayıcı, cayma bildirimini kendisine ulaşmasından itibaren 14 gün içinde, varsa malın tüketiciye teslim masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri iade etmekle yükümlüdür. Satıcı veya sağlayıcı, iadesi gereken tüm geri ödemeleri, tüketicinin satın alırken kullandığı ödeme aracına uygun bir şekilde ve tüketiciye herhangi bir masraf veya yükümlülük getirmeden tek seferde yapmak zorundadır.

Yine uygulamadaki gelişmeler dikkate alınarak yapılan bir değişiklik MSY m. 12/f. 3'te karşımıza çıkmaktadır: Cayma hakkının kullanımı sonucunda tüketicinin sözleşme konusu malı, satıcının iade için belirttiği taşıyıcı aracılığıyla geri göndermesi halinde tüketici, iadeye ilişkin masraflardan sorumlu tutulamaz. Satıcı ön bilgilendirmede iade için herhangi bir taşıyıcı belirtmediyse, tüketiciden iade masrafına ilişkin herhangi bir bedel talep edilemez. İade için ön bilgilendirmede belirtilen taşıyıcının, tüketicinin bulunduğu yerde şubesinin olmaması durumunda satıcı, ilave hiçbir masraf talep etmeksizin iade edilmek istenen malın tüketiciden alınmasını sağlamakla yükümlüdür.

Eski yönetmelikte satıcının malı tüketiciden 20 gün içinde alma yükümlülüğü vardı. Ancak uygulamada satıcı malı tüketiciden bizzat almakta; tüketici, kural olarak satıcının anlaşmalı olduğu taşıyıcıya malı satıcıya götürmesi için teslim etmekteydi. Yeni düzenleme hayatın olağan akışına daha uygundur. Ayrıca tüketicinin iadeye ilişkin masraftan sorumlu tutulamayacağına da açıkça belirtilmesi yerinde bir düzenlemedir.

MSY m. 13'e göre, tüketici cayma hakkını kullanmasından itibaren 10 gün içinde malı satıcı veya sağlayıcıya göndermek zorundadır. Belirtmekte fayda vardır ki, tüketicinin 14 günlük cayma süresi içinde hem cayma hakkını kullanıp, hem de malı göndermesi aranmamaktadır. MSY m. 13'te belirtilen bu 10 günlük süre, cayma hakkının kullanılmasıyla işlemeye başlar. Malın gönderilmesi için ayrıca verilen bu süre, AB Yönergesi m. 14/f. 1'in düzenlemesinde 14 gün olarak öngörülmüş olup, iç hukuka neden 10 gün şeklinde aktarıldığı anlaşılamamaktadır.

MSY m. 14, eski yönetmelikte yer almayan yeni bir düzenleme getirmiştir. Bu hükme göre, TKHK m. 30'daki bağlı kredilerle ilgili düzenleme saklı kalmak koşuluyla, tüketicinin cayma hakkını kullanması duru-

munda yan sözleşmeler de kendiliğinden sona erer ve tüketicinin, herhangi bir masraf, tazminat veya cezai şart ödeme yükümlülüğü de doğmaz. Meğerki tüketici cayma süresi içinde malı, işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun olmayan bir şekilde kullanmış olsun. Bu durumda tüketici, meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu tutulur.

Yan sözleşmenin, tüketicinin cayma hakkını kullanması sonucu sona erdiğini sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişiye bildirme yükümlülüğü tüketiciye değil, satıcı veya sağlayıcıya aittir.

III. Cayma Hakkının Kullanılmayacağı Sözleşme Tipleri

MSY m. 15, tüketicinin hangi sözleşmelerde cayma hakkını kullanamayacağını düzenlemektedir. Bu hükme göre taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece tüketici aşağıdaki sözleşmelerde cayma hakkını kullanamaz:

a) Fiyatı finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değişen ve satıcı veya sağlayıcının kontrolünde olmayan mal veya hizmetlere ilişkin sözleşmeler.

b) Tüketicinin istekleri veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmeler.

c) Çabuk bozulabilen veya son kullanma tarihi geçebilecek malların teslimine ilişkin sözleşmeler.

ç) Tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan mallardan; iadesi sağlık ve hijyen açısından uygun olmayanların teslimine ilişkin sözleşmeler.

d) Tesliminden sonra başka ürünlerle karışan ve doğası gereği ayrıştırılması mümkün olmayan mallara ilişkin sözleşmeler.

e) Malın tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler.

f) Abonelik sözleşmesi kapsamında sağlananlar dışında, gazete ve dergi gibi süreli yayınların teslimine ilişkin sözleşmeler.

g) Belirli bir tarihte veya dönemde yapılması gereken, konaklama, eşya taşıma, araba kiralama, yiyecek-içecek tedariki ve eğlence veya dinlenme amacıyla yapılan boş zamanın değerlendirilmesine ilişkin sözleşmeler.

ğ) *Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayrimaddi mallara ilişkin sözleşmeler.*

h) *Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler.”*

E. Sözleşmenin İfası, Teslimat ve Hasarın Geçiş Anı

Mesafeli satışlarda tüketicilerin yaşadığı problemlerin başında sipariş ettikleri mal veya hizmetlere satıcı veya sağlayıcıların taahhüt ettiği sürede ulaşamamaları gelmektedir. Kural olarak satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren taahhüt ettiği süre içinde edimini yerine getirmek zorundadır. Ancak MSY m. 16/f. 1, mal satışlarında bu sürenin otuz günü geçemeyeceğini belirterek, sözleşme serbestisine tüketici lehine bir müdahalede bulunmuştur. Eski düzenlemede de yer alan otuz günlük bu azami süre, tüketiciye daha önceden yazılı olarak veya bir sürekli veri taşıyıcısıyla bildirilmek koşuluyla en fazla 10 gün uzatılabiliyordu. Yeni düzenleme, satıcı veya sağlayıcıya bu imkânı tanımamaktadır.

Satıcı veya sağlayıcı, otuz günü geçmemek kaydıyla taahhüt ettiği süre içinde edimini yerine getirmemezse, tüketici MSY m. 16/f. 2'ye göre “sözleşmeyi feshedebilir”. Öncelikle belirtilmelidir ki, burada bahsedilen hakkın niteliği fesih değil dömmedir. Bunun yanı sıra, kanun koyucunun AB Yönergesi m. 18'deki düzenlemeden neden ayrıldığı da anlaşılamaaktadır. Yönergenin bahsedilen maddesinde, 30 günlük süre içinde malın teslim edilmemesi durumunda satıcıya, TBK'daki karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin temerrüde düşmesindeki düzenlemeye⁵⁴ benzer bir şekilde, önce bir mehil verilmesi aranmakta; bu süre zarfında da edim ifa edilmemişse ancak bundan sonra sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır. Türk kanun koyucusu bu noktada da AB Yönergesindeki düzenlemeyi, sebebini gerekçede açıklamadan, iç hukukumuzdaki genel düzenlemeden de ayrılarak farklı bir şekilde iç hukuka aktarmıştır.

Yapılan yerinde bir düzenleme ise, sözleşmeden dönülmesi durumunda, satıcı veya sağlayıcının, varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri dönme bildirimimin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde kanuni faiziyle birlikte geri ödemek

⁵⁴ Bkz. TBK m. 123 vd.

zorunda olmasıdır. Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin sözleşmeden dönmesi üzerine, tüketiciden almış olduğu ve tüketiciyi borç altına sokan tüm kıymetli evrak ve benzeri belgeleri de iade etmekle yükümlüdür.

Sipariş konusu mal ya da hizmet ediminin yerine getirilmesi sözleşme kurulduktan sonra imkânsızlaşırsa, satıcı veya sağlayıcının bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketicie yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi ve varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde iade etmesi zorunludur. Uygulamada çok karşılaşılan bir durum, malın stokta bulunmamasıdır. Bu durumun ifa imkânsızlığı oluşturmayacağı her ne kadar imkânsızlığın, edimin sonucunun hem borçlu hem de üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesinin sürekli ve objektif olarak mümkün olmaması halinde söz konusu olacağı kuralından çıkarılan bir sonuç⁵⁵ olsa da, MSY m. 16/f. 4 bu hususu tartışmaya mahal vermeyecek açıklıkta düzenlemiştir.

MSY m. 17 hasarın alıcıya ne zaman geçeceğini ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir: Malın tüketici ya da tüketicinin taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimine kadar oluşan kayıp ve hasarlardan satıcı sorumlu olur. TKHK'da, hasarın teslimle alıcıya geçeceği düzenlenmişken, TBK m. 208/f. 1, taşınır satımında hasarın zilyetliğin devri ile alıcıya geçeceğini hüküm altına almıştır.⁵⁶ TKHK, TBK'dan sonra yürürlüğe girdiği ve TKHK ile TKHK m. 48'e dayanılarak çıkarılan MSY m. 17'deki düzenleme, TBK m. 208'e kıyasen özel bir düzenleme olduğu için burada sonraki özel hükmün uygulanması gerekmektedir. Aslına bakılırsa, satış sözleşmesi kurulduktan sonra zilyetliğin gerek teslim yoluyla devrinde gerekse diğer yollarla devrinde mülkiyet alıcıya geçeceği için burada artık hasar sorunundan bahsedilemez. Zilyetliğin devri yoluyla mülkiyetin geçmeyeceği istisnai durum, mülkiyeti saklı tutma yoluyla satışa karşımıza

⁵⁵ **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014, sh. 1037; **Von Tuhr**, Andreas/**Peter**, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Auflage, Zürich 1979, sh. 263. İfa imkansızlığı bakımından, imkansızlığın objektif veya sübjektif olmasının öneminin olmadığını savunan görüş için bkz. **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 12. Bası, İstanbul 2014, sh. 460.

⁵⁶ "Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir."

çıkılmaktadır. Bu durumlarda da zilyetliğin geçmesiyle hasarın geçeceği kabul edilmektedir.⁵⁷

Asıl önem arz eden husus, gönderilecek borçlarda hasarın ne zaman geçeceği. MSY m. 17/f. 2'ye göre tüketici, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep ederse, malın ilgili taşıyıcıya tesliminden itibaren oluşabilecek kayıp ya da hasardan satıcı sorumlu değildir. Bu düzenlemeye göre, satıcı, satılanı kendi belirlediği taşıyıcı ile tüketiciye gönderirse, mal taşıyıcının zilyetliğinde olduğu süre boyunca doğacak hasardan sorumludur. Hasar, malın taşıyıcı tarafından tüketici ya da tüketicinin belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimiyle alıcıya geçmektedir. MSY m. 17, mesafeli sözleşmelerden doğan borcu, mesafeli sözleşmelerin niteliğini göz önünde bulundurarak götürülecek borç olarak düzenlemiştir.^{58,59} Ancak tüketici, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep ederse, bu durumda borç götürülecek borç olmaktan çıkıp gönderilecek borç niteliğine bürünür ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer. Bu hüküm, satıcının alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere göndermesi durumunda hasarın, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçeceğini düzenleyen BK. m. 208/son⁶⁰ hükmüne paralel bir düzenleme getirmiştir.

Son olarak da uygulamada çok karşılaşılan ve tüketicinin mağduriyetine sebep olan diğer bir problem olan ilave ödemelere değinmek istiyoruz. Özellikle internet üzerinde kurulan mesafeli sözleşmelerin bir kısmında ilave ödeme yükümlülüğü doğuran seçenekler kendiliğinden seçili olmakta ve tüketici farkında olmadan ve çoğu zaman ihtiyaç duymadığı bir hizmet için ilave bir bedel ödemek zorunda kalmaktadır. Örneğin internet üzerinden uçak bileti satan bazı internet sitelerinde, seyahat sigortasının da belirli bir bedel karşılığında istendiği seçeneği kendiliğinden seçili olmaktadır.

⁵⁷ **Yavuz**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014, sh. 76.

⁵⁸ TBK m. 89/b. 2 ve 3 uyarınca, sözleşmenin konusu parça borcu da, çeşit borcu da oluştursa ikisi de aranılacak borçlardır.

⁵⁹ Borçlar Hukukunda götürme borcunun satıcı tarafından üstlenildiği durumlarda hasarın geçişi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2014, sh. 87.

⁶⁰ “Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.”

Bunun gibi tüketicinin açık onayı alınmadan tüketicinin ilave ödemede bulunduğu durumlarda, MSY m. 19'da belirtildiği üzere, satıcı veya sağlayıcı bu ödemelerin iadesini derhal yapmak zorundadır.

KAYNAKÇA

- ASLAN**, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2014.
- ASLAN**, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Bursa 2014.
- AYDOĞDU**, Murat, Tüketici Klavuzu-Hukuk Rehberi, İstanbul 2014.
- AYDOĞDU**, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2014.
- BAŞPINAR**, Veysel, Vekilin (avukatın, hekimin, mimarın, bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.
- DEMİR**, Mehmet, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 3. Bası, İstanbul 2014.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, İstanbul 2014.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- İNAL**, Tamer, Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014.
- LOOCK**, Martin Robert, Das Fernabsatzsystem, Frankfurt am Main u.a. 2009.
- METZGER**, Lukas, Die Umsetzung europäischer Richtlinien in Deutschland und Grossbritannien am Beispiel der Fernabsatzrichtlinie, Berlin 2013.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 12. Bası, İstanbul 2014.
- ÖZEL**, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2014.
- SCHMİDT-RÄNTSCH**, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 34. Edition, München 2015 (beckonline).

TEKBEN, Tuğçe, Hekim ile Hasta İlişkisinin Vekâlet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan Özel Sayısı, Cilt VIII, Sayı 2 (2011) ve Cilt IX, Sayı 1 (2012).

TİRYAKİ, Betül, Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007.

VON TUHR, Andreas/**PETER**, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Auflage, Zürich 1979.

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014.

ZEVKLİLER, Aydın/**AYDOĞDU**, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004.

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss490.pdf>
(Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Madde Gerekçesi, **TBMM** Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 490).

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN KIYMETLİ EVRAKA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

(NEGOTIABLE INSTRUMENTS UNDER THE TURKISH LAW ON THE PROTECTION
OF CONSUMERS)

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR*

ÖZET

Tüketiciler tarafı oldukları işlemleri karşılarında bulunan satıcı ya da hizmet sağlayıcılara göre genelde daha zayıf bir konumda bulunmaktadır. Tüketiciler arasındaki büyük bir kesim, teknik bir hukuk dalı olan kıymetli evrak hukukunun özelliklerini bilmemekte ve ancak, konuya ilişkin bir uyuşmazlığın tarafı olduklarında kıymetli evrak hukuku kurallarının önemini kavramaktadırlar. Çalışmamızda tüketicinin kıymetli evrak ile borç altına girmesi ve sonuçları 4077 sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri karşılaştırılarak incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, tüketicinin korunması kıymetli evrak, def'i, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun.

ABSTRACT

Compared to sellers, and suppliers, consumers, are in a weaker position in consumer transactions. Since it is a technical field of law, most of the consumers do not know the fundamental issues on negotiable instruments, and unless they become a party to a dispute on negotiable instruments they fail to grasp the importance of the rules under the Law on Negotiable Instruments. In this article, by comparing the articles of the previous Law on the Protection of Consumers, Law No.: 4407, with the cur-

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: mbahtiyar@hotmail.com

rent Law on the Protection of the Consumers, Law No.: 6502, we aim to study consumers who borrow debt money through negotiable instruments and its consequences.

Keywords: *Consumer, protection of consumer, negotiable instruments, plea, Turkish Code of Consumer Protection Law.*

GİRİŞ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 4077 sayılı eski Kanun'a oranla, tüketicilerin imzalayacağı kambiyo senetleri senetleri açısından daha kapsamlı bir düzenleme getirmiştir.

Bu tebliğde, öncelikle, tüketicilerin kambiyo senedi ile borçlanmasının yolaçtığı sakıncalar ortaya konulacak, daha sonra, eski ve yeni düzenlemeler arasındaki farklar, doktrin görüşleri ve uygulama ışığında açıklanmaya çalışılarak, yeni düzenlemenin, kıymetli evrak türleri ve defî çeşitleri yönünden etkileri ve sonuçları değerlendirilecektir.

I. TÜKETİCİNİN KAMBYO SENEDİ İLE BORÇ ALTINA GİRMESİNİN SAKINCALARI

Tüketiciler tarafı oldukları hukuki işlemlerde, karşılarında bulunan satıcı veya sağlayıcılara göre genelde daha zayıf bir konumda bulunmaktadır. Çünkü, tüketicilerin çok büyük bir bölümü, hem tüketici mevzuatından kaynaklanan haklarını, hem teknik bir hukuk dalı olan kıymetli evrak hukukunun özelliklerini bilmemekte, ancak konuyla ilgili bir uyumsuzluk çıkması durumunda hukuk kurallarının hüküm ve sonuçlarını, bizzat yaşayarak görebilmektedirler.

Bir tüketicinin borcuna karşılık satıcıya/sağlayıcıya bir adi senet düzenleyip vermesi ile bir kıymetli evrak vermesi arasında sonuçları bakımından büyük farklar bulunmaktadır¹.

Uygulamada, tüketicilerin birçoğunun, hüküm ve sonuçları konusunda en küçük bir bilgidен dahi yoksun biçimde, kıymetli evrak ile borçlandığı görülmekte, yaygın biçimde de tüketicilere bono imzalatılmaktadır.

¹ Adi senet ile kıymetli evrak arasındaki başlıca farklılıklar için bkz. **Bahtiyar, Mehmet:** Kıymetli Evrak Hukuku, Ders Notları-Soru Örnekleri, İstanbul 2014, s. 11-13.

Buna bağılı olarak tüketici, kıymetli evrak hukukunda geçerli olan defî sistemine bağılı olmaktadır.

Bono kanunen emre yazılı bir kıymetli evrak olduğından, menfi emre kaydı koyulmadığı sürece bu senet, kural olarak, ciro ve zilyetliğin nakli yolu ile devredilir (TTK. 647 vd., 681 vd.). Senedin mülkiyeti yanında senetteki alacak hakkının da devrini sağılayan hukuki kurum olarak ciro, emre yazılı kıymetli evrakın bir başkasına devrine imkan veren soyut bir işlemdir. İşlemin içeriğinde, hukuksal açıdan çifte yetkilendirme yer alır. Çünkü ciro ile, bononun hamili senet bedelini senet borçlusundan geçerli olarak tahsil etme yetkisini kazanmakta; senet borçlusu ise, senetteki borcunu ciro edilene geçerli olarak ödemeye yetkili kılınmaktadır².

Ciro ile yalnızca senetten doğan haklar devredildiğı için, senedi düzenleyen sıfatı ile imzalayan tüketici temel ilişkidenden kaynaklanan savunmalarını, senedi ciro ile devralan üçüncü kişiye karşı, kural olarak öne süremeyecektir.

Bononun hamiline düzenlenmesi mümkün bulunmamakla (TTK. 776/1/e, 777) birlikte, senedin kanunen emre olmaktan çıkarılması ve nama yazılı senede çevrilmesine kanun olanak tanımıştır (TTK. 681/2, 778/1,a). Bu amaçla senede konulan ibareye, “menfi emre kaydı” denilmektedir. Şu halde, tüketicinin bonoyu imzalamasından önce veya imzaladığı sırada, senet üzerine “namadır”, “emre değildir” gibi, menfi emre kaydı niteliğinde bir ibare konularak senet nama yazılı hale getirilebilir. Tüketicinin düzenleyen sıfatı ile senet üzerine ciro edilemez kaydı koymasıda da TTK m. 681/2 hükmü gereğince bononun yine nama yazılı senet sayılması gerektiğı, genellikle kabul edilmektedir³.

Nama yazılı bir olması durumunda senet, yazılı devir beyanı ve zilyetliğin nakli yoluyla devredileceğı, yazılı devir beyanına da Türk Borçlar Kanunu’nun alacağın temlikine ilişkin hükümleri kıyasen uygulanacağı için, kişisel defilerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün olacaktır (TBK. 188).

Görüldüğü üzere, bononun emre yazılı kalması ile nama yazılı senede çevrilmesi arasında, hem devir şekli, hem devre bağılı sonuçlar bakı-

² Bahtiyar, s. 69. Ayrıca bkz. Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na, Yeni Çek Kanunu’na ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu’na Göre, İstanbul 2014, s. 153.

³ Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997, s. 608; Bahtiyar, s. 76. *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

mından önemli farklar ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, emre yazılı bir bono ile borçlanan tüketici, satıcı/sağlayıcı ile aralarındaki temel borç ilişkisinden kaynaklanan, örneğin satın aldığı maldaki ayıba ilişkin defisini kural olarak üçüncü kişiye karşı ileri süremeyecektir. Yani tüketicinin imzaladığı ve satıcıya verdiği bono, satıcı tarafından bir üçüncü kişiye ciro yolu ile devredilmişse, tüketici temel ilişkiden kaynaklanan ayıba ilişkin defisini, üçüncü kişiye karşı kural olarak ileri süremeyecek ve ona ödeme yapmak zorunda kalabilecektir⁴.

II. 4077 SAYILI TKHK'NIN KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMESİ VE HÜKÜMDE ÖNGÖRÜLEN GEÇERSİZLİK YAPTIRIMI

Tüketicinin korunması ihtiyacı nedeniyle 4077 sayılı (eski) TKHK'da konuya ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. Eski TKHK'nın 1995 yılında kabul edilen ilk halinde tüketicinin kıymetli evrakla borç altına girmesini engelleyen herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş idi. Bu nedenle öğretilde, tüketicinin kıymetli evrakla borç altına girmesinin önlenmesine veya bu açıdan korunması gerekliliğine ilişkin tartışmalar yapılmış ve görüşler ileri sürülmüştür.

O dönemde konuya, tüketici kredileri açısından yaklaşan ARKAN, 4077 Sayılı Kanunda tüketici kredisi dolayısıyla tüketiciden kambiyo senedi alınması konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamasını bir eksiklik olarak değerlendirmiş ve senedi düzenleyen tüketicinin senedin el değiştirmesi halinde, kredi verene karşı öne sürebileceği defileri üçüncü kişilere karşı ileri sürmekten yoksun kalabileceğine, haklı olarak dikkat çekmiştir⁵.

Aynı dönemde BATTAL da, sorunun kanuna konulacak pozitif bir düzenleme ile çözülebileceğini belirtmiş ve konuya ilişkin çeşitli çözüm önerileri getirmiştir. Yazar, bono borçlusu olan kişinin tüketici olduğunu ispat edebilmesi halinde, bononun kendiliğinden adi senede ya da nama yazılı senede dönüşmüş sayılabileceğini, böylece tüketicinin satıcı ile arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan defilerini üçüncü kişilere karşı da öne sürebileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte yazar, söz konusu çözüm önerisinin ispat açısından yaşanabilecek zorluklardan ve tüm tüketicilerin

⁴ Konuya ilişkin genel bilgi için bkz. **Battal, Ahmet:** Kıymetli Evrakla Borç Altına Giren Tüketicinin Korunması, BATİDER., C. XIX, S. 3, Y. 1998, s. 95.

⁵ **Arkan, Sabih:** Tüketici Kredileri, BATİDER., C. XVIII, S. 1-2, Y. 1995, s. 42.

aynı korumadan yararlandırılmasının sakıncalara yol açabileceğinden hareketle, ancak belli bir meblağın altında borç içeren bonoların kanunen nama yazılı bono sayılmasının daha uygun olabileceğini de belirtmiştir⁶.

Bu tartışmalara kayıtsız kalmayan kanun koyucu, 4822 sayılı Kanun ile 4077 sayılı Kanun'da değişiklik yapmış ve sorunu, taksitli satımlara ilişkin ve sınırlı da olsa, yasal zeminde çözmeye çalışmıştır. Yapılan düzenleme kapsamında, 4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 6/A maddesinin 3. fıkrasına göre; *“Sözleşmeden ayrı olarak kıymetli evrak niteliğinde senet düzenlenecekse, bu senet, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak düzenlenir. Aksi takdirde, kambiyo senedi geçersizdir”*.

Hükmün uygulanabilmesi için satımın taksitli olması, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı senet düzenlenmesi ve senedin nama yazılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir⁷. Bu şartlara aykırı olarak düzenlenen kambiyo senedi geçersiz sayılmış ise de, eTKHK döneminde bu geçersizliğin ne anlama geleceği ve kıymetli evrakın defiler sisteminde nereye oturtulacağı, öğretilerde ve yargı kararlarında tartışma konusu olmuş; sorun ne yazık ki tam olarak çözüme kavuşturulamamıştı⁸. Çünkü korunmaya çalışılan ve karşı tarafa göre nispeten daha zayıf konumda bulunan tüketicinin menfaati ile senedi kıymetli evrak hukukunun genel ilkelerine göre devralmış iyiniyeti üçüncü kişinin menfaati tam anlamı ile çatışmaktadır. Emre yazılı senedi ciro yolu ile devralan bir kişi açısından, kural olarak senedin içeriği ve senette yazılı olan hakkın varlığına ilişkin haklı bir güven ve bu güvenin korunması gereksinimi söz konusudur⁹.

⁶ **Battal**, s. 103-105.

⁷ Konuya ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. **Eroğlu Uzunallı, Sevilay**: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri, DEÜHFD, C. 6, S. 1, 2004, s. 124-128.

⁸ Konuya ilişkin HGK. kararının (E. 2014/12-403, K. 2014/682) ayrıntılı olarak değerlendirilmesi için bkz. **Şafak, Ali**: Tüketici İşlemi Sonrasında Düzenlenen Emre Yazılı Senedi Ciro Yolu İle Devralan Haklı Hamile Karşı Senedin Geçersizliği İddiasının İleri Sürülüp Sürülemediği, İBD., C. 89, S. 2, Y. 2015, s. 186 vd.

⁹ **Eroğlu Uzunallı**, s. 134.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

III. ESKİ KANUN'DA ÖNGÖRÜLEN GEÇERSİZLİK YAPTIRI- MINA İLİŞKİN ÖĞRETİ GÖRÜŞLERİ

ZEVKLİLER/AYDOĞDU, geçersizliğe ilişkin definin senet metninden anlaşılan bir defî olmasa bile, kanundan kaynaklanan bir defî olduğunu, etkisi bakımından da mutlak nitelik taşıyıp, bu geçersizliğin tüketici tarafından herkese karşı ileri sürülebileceğini savunmuştur¹⁰. Yazarlar, taksitli satışlarda düzenlenecek kambiyo senedinin nama yazılı olması zorunluluğunun diğer taraftan tüketicinin durumunu ödeme yaparken zorlaştırdığını, zira nama yazılı senetlerde borçlunun ödeme yaparken hamilin gerçekten yetkili ve meşru hamil olup olmadığını araştırmak zorunda olduğunu ifade etmişlerdir¹¹. Uygulamada tüketicinin bu yükümlülükten kurtulabilmesi için eksik nama yazılı senetler düzenlendiği ifade edilmiştir¹².

Eksik nama yazılı senette borçlu, nama yazılı senet içerisinde senet bedelini her hamile ödeme hakkını saklı tutarak, alacaklı sıfatının ispatını aramaksızın iyiniyetle yaptığı ödeme oranında borcundan kurtulur (eTK m. 568, TTK m. 656)¹³. Ancak borçlu dilerse ödeme talebinde bulunan kişiden gerçekten hak sahibi olduğunu ispat etmesini isteyebilir. Bu durumda hamil hak sahibi olduğunu ispat etmeye mecburdur. Buna göre, borçlu senedi ibraz eden kişiye iyiniyetle yapmış olduğu ödeme ile borcundan kurtulma olanağına sahip olmakla birlikte, dilerse hamilin gerçek hak sahibi olduğunun ispatından sonra da ödeme yapılabilir¹⁴.

EROĞLU UZUNALLI ise, burada öngörülen geçersizliğin ehliyet-sizlik gibi herkese karşı ileri sürülebilen mutlak nitelikte bir defî olmadığını, aksi sonucun Cenevre Anlaşması'na da aykırı olacağını, Türkiye'nin bu anlaşmaya taraf olmamasına rağmen kanun koyucunun uluslararası yeknesak hukukla uyumlu kambiyo senedi kurallarının niteliğine önem verdiğini

¹⁰ Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004, s. 180.

¹¹ Zevkliler/Aydoğdu, s. 180.

¹² Zevkliler/Aydoğdu, s. 180; Kara, İlhan: Tüketici Hukuku, Ankara 2012, s. 445.

¹³ Çeklerde eksik nama yazılı senet düzenlenmesi mümkün değildir (TTK m. 785/2). Zira, çek üzerine konulacak hamiline kaydı, çeki eksik nama yazılı çek haline getirmemekte, yani borçluya senedin her hamiline ödeme yaparak borcundan kurtulabildiği bir ifa kolaylığı sağlamamakta, çeki doğrudan hamiline yazılı çek haline getirmektedir (TTK. 785/2). Bkz. Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Çek Kanunu Yorumu İle, İstanbul 2013, N. 76.

¹⁴ Poroy/Tekinalp, N. 75.

ve yeknesak hukuk kurallarından ayrılmamak gerektiğini ifade etmiştir¹⁵. Yazar hükümde öngörülen yasağa aykırı olarak verilen emre yazılı senedi elinde bulunduran üçüncü kişinin, senedi düzgün bir ciro zinciri ile ve iyi-niyetle elinde bulundurması halinde korunması gerektiğini, hükümlerin ihlali halinde özel hukuka ilişkin yaptırımlar yanında, idare ve ceza hukuku yaptırımlarından da yararlanılabileceğini, bu yaptırımların önleyici bir işleve sahip olacağını, böylece kıymetli evrakın geçersizliği yerine, kıymetli evrak hukukundaki temel ilkelere zarar verilmeden tüketici ile sözleşme yapan satıcıların, TKHK' nin kıymetli evraka ilişkin kurallarını ihlal etmeleri halinde caydırıcı cezalara maruz kalmasının daha makul bir çözüm olacağını savunmuştur¹⁶.

ASLAN, söz konusu düzenlemenin, hem kambiyo hukukuna hem de ticari hayatın gereklerine aykırı olduğunu, kıymetli evrak hukukuna göre böyle bir geçersizliğin üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi gerektiğini, diğer yandan bu sonucun kabul edilmesinin de tüketicinin haklarının yeterince korunamaması sonucunu doğuracağını, fakat kanunun tüketicinin menfaatlerini tercih ettiği varsayılarak, geçersizliğin üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceğini belirtmiştir¹⁷. Yazar kıymetli evrak hukukuna aykırı düşmeyecek çözüm yolunun ise, bu hükme aykırı olarak, nama yazılı senet dışında başka bir senet alınması halinde tüketicinin zararlarının tazmin edilmesi zorunluluğu yanında, ciddi para cezaları ile bu davranışın caydırılmaya çalışılması olduğunu ifade etmiştir¹⁸.

KARA, kambiyo hukukunda geçerli olan imzaların istiklali prensibi karşısında, tüketicinin düzenlediği bir senedin nama yazılı olmaması halinde uygulanacak geçersizlik yaptırımının yalnızca tüketici yönünden sözkonusu edilmesi gerektiğini savunmuştur¹⁹.

ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA ise, eTKHK'nın 6/A hükmüne aykırı davranılmasının kıymetli evrak hukuku açısından kambiyo senedinin geçerliliği üzerinde hiçbir etkisinin bulunmadığını, buna göre tüm satış bedeli için kambiyo senedi düzenlenmiş olması ve/veya senedin nama yazılı olmaması halinde de kambiyo senedinin geçerli olacağını,

¹⁵ Eroğlu Uzunallı, s. 133-134.

¹⁶ Eroğlu Uzunallı, s.133-135.

¹⁷ Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2010, s. 194.

¹⁸ Aslan, s. 194.

¹⁹ Kara, s. 445.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

hükme aykırılığın yalnızca temel ilişkinin tarafları arasında kişisel bir defî oluşturup, bu defîlerle ilgili düzenlemeye tabi olacağını belirtmişlerdir²⁰.

IV. 6502 SAYILI TKHK'NIN, TÜKETİCİNİN KAMBIYO SENEDİ İLE BORÇLANMASI KONUSUNDA GETİRDİĞİ DÜZENLEME

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, kanımızca yerinde olarak tüketicilerin kıymetli evrak düzenleyerek borç altına girmeleri konusunu, eski düzenlemeden farklı olarak “Genel Esaslar” ve “Temel İlkelere” üst başlıkları altında 4. maddenin beşinci fıkrasında düzenlemiştir. Hükme göre; “*Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir*”.

Eski kanunda taksitli satımlar ile sınırlı bir düzenleme yapılmış iken, yeni Kanun'un aktardığımız hükmü, gerek lafzı, gerek sistematığı itibarıyla, tüketicinin tarafı olduğu işlemlerin tamamını düzenleme kapsamına almaktadır. Hükümün kapsamındaki bu değişikliğin olumlu ve kanunun genel anlayışına uygunluk arzettiği kanısındayız.

Taksitli tüketici işlemlerinde tüketiciye, her bir taksit için ayrı birer senet yerine, toplam borç için tek bir senet imzalatılması durumunda da, bu senedin TKHK m. 4/5'e göre nama yazılı olması gerekir²¹.

Hükümde göze çarpan en büyük değişiklik tüketici işlemleri karşılığında düzenlenecek senetlerin nama yazılı olması ve her bir taksit için ayrı ayrı düzenlenmesine ilişkin yükümlülüğün yaptırımı noktasındadır. Söz konusu yükümlülüğe aykırı olarak düzenlenen senetler yalnızca tüketicinin taahhüdünü geçersiz kılacaktır. Böylece örneğin somut olayda menfi emre kaydı içermeyen bir bononun tüketici tarafından imzalanması durumunda, yalnızca tüketicinin imzası kendisini bağlamayacak, senet üzerinde bulunan diğer imza sahiplerinin sorumlulukları, imzaların istiklali ilkesi uyarınca bu durumdan etkilenmeyecektir.

²⁰ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s. 130. Her ne kadar madde metninde tek senet verilmesine ilişkin bir açıklık yer almamaktaysa da, kanımızca tek senet verilmesi durumunda da eTKHK m. 6/A hükmünün kıyasen uygulanması ve bu senedin dahi nama yazılı olarak düzenlenmesi zorunluluğunun kabulü gerekirdi.

²¹ Ayrıca bkz. Gümüş, Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1, İstanbul, s. 43; Aydoğdu, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 204.

Bu düzenleme eski Kanun dönemindeki farklı görüş ve çelişkili uygulamalara son vereceği için kanımızca yerinde olmuştur. Zira bu geçersizlik yalnızca tüketicinin şahsında doğduğu için onun tarafından ileri sürülebilecek, diğer imza sahipleri bu hükmün sağlayacağı korumadan yararlanamayacaktır.

Tüketicinin TKHK. m. 5/4 hükmüne dayanarak öne sürebileceği, “senedin kendisi için geçerli olmadığı” yönündeki savunmanın, kıymetli evrakta defî²² türleri arasındaki yerinin belirlenmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere kıymetli evrakta defiler, iki ayrı ölçüte göre sınıflandırılmaktadır : Etkisi ve tarafları ölçüt alındığında mutlak defî/nisbi defiler şeklinde ikili bir ayırım, definin özellikleri ölçüt alındığında ise, senet metninden anlaşılan defiler/senetteki bir taahhüdün geçersizliğine ilişkin defiler/ kişisel (şahsi) defiler biçiminde üçlü bir ayırım karşımıza çıkmaktadır. Senet metninden anlaşılan defiler, ilk ölçüte göre mutlak defiler grubuna girerken, kişisel defiler, ilk ölçüte göre nisbi defî oluşturmaktadır. Senetteki bir taahhüdün geçersizliğine ilişkin defilerin ilk ölçüte göre kural olarak nisbi, istisnai bazı hallerde ise mutlak bir nitelik taşıdığı görülmektedir²³.

Tüketicinin TKHK. m. 5/4 hükmüne dayalı savunması, ikinci ölçüt uyarınca yapılan üçlü ayırmada, sadece tüketicinin yararlanabileceği bir savunma olduğu içindir ki; ikinci gruba girmekte, yani senetteki bir taahhüdün geçersizliğine ilişkin defî oluşturmaktadır.

²² TTK, eTK'da olduğu gibi itiraz ve defiler arasındaki farklılıklara rağmen, kıymetli evrak hukukunda defî kavramını, itirazlar ve teknik anlamdaki defiler de dahil olmak üzere, borçlunun tüm savunmalarını kapsar şekilde düzenlemiştir. Konuya ilişkin genel olarak bkz. **İmregün, Oğuz:** Kıymetli Evrakta Defiler, İkt. Mal., C. VII, S. 12, s. 655-663. Ayrıca bkz. **Domanıç, Hayri:** Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-IV, İstanbul 1990, s. 150; **Öztaş,** s. 215; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Arslan:** s. 59-60; **Bahtiyar** s. 27; **Yılmaz,** s. 81; **Pulaşlı, Hasan:** Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanunu'nun Yorumu İle Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara 2013, s. 61-62.

²³ Kıymetli evrakta defî çeşitlerine ve benimsediğimiz defî sınıflandırmasına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Öztaş,** s. 218 vd.; **Bahtiyar,** s. 28 vd. Bununla birlikte, kıymetli evrak hukukunda, defilerin sınıflandırılması konusunda öğretilerde bir fikir birliği bulunmamakta, hemen hemen her yazar defileri farklı şekillerde incelemektedir. Ancak yazarların yapmış oldukları farklı sınıflandırmalara rağmen varmış oldukları sonuçlarda genelde birleştikleri görülmektedir. Konuya ilişkin ayrıca bkz. **Yılmaz, Lerzan:** Kambiyo Senetlerinde Defîler (Einreden im Wertpapierrecht), İstanbul 2007, s. 101 vd.; **Helvacı, Mehmet:** Kambiyo Senetlerinde Defiler, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1985 s. 16 vd.; **Pulaşlı,** s. 62 vd. *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

Senetteki bir taahhüdün geçersizliğine ilişkin defiler ilk ölçüte göre kural olarak nisbi etkili ise de, kanaatimizce tüketicinin TKHK. m. 5/4'e dayalı savunması, bu anlamda istisna oluşturmakta ve tüketici tarafından, senet ile kendisine başvuran her hamile karşı öne sürülebilir nitelik arz etmekte olup, ilk ölçüte göre mutlak bir defi söz konusudur. Çünkü, yeni Kanunda açıkça "tüketici yönünden geçersizdir" ifadesine yer verilmesi, hem bu savunmadan sadece tüketicinin yararlanabileceğini, hem de tüketici tarafından senedin her hamiline karşı öne sürülebileceğini ortaya koymaktadır²⁴.

Bu düzenleme ile hem, imzaların bağımsızlığı, hukuki görünüşe güven, senetlerin tedavül gücü gibi kambiyo hukukuna ilişkin temel ilkelerin, hem de tüketici menfaatlerinin eşit diyebileceğimiz bir düzeyde korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır²⁵. Nitekim, hükmün " *Beşinci fıkrada yapılan düzenlemeyle, sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebileceği belirtilmiş, tüketici dışındaki kişiler yönüyle kambiyo senedi geçerli sayılmış, dolaşıma giren kambiyo senedi yönüyle işlem güvenliği sağlanmış, aynı zamanda da tüketicinin mağdur olmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır*" şeklinde kaleme alınan gerekçesi de yaptığımız bu saptamayı teyid etmektedir.

Öğretide YEŞİLTEPE ise, senedin tüketici yönünden geçersizliğinin, tüketici tarafından sadece temel ilişkinin alacaklısına karşı ileri sürülebilecek kişisel bir defi olarak yorumlanmasının doğru olmadığını, ancak lafzi bir yorum yapılarak, kanunun tüketiciye senedin geçersizliğine ilişkin mutlak bir defi hakkı tanıdığı sonucuna varılmasının da kanun koyucunun amacını aşan ve tüketiciyi gereğinden fazla koruyan bir yaklaşım olduğunu düşünmektedir. Yazara göre, tüketici, yalnızca senedin tüketici işlemi nedeniyle verildiğini ispatlayarak ödeme yapmaktan kaçınamayacak, ayrıca temel borç ilişkisinden kaynaklanan bir defi hakkının varlığını da ispatlamak zorunda kalacaktır²⁶.

Yazarın görüşüne şu gerekçelerle katılma olanağı bulamamaktayız :

²⁴ **Bahtiyar**, s. 30. Öğretide Gümüş de hükmü yorumlarken defi sınıflandırması yapmadan, hükmün sadece tüketicinin taahhüdü bakımından bir butlan yaptırımı öngördüğünü ve diğer imza sahiplerinin imzalarının bu durumdan etkilenmeyeceğini ifade etmiştir. **Gümüş**, s. 43.

²⁵ Aynı yönde bkz. **Aslan, İ. Yılmaz**: Tüketici Hukuku, Bursa 2014, s. 307-308.

²⁶ **Yeşiltepe, Salih Önder**: 6502 Sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi, MÜHF-HAD, C. 20, S. 2, s. 40-44.

- Öncelikle, kanun metninde geçen “tüketici yönünden geçersizdir” ifadesi temel ilişkiye bağlı defî hakkının tüketici tarafından ispatı gereğine işaret eden hiçbir açıklığa yer vermemektedir.

- İkincisi, hükmün gerekçesinde de, yazarın savunduğu sonuca varmayı gerektirecek herhangi bir ibareye rastlanmamaktadır.

- Kaldı ki; senedin tüketici işlemi nedeniyle verildiğini ispat yanında, ayrıca temel ilişkiden doğan bir definin varlığını da ispat etmesinin tüketiciden istenmesi, 6502 sayılı TKHK’nın genel yaklaşımına aykırı bir şekilde tüketicinin durumunu en azından ispat külfeti bakımından ağırlaştırıcı bir sonuç olacaktır.

TKHK m. 4/5’in kapsamına, tüketicinin düzenleyen değil de başvuru borçlusunu olarak yer aldığı senetlerin girip girmediği de tartışılabilir. Hükmün, *Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir*” biçimindeki ifadesi, tüketicinin yalnızca “düzenleyen” sıfatıyla imzaladığı senetleri kapsar gözükmektedir. Öğretide GÜMÜŞ ise, hükmün lafzına rağmen, tüketicinin korunması ilkesi gereği tüketicinin başvuru borçlusunu olarak yer aldığı kıymetli evrakta da aynı kuralın geçerli olacağını ifade etmektedir²⁷.

Kanımızca, tüketicinin ciranta sıfatıyla imzaladığı emre yazılı bir bonoyu satıcıya veya sağlayıcıya vermesi durumunda TKHK m. 4/5’in uygulanması kanunun lafzı karşısında uygulamada sorun yaratabilir. Bu nedenle kanunda konuya ilişkin açık düzenleme yapılması yolu tercih edilebilir, tüketicinin daha fazla korunması amacıyla hükmün tüketicinin başvuru borçlusunu olarak yer aldığı senetleri de kapsamı gerektiği öngörülebilirdi.

²⁷ Yazar, “Hüküm tüketicinin keşideci sıfatını kaleme alarak kaleme alınmış olsa da, hükmün temel tüketiciyi koruyucu ratiosu gereği tüketicinin başvuru borçlusunu olarak yer aldığı kıymetli evrakı da kapsar” diyerek tüketicinin lehtarı olduğu bir emre yazılı bonoyu satıcı ya da sağlayıcıya ciro ettiği bir durumda da, tüketicinin taahhüdünün batıl olacağı sonucuna varmaktadır. **Gümüş**, Şerh, s. 43. Yazarın bonoda düzenleyen yerine keşideci ifadesini kullanması kanımızca doğru olmamıştır. “Keşideci”, bünyesinde üçlü bir ilişkiyi barındıran poliçe ve çek için eTK’da kullanılan bir kavram idi. İkili bir ilişkiye dayanan bono için ise tanzim eden (düzenleyen) kavramı kullanılmakta idi. TTK’da ise, senet ilişkisindeki taraf sayısına bakılmaksızın, tüm kambiyo senetlerinde ortak bir kavram olarak düzenleyen denilmiş, keşideci kavramına ise hiç yer verilmemiştir. *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

Ayrıca eklemeliyiz ki; TKHK'nın 77. maddesinde; TKHK'nın 4. maddesinde belirtilen yükümlülükler aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, TKHK m. 4/5'e aykırı düzenlenen her bir senet için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanması söz konusu olacaktır.

V. 4077 VE 6502 SAYILI KANUN HÜKÜMLERİNİN KISACA KARŞILAŞTIRILMASI

Yukarıda aktarılan bilgiler bilgiler ışığında, eski ve yeni düzenlemelerin, temelde kapsam, cezai yaptırım ve hukuki yaptırım açılarından birbirinden ayrıldıkları söylenebilir:

Kapsam Bakımından

Eski Kanun'un kıymetli evraka ilişkin düzenlemesi taksitli satışlara (kampanyalı ve kapıdan dahil) uygulanırken, yeni Kanun'un ilgili düzenlemesi, tüm tüketici işlemlerini kapsamına almaktadır.

İdari Yaptırım Bakımından

Eski Kanun'da yasağa aykırı davranılması durumunda 100 TL idari para cezası öngörülmüşken (eTKHK. m. 25/2); yeni Kanun'da 200 TL idari para cezası öngörülmüştür (TKHK. m. 77/1).

Hukuki Yaptırım Bakımından

Eski düzenleme “geçersizdir” ifadesine yer verir ve senedin tümünden (herkes açısından) geçersiz sayılacağı gibi hatalı bir izlenime yol açarken, yeni düzenlemede isabetli olarak, “tüketici yönünden geçersizdir” ifadesine yer verilmiştir.

6502 SAYILI TKHK'DAKİ M. 4/6 HÜKMÜ VE AVALE ETKİSİ

TKHK m. 4/6'da ise yeni bir düzenleme getirilerek tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık alınan şahsi teminatların her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağı hükme bağlanmıştır²⁸. ETKHK'da da benzer yönde düzenlemeler bulunmaktaydı:

- ETKHK m. 10/4'e göre, “*Kredi verenin, tüketici kredisini belirli bir marka mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı*

²⁸ Hükmün devamında ise, tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatların, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılacağı hükme bağlanmıştır.

ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda satılan malın veya hizmetin hiç ya da zamanında teslim veya ifa edilmemesi halinde kredi veren tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumluluğu olur”.

- ETKHK m. 10/B/8 uyarınca, “Kullanılan finansmanın teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, konut finansmanı kuruluşu asıl borçluya ve diğer teminatlara başvurmadan, kefilden borcun ifasını isteyemez”.

Yine benzer bir düzenleme, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, m. 24/5’de de yer almaktadır. Hükme göre; “Kart hamilinin borcu kefile bildirilmedikçe, kefil için temerrüt durumunun oluşmayacağı sözleşmede gösterilir. Sözleşme hükümlerinde kefilin sorumluluğunu artırıcı nitelikteki değişikliklere ve kartın kullanım limitinin yükseltilmesine ilişkin olarak ilave şartlara dair sorumluluğunun başlaması için kefilin yazılı onayının alınması şarttır. Kredi kartı kullanımlarındaki kefalet, Borçlar Kanunu’nda belirtilen adi kefalet hükümlerine tabidir. Asıl borçluya başvurulup borcun tahsili için tüm yollar denenmeden kefilden borcun ifası istenemez”.

TKHK m. 4/6 ile, tüketicinin borcu için verilen teminatlar, kanunen öngörülen tahvil kurumu ile kendiliğinden adi kefalet sözleşmesine dönüşmüş olmaktadır²⁹.

TKHK m. 4/6’nın gerekçesi, “Buna göre tüketici işlemlerinde, tüketicinin verdiği şahsi teminatlara Türk Borçlar Kanununda yer alan adi kefalet hükümleri uygulanacaktır. Bu düzenlemenin amacı tüketici işlemlerinde kefil olan kişileri korumaktır. Bu doğrultuda tüketici işlemlerinde ancak adi kefaletin kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir. Tarafların müteselsil kefalet kararlaştırmış olmaları halinde bile bu kefalet sözleşmesi adi kefalet hükmünde olacaktır” şeklindedir.

Gereğince de ifade edildiği üzere, hüküm ile tüketici işlemlerine kefil olan kişilerin korunması amaçlanmıştır. Şu halde, tüketici işlemlerinde ancak adi kefalet kararlaştırılabilecek, taraflar müteselsil kefalet kararlaştırmış olsalar bile bu kefalet adi kefalet hükmünde olacak ve tüketici işlemlerine tüketicinin lehine verilen şahsi teminatlara TBK’nın adi kefaletle ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

²⁹ Bu yönde **Gümüş**, s. 46. Söz konusu hükmün emredici nitelikte olduğu ve hükmün aksinin kararlaştırılmayacağı yönünde ayrıca bkz. **Aydoğdu**, s. 208. *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

Bu düzenleme karşısında, uygulamada ve akademik çalışmalarda anlatım kolaylığı olması için “bir tür özel kefalet veya senet kefaleti” diye nitelenen, avalin de bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusu akla gelebilir. Hükmün lafzı, aval de kapsar gözükmekle birlikte, işlem güvenliği ve tedavül kabiliyeti gerekçesi, bizi aksi sonuca götürmektedir.

Aslında TBK m. 603 hükmünün lafzı da benzer bir tartışmaya neden olabilecek niteliktedir. TBK 603'e göre; kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler³⁰, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.

Hükmün “başka ad altında yapılan sözleşmeler” ifadesi dolayısıyla geniş yorumlanabileceği ve aval de kapsayacağı akla gelebilirse de, kıymetli evrakın tedavül kabiliyeti ve işlem güvenliği ilkeleri nedeniyle TBK. hükmünün avale uygulanmaması gerektiği inancındayız³¹. Çünkü aval kurumu ticari hayattaki tedavül güvenliğini ve hızını sağlamak amacıyla getirildiği için, TTK'nın avale ilişkin hükümlerinde, öncelikle hamilin ve dolaylı olarak da kamunun menfaatleri korunmaktadır. Oysa kefaletle ilişkin TBK hükümlerinde kefilin menfaati ön plandadır³². Bu iki menfaatin çatışması halinde hangisine üstünlük tanımak gerektiği de ortadadır.

Avalin bir tür şahsi teminat olması ve TKHK m. 4/6'da, açıkça şahsi teminatlardan söz edilmesi, uygulamada sorunlara neden olabilecektir. Çünkü, avalin bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi kıymetli evrak hukuku ilkeleri ile bağdaşmayacak ve hukuk güvenliğini sarsacaktır. Kanımızca olası tartışmaların önüne geçmek ve işlem güvenliğini korumak

³⁰ Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmasına ilişkin olarak 28.03.2013 tarihinde BK m. 584'e eklenen fıkra ile “ *Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz*” düzenlemesi getirilmiştir.

³¹ **Bahtiyar**, s. 80-81.

³² **Demirkapı, Ertan**: *Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini*, İzmir 2005, s. 132-133.

adına TKHK'nın 4/6 hükmüne avale ilişkin TTK hükümlerinin saklı tutulduğuna ilişkin açık bir düzenleme getirilmesi uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

Arkan, Sabih: Tüketici Kredileri, BATİDER., C. XVIII, S. 1-2, Y. 1995, s. 35-42.

Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2010.

Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, Bursa 2014.

Aydoğdu, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.

Bahtiyar, Mehmet: Kıymetli Evrak Hukuku, Ders Notları-Soru Örnekleri, İstanbul 2014.

Battal, Ahmet: Kıymetli Evrakla Borç Altına Giren Tüketicinin Korunması, BATİDER., C. XIX, S. 3, Y. 1998, s. 95-112.

Demirkapı, Ertan: Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir 2005.

Domaniç, Hayri: Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-IV, İstanbul 1990.

Eroğlu Uzunallı, Sevilay: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri, DEÜHFD, C. 6, S. 1, 2004, s.113-176.

Gümüş, Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1, İstanbul 2013.

Helvacı, Mehmet: Kambiyo Senetlerinde Defiler, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1985.

İmregün, Oğuz: Kıymetli Evrakta Defiler, İkt. Mal., C. VII, S. 12, s. 655-663.

Kara, İlhan: Tüketici Hukuku, Ankara 2012.

Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Çek Kanunu Yorumu İle, İstanbul 2013.

Pulaşlı, Hasan: Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanunu'nun Yorumu İle Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara 2013.

Şafak, Ali: Tüketici İşlemi Sonrasında Düzenlenen Emre Yazılı Senedi Ciro Yolu İle Devralan Haklı Hamile Karşı Senedin Geçersizliği İddiasının İleri Sürülüp Sürülemeyeceği, İBD., C. 89, S. 2, Y. 2015, s. 179-195.

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na, Yeni Çek Kanunu'na ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre, İstanbul 2014.

Yeşiltepe, Salih Önder: 6502 Sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi, MÜHF-HAD, C. 20, S. 2, s.23-44.

Yılmaz, Lerzan: Kambiyo Senetlerinde Def'iler (Einreden im Wertpapierrecht), İstanbul 2007.

Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004.

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DAKİ İDARÎ CEZALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

(AN EVALUATION OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS UNDER THE LAW ON THE
PROTECTION OF CONSUMER (N.6502))

Öğr. Gör. / Adj. Prof. Kemal BERKARDA*

ÖZET

Bu makale, beş bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölümde; “İdare Hukuku - Kapitalizm” etkileşimi içinde “Kamu Hukuku”nun esasen bir “Özel Hukuk” alanı olan “Türk Tüketici Hukuku”na “Özel İdari Kolluk” (=“Regülasyon”) kimliği ile girişi açıklanmaktadır. İkinci Bölümde; 1982 Anayasası'nın 13üncü maddesinin ışığı altında 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki (=“Kanun”) “idari-kamusal” düzenlemelerin Anayasal “kaynaklar”ı ve “meşrulu(ğ)”u gösterilmektedir. Üçüncü Bölümde; Türk İdare Hukukunda idari işlem yapma yetkisinin “aidiyet”i ve Kanun'daki “Reklam Kurulu”nun “kamu görevlisi olmayan” bazı üyelerine de tanınan “idari işlem yapma yetkisi” irdelenmektedir. Dördüncü Bölüm'de; Kanun'daki “idari yaptırımlar”da “takdir yetkisi”nin kullanımı ve idari yargı denetiminde “yerindelik” sorunu ele alınmıştır. Beşinci Bölümde; Kanun kapsamındaki idarî cezalardan kaynaklanan ve “idari yargı”nın görev alanına giren davalara ilişkin bazı tespitlere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici hukuku, regülasyon, idari kolluk, idari cezalar, takdir yetkisi, yerindelik, idari yargı denetimi.

ABSTRACT

The article is composed of five sections. Section One explains the entrance of “Public Law” into “Turkish Consumer Law” based on its “Spe-

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: mkberkarda@gmail.com

cialized Administrative Police-Power” (=“Regulation”) identity in connection with the “Administrative Law–Capitalism” interaction. Section Two points at the “sources” -and as well as the “legitimacy”- of “administrative–public” regulations, as designed in the Consumer Protection Act (n.6502) (=“the Act”) under the light of 1982 Constitution’s 13th article. Section Three explicates “the state of belonging” of administrative decision-making power in Turkish Administrative Law and evaluates some “non-public servant” members’ status on the “Advertisement Board”, as individuals authorized to exercise such power. Section Four deals with the exercise of “discretionary power” when issuing “administrative sanctions”, and the issue of “expediency” in administrative judicial review. Section Five contains some remarks on cases stemming from administrative sanctions issued according to the Act and falling under the jurisdiction of the “administrative judiciary”.

Keywords: *Consumer law, regulation, administrative police-power, administrative sanctions, discretionary power, expediency, administrative judicial Review.*

GİRİŞ

Tebliğimin başlığı her ne kadar **6502** sayılı “**Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**”¹un (=“TK”) “**Ceza hükümleri**” kenarbaşlıklı **77**nci ve “**Cezalarda yetki ve itiraz**” kenarbaşlıklı **78**inci maddeleri ile sınırlı bir hukuksal çerçeveye işaret ediyorsa da; konuyu andığım maddelerden “**başlayarak**” değil, onlara “**vararak**” ele almayı tercih ediyorum. Bu düşünceyle tebliğimi beş başlıkta ve şu alt-konular üzerinde kurguladım:

(I) “**İdare Hukuku - Kapitalizm**” etkileşimi içinde “**Kamu Hukuku**”nun “**Özel Hukuk**” alanına “**giriş**”i yani “**İdari Kolluk**”² ve onun alt-başlığı “**Özel İdari Kolluk**”³ bağlamında “**Türk Tüketici Hukuku**”;

¹ Resmi Gazete (= “RG”), 07.11.2013, S. 28835.

² “İdarenin kolluk alanındaki etkinliklerinin yürütülüş biçimine bakanlar, (onu) bir yandan çeşitli isimler altında ‘izin’ verme, öte yandan da bireyler ve topluluklarının *nasıl davranmaları gerektiğine* ilişkin krallar koyma, konulmuş bulunanları uygulama ve aykırı
YUHFD Vol. XII No. 2 (2015)

(II) 1982 Anayasası (=“1982 AY”)’nın 13üncü maddesinin ışığı altında, TK’daki “**idari-kamusal**” düzenlemelerin Anayasal “**kaynaklar**”ı ve “**meşrulu(ğ)**”u;

(III) İdare Hukukumuzda idari işlem yapma yetkisinin “**aidiyet**”i ve TK’da “**Reklam Kurulu**”nun “**kamu görevlisi olmayan**” bazı üyelerine de tanınan “**idari işlem yapma yetkisi**”nin irdelenmesi;

(IV) TK’daki “**idari yaptırımlar**”da “**takdir yetkisi**”nin kullanımı ve idari yargı denetiminde “**yerindelik**” sorunu;

(V) TK kapsamındaki “**idari davalar**”ın “**idari yargılama usulü**” açısından değerlendirilmesi.

I. ÇAĞDAŞ KAPİTALİZMDE İDARE HUKUKUNUN ROLÜ VE ÖZEL HUKUKA “KATKI”SI:

Genel olarak “**tüketici**” kavramının 19uncu Yüzyıl sonlarında olgunlaşmaya başladığı kabul edilmekte ise de, bağımsız bir hukuk dalı kimliği ile “**Tüketici Hukuku**”nun doğumu için 1960’ların beklenmesi gerekmiştir.⁴ Hem tüketici kavramının, hem Tüketici Hukukunun öncelikle Amerika

davranışlar görüldüğünde de yaptırımlar tertipleme şeklinde görü(r)ler (...) İdarenin kolluk alanındaki hizmetleri koruyucu olduğuna göre bunun neye yönelik olduğunu belirlemede yarar vardır. Bu tür etkinlikler yoluyla korunmak istenen ‘**kamu düzeni**’nin kendisidir. Yalnız kamu düzeninin korunması önce bozulmasını önlemek ve engellemek, bu yeterli olmayıp yine de bozulursa geri getirmek suretiyle mümkündür. *Kolluk, İdarenin hak ve özgürlüklere en fazla karışabildiği bir alan(dır).*” (altını ben çizdim) (= “**abc**”) ÖZAY, İlhan : GÜNEŞİNDE YÖNETİM, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.722-723.

³ “**Özel İdari Kolluk** terimi genellikle iki anlamda kullanılmakta ve bu kamusal etkinliklerin hemen hemen her alanına yayılmış bir biçimde olduğundan da çoğulla anlatmak gerek(mektedir). *Birinci anlamı ile ‘özel idari kolluk’, genelin amaçlarından bir ya da birkaçına yönelik olmakla birlikte farklı bir hukuksal düzene bağlı tutulmuştur.* Örneğin, ‘**mailli inhidam**’ denilen yıkılmaya yüz tutmuş tehlikeli, rahatsız ve sağlık koşullarına uymayan yapılar hakkındaki ‘**imar kolluğu**’ bir yandan ‘**güvenlik**’ öte yandan da ‘**sağlık**’ ve ‘**dirlik-esenlik**’ gibi genel kolluğun temel amaçları ile doğrudan ilgili bulunsa bile, İmar Kanunu ile özel bir düzenlemeye bağlanmış(tır). (...) Bununla beraber asıl ‘**özel idari kolluk**’lar kavramın ikinci anlamına uygun olarak karşımıza çıkanlardır. *Buna göre amaç genel idari kolluğun yöneldiği güvenlik, sağlık, dirlik-esenlik dışında ve tamamen farklı bir alan ve konuda korunmak ve sağlanmak istenen bir düzendir.* Örneğin (...) (b)izde (...) *tarım, orman, hayvan sağlığı, sanayi tesisleri, gümrük, sınır ve kıyılar ile buralarda sağlık, turizm, tekel, banka ve sigorta, av, yabancılar, at yarışları ve talih oyunları* alanında özel idari ‘**hizmet kollukları**’ndan söz etmek mümkündür.” (abc) ÖZAY, ibid., s.734-735.

⁴ KARA, İlhan : TÜKETİCİ HUKUKU, Engin Yayınevi, Ankara, 2012, s.31. YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

Birleşik Devletleri'nde (=“ABD”) kamu hayatının gündemine girmiş olması rastlantı değildir. Dönemin ABD Başkanı John F. **KENNEDY**'nin (1961-1963) 15 Mart 1962 tarihinde konuyu Amerikan Kongresi'nin huzurunda gündeme getirip kamusal tartışmayı başlatmış olmasının milat sayıldığı anlaşılmaktadır.⁵ Kanımca, Kennedy'nin tüketici hakları konusuna eğilmiş olmasının, kendisi gibi Demokrat Parti'den 1932'de başkan seçilen Franklin D. **ROOSEVELT**'in (1933-1945) başlattığı, benim de kişisel terim tercihim sonucu “**Amerikan kapitalizminin İdare Hukuku ile terbiyesi**”⁶ diye adlandırdığım “**yaklaşım**” çerçevesinde yorumlanmasında yarar vardır. **ROOSEVELT**'in “**1929 Büyük Bunalımı**”na (=“**Great Depression**”) koyduğu teşhis; “**Büyük (Amerikan) Sermaye(sinin)**” (=“**Big Business**”) herhangi bir kamusal kısıtlama ile karşılaşmadan “**Özel Hukuk**” kapsamında ve “**sözleşme**” rejimi içinde piyasa etkinliklerini sürdürmesine izin verilmiş olmasının krize yol açtığıdır. Öyleyse, Özel Hukukun yanı sıra “**İdare Hukuku**” (=“**Kamu Hukuku**”) da devreye sokularak; “**normlar hiyerarşisi**”nin çeşitli kademelerindeki “**idari işlemler**” yoluyla, herhangi bir piyasaya girişin “**ruhsat**”a bağlanmasından, yasal düzenlemelere aykırı fiillerin “**yaptırımlar**” ile cezalandırılmasına kadar bir dizi “**kamusal kayıt ve kısıtlama**” altında yeni bir “**iktisadi hukuk düzeni**” kurulmalıdır.

Bir başka anlatımla, Borçlar Hukukunun kendi “**mantıksal kurgu**”su gereği “**Büyük Sermaye**”ye, ister istemez, “**Özel Hukuk sözleşmesi**” ilişkisi içinde olduğu “**Tüketici**” ile hemen hemen “**denk(miş)**” gibi “**muamele**” etme zorunluluğunun bulunması ve Kapitalizmin 20nci Yüzyıl'da ulaştığı “**gelişmişlik düzeyi**”nde artık bu “**mevcut düzen**”in “**kamusal ölçekli**” sorunlarla başa çıkamaması yüzünden; bu defa “**Büyük Sermaye**”ye, “**egemenlik**”ten türetilmiş “**kamu gücü**”nü kullanabilen yani “**tek taraflı idari işlem**” yapma kudreti ile donatılmış “**İdare**”nin “**müdahale**” etmesini öngören bir “**yeni düzen**”e “**evrilme**” zamanı gel-

⁵ ibid.

⁶ Bu çalışmada ABD Hukuku üzerine yapılan açıklama ve yorumların tamamı için bkz. **BERKARDA, Kemal**: “**Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?**”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (=İHİD), Pertev Bilgen’e Armağan Özel Sayısı, C.13, S.1, İstanbul, 2000, s.87-107. Ayrıca, Amerikan Hukuku üzerine yazılmış gayet ayrıntılı bir kaynak olarak bkz. **ŞAHİN, Cenk**: **AMERİKAN FEDERAL İDARE HUKUKUNDA “REGÜLASYON” (VE TÜRK İDARE HUKUKUNA YANSIMALARI)**, (doktora tezi), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

miştir. Hiç kuşkusuz, bu “yeni düzen” hâlâ ve yine de “**Özel Hukuk kaidesi**” üzerinde oturmaya devam edecektir. Sermaye-Tüketici ilişkisi elbette bir “sözleşme” yani “**Özel Hukuk-Borçlar Hukuku**” ilişkisi olma niteliğini koruyacaktır. Yalnızca, “**İdare Hukuku**” da Özel Hukuk-Borçlar Hukukuna “omuz” verecektir.

Hemen vurgulamam gerekir ki Roosevelt’in başlattığı ve 20nci Yüzyıl’ın sonuna gelindiğinde gezegenin dört bir yanında “kopyalanmış” olan “**idari**” nitelikli “**düzenleme**” (=“**regulation**”) ve “**denetleme**” (=“**monitoring**”) yaklaşımının mutlak surette “**bağımsız kurullar**”ca⁷ (=“**independent commissions**”) yürütülmesinin gerektiği “**zan**”nı “**teorik**” açıdan da “**pratik**” açıdan da “**yanlış**”tır. Ne yazık ki ülkemizde, kabaca yirmi yıldır, “**regulation tarzı düzenlemeler**” için mutlaka “**bağımsız kurullar**” kurulması gerektiği söylenegelmektedir. Oysa, örneğin merkezi idare içindeki bir bakanlığın veya taşradaki valinin de, esasen –bizim terminolojimizde- “**Özel İdari Kolluk**”tan başka bir şey olmayan Tüketici Hukuku alanındaki “**regulation yetkisi**”ni kullanmasına hiçbir Anayasal-yasal-teorik engel yoktur. Tüketici Hukuku alanının dışına çıkıp, “**Türk Bağımsız Kurulları**” bağlamında çok basit ama aydınlatıcı bir örnek vermem gerekirse; “**Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu**” diye bir idari yapı mevcut değilken, günümüzde adı geçen örgütün kullandığı yetkileri “**Devlet tüzel kişisi**” içindeki –eski adı ile- “**Sanayi ve Ticaret Bakanlığı**” kullanıyordu. Şimdi BDDK’nın kullandığı yetkiler eğer “**regulation**” ise, *dünkü Bakanlık yetkilerinin İdare Hukukundaki “ad”ı neydi?* Yabancı dili bir kenara bıraktığımızda; ister “**dün**”ün ister “**şimdi**”ninkiler olsun, sözü edilen yetkilerin “**klâsik**” İdare Hukukumuzun “**Özel İdari Kolluk**” başlığı altında yer aldığı apaçıktır.⁸

⁷ Aslında, yeryüzünün ilk “**düzenleyici İdaresi**” olarak 1887’de kurulan ve “**demiryolu taşıma ücretleri**”ni düzenleme yani “**demiryolu tarife kolluğu**” yapma yetkisi ile donatılan “**Interstate Commerce Commission**”, türünün “**ilk örneği**” olması bakımından ROOSEVELT’in de esin kaynağıdır. Öte yandan, ROOSEVELT, bunların 1933’ten başlayarak iktisadi hayatın bütün alanlarına (=sermaye piyasası, bankacılık, işçi-işveren ilişkileri, kara-hava-denizyolları taşımacılığı v.d.) yayılmalarını sağlamıştır. Bu sayede, şirketler artık tüketici ile hukuksal ilişkiye girerken, eskiden olduğu gibi yalnızca Borçlar Hukukuna göre şekillendirilmiş değil, İdare Hukuku düzenleme ve yaptırımlarına da “**bağlanmış**” sözleşmeler yapmak zorunluluğu ile karşı karşıya bırakılmışlardır.

⁸ Doğrudan tebliğ konumuyla ilgisi olmadığı için, “**Amerikan Hukukundaki ‘regulation’ kavramının Türk İdare Hukukundaki karşılığı nedir?**” tartışmasını uzatmak istemiyor; YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

6502 sayılı TK'yi öneren Yürütme ile çıkaran Yasama organlarına şu noktada “**müteşekkiri**” olmamız gerektiğini içtenlikle düşünüyorum: Eğer TK, “**selef**”i olan 4077 sayılı Kanun'un sistemini terk edip bir “**TÜHA-DEK**” (=“**Tüketici Hakları Düzenleme ve Denetleme Kurumu**”) kurseydi –ki hiçbir Anayasal engel yoktur-; o takdirde, 6502 sayılı metinde halen “**Bakanlık**”, “**valilikler** ve “**Reklam Kurulu**”na bırakılmış yetkileri böylesi bir “**Kurum**” ve onun karar organı konumundaki “**Kurul**”un kullanılması, öğretide –gene- “**hararetili Anayasal meşruluk**” tartışmalarına yani müthiş bir zaman kaybına yol açacaktı. Umarım ki bu yazdıklarım ileride bu tür bir idari örgütlenmeye gitmek bakımından Yasama organını “**heveslendirmez**”, Yürütme organına da böyle bir kanun tasarısı ile Yasama huzuruna çıkma “**ilham**”ını vermez.

II. “İDARİ KOLLU(Ğ)”UN ANAYASAL TEMELİ OLMASI YÖNÜNDE 1982 ANAYASASI'NIN 13ÜNCÜ MADDESİ VE 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN 77NCİ MADDESİ:

Esasen, 1982 AY'nın 13üncü maddesi “**temel hak ve özgürlükler**”in kullanılma koşulları bakımından yalnızca “**Anayasa Hukuku**” ve “**İdare Hukuku**”nun değil, hukuk düzenimizin tamamının “**temel**”idir.⁹ Doğrudan ve salt İdare Hukukunu “**ilgilendiriyor**”muş gibi görünen 13üncü madde ile örneğin, bir “**İl İdaresi Kanunu**”nun valilere tanıdığı düzenle-

yukarıda 2nci, 3üncü ve 6ncı dipnotları (=“**dn**”) ve ilişkili metinleri hatırlatmakla yetiniyorum.

⁹ 1982 AY'nda “**II. Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi**” kenarbaşlıklı 167nci madde olmasaydı, gerek “**bağımsız kurullar**”ın gerek “**regulation**”un “**anayasal dayana(ğ)**”ının kuşkulu veya tartışmalı hale geleceğini düşünen; hatta, 167nci maddeye rağmen “**bağımsız kurullar**”ın Türk İdare Teşkilatı şemasındaki yerlerinin de tartışmaya açık olduğunu ileri süren hayli kalabalık ve etkili bir hukukçu grubu mevcuttur. Kanımca, ne “**bağımsız kurullar**” ne de “**regulation**” varlığını 167nci maddeye borçludur. Cumhuriyet tarihi kadar uzun süredir “**kamu tüzel kişileri**”ni *nasıl* ve *niçin* kuracağını bilen ve halen 1982 AY'nın 123üncü maddesinde de bunu “**tespit etmiş**” (=“**sabitlemiş**”) olan Türk İdare Hukukunda; yukarıda da vurguladığım üzere, “**Özel İdari Kolluk**”tan başka bir şey olmayan ve klâsik İdari Kolluk mantığında yer aldığı biçimiyle “**özel hukuk etkinliklerine İdare Hukuku müdahalesi**”nde bulunmaya olanak tanıyan “**regulation**” için de 13üncü madde zorunlu ama yeterli dayanaktır. Aksi takdirde, 1982 AY'nda -“**regulation**” bir tarafa- öncelikle “**İdari Kollu(ğ)**”un anayasal dayanağı veya dayanaklarının ne veya neler olduğu sorusuna da mantıklı-makul-“**doğru**” bir teknik hukuk cevabı vermek imkanı ortadan kalkar.

yici ve sınırlayıcı idari işlem yapma yetkileri nasıl “sıkı-sıkıya” bağlıysa; örneğin, “**mülkiyet hakkı**” ve “**sözleşme özgürlüğü**”nü düzenleyen –ve yerine göre- sınırlayan bir “**Borçlar Kanunu**” da aynı ölçüde 13üncü maddeden “**meşruluk**” almak zorundadır. İl İdaresi Kanunu’nun “**İdare**”ye, Borçlar Kanunu’nun ise “**âkitler**”e yönelik olarak kaleme alınmış olması bir önceki cümledeki “**meşruluk**” ölçütünü değiştirmez.¹⁰

Ülkemizde, Tüketici Hukukunda da çeşitli “**kamusal**” nitelikli ve aynı zamanda Türk İdaresi’ne gerek “**yönetmelik**” ve “**yönetmelik benzeri**” düzenleyici işlemler, gerek “**idari yaptırım**” konulu “**birel-koşul işlemler**” yapma yetkisi veren yasal düzenlemeler mevcuttur.¹¹ Sermaye-Tüketici arasında yapılan “**sözleşmeler**”in bazı boyutlarını yönetmelik ve benzeri “**soyut**” işlemler üzerinden “**düzenleyip**” (=“**müdahale**”), daha sonra da bunları “**somut**” hukuksal durumlara birel-koşul işlemler yoluyla uygulamak, tartışmayı doğrudan 1982 AY’nın 13üncü maddesinin kapsamına sokmaktadır:

“II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

Madde 13 – (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”¹²

¹⁰ Her ne kadar “**malumu ilam**” etmek anlamına gelecekse de, örneğin AYM’nin yıllık “**kira artış oranı**”na – üstelik hiçbir “**idari makam**”ın katılımı olmaksızın ve *doğrudan* “**Yasama**” eliyle- “**sınırlama**” getiren yani “**sözleşme özgürlüğü**”nü sınırlayan Kanunu, “**görülmede olan dava**” yoluyla önüne getiren yerel hukuk mahkemesinin dilekçesinde yer de verilmemişken, 13üncü maddeye göre “**denetleme ısrarı**” sanıyorum, “**kendi meramını kendi anlatır**” niteliktedir. (Anayasa Mahkemesi (=“AYM”), E.2001/303, K.2001/333, K.T.19.07.2001 - R.G., 15.09.2001, S. 24524.).

¹¹ Bkz. aşağıda 14 ila 18inci dn ve ilişkili metin.

¹² 1982 AY’nın 2001 değişikliğinden önceki metni ile 2001 metni karşılaştırıldığında, Türk Hukuku için kanımca “**iftihar**” edilmesini gerektiren çok önemli “**iyileştirmeler**” yapıldığı görülmektedir: Öncelikle, 1961 metninde yer alan “**öze dokunma yasağı**”nın dönüşü Hukuk Devleti adına büyük bir kazanım olmuştur. Yine, değişiklikten önceki metinde “**kanunla sınırlama**” diye anlatılan ilke, “**ancak kanunla sınırlama**” vurgusuna kavuşmuştur ki bu gelişmeye de ancak şükredilebilir. Metnin 2001 değişikliğinden önceki halinde temel hak ve özgürlükler hem 13üncü maddedeki “**genel sınırlama sebepleri**”, hem de kendilerini düzenleyen maddelerdeki “**özel sınırlama sebepleri**” ile tam bir “**kanpan**”a sıkıştırılmışken, 2001 metni ile “**genel sınırlama sebepleri**” ortadan kaldırılmıştır. *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

Yukarıdaki metne İdare Hukuku bakışı ile yöneltilebilecek en önemli eleştiri, belki de maddenin kenarbaşlığında “**düzenleme**” kavramına yer verilmemiş olmasıdır. Gerçekten de temel hak ve özgürlükleri “**sınırlandırma**” yetkisine sahip olmak demek, her halde, “**evleviyetle**” bunları “**düzenleyebiliyor**” olmayı gerektirir. Anayasa Hukuku açısından bu “**nüans**” önemli ama “**hayati**” bir nitelik taşıyor, görünebilir. Oysa, İdare Hukuku açısından konuya baktığımızda, İdarenin her türlü etkinliğinin “**asgari**” hareket noktasını “**İdarenin yetkisizliği**” ilkesinin oluşturduğunu hep hatırlamak gerekmektedir.¹³ Dolayısıyla, “**mülkiyet hakkı**” ve “**sözleşme özgürlüğü**” gibi Anayasal güvenceye sahip kılınmış temel hak ve özgürlüklere yapılacak “**idari müdahaleler**” için *Anayasa-Kanun düzeylerinde* “**açık**” dayanak bulma zorunluluğundan vazgeçilemez. Bu hukuksal olgu, yapılacak müdahalelerin hem “**konu-içerik**” yönünden hem de bu müdahalelerin “**ara(c)**”ı işlevini gören idari işlemlerin “**kendi ayakları üzerinde durabilmeleri**” bakımından “**meşruluk**” kaynağıdır.

1982 AY'nın 13üncü maddesinde, öyleyse, iki boyut öne çıkmaktadır:

- (i) “**Kanun**” ile “**(düzenleyerek) sınırlama**”;
- (ii) “**Sınırlama**”nın hukuksal etki alanını yani “**menzil**”ini (=“**öze dokunmama**”) belirlerken, özellikle “**ölçülülük**” ilkesine uygunluk.

Birinci boyut, 1982 AY'nın “**VII. Yasama yetkisi**” kenarbaşlıklı 7nci maddesindeki “**Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez**” ilkesine uyulması, daha doğrusu bu ilkenin “**korunması**”na ilişkindir. Bu ilke aynı zamanda, az önce değindiğim üzere, “**İdarenin yetkisizliği**”nin asıl olduğu bir İdare Hukuku teorisi için de “**olmazsa olmaz**” bir meşruluk kaynağıdır. İkinci boyuta gelince; burada da “**ölçülülük**” ilkesi bağlamında “**takdir yetkisi**”nin ön-

Sayıdığım bu fevkalade olumlu iyileştirmelerin yanı sıra, anayasa yargısı ve idari yargı içtihadında zaten çoktan tanınmış olan “**ölçülülük**” ilkesinin açıkça düzenlenmiş bir “**anayasal ilke**” düzeyine yükseltilmesi ile de 13üncü madde “**taç**”landırılmıştır.

¹³ “İdare adına irade açıklayanlar gerçek kişilerdir. Ama bu iradenin oluşturduğu işlemler, söz konusu kişilerin işgal ettikleri makamların kanunlar gereğince üstlendikleri görev ve sorumluluklar nedeniyle yapılır. (...) Gerçekten de, idare hukukunda belli yetkileri ancak, kanunla yetkili kılınmış belli organ ve makamlar kullanabilirler. *Bunun içindir ki, idare hukukunda kural yetkisizliktir.. Bir görevlinin yetkili olabilmesi için açık kural gereklidir.*” (abç) YAYLA, Yıldızhan : **İDARE HUKUKU**, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2009, s. 117.

celikle Yasama tarafından “**kanun**”, sonra Yürütme-İdare tarafından “**(idari) düzenleyici işlemler**” düzeyinde *nasıl* kullanılmasının gerekeceği sorularına cevap bulmak gerekir.¹⁴ İdarenin yetkilerinin tamamı Anayasa-kanun düzeyinde belirlilik kazanan “**Yasama iradesi**”nden türetilmek zorunda olduğundan, incelenen her olayda kanunkoyucunun takdir yetkisinin “**kontur**”larını nasıl çizdiği, salt “**biçimsel**” bir kanunu kabul ederek “**yasama yetkisinin devredilmezliği**” ilkesini mi çiğnediği, İdari Kolluk içerikli her kanuni düzenlemede tartışılmak zorundadır.

İdari Kolluk içerikli bir kanunun söz konusu iki boyuta da uygunluğunun AYM tarafından nasıl denetleneceği, başka bir anlatımla böyle bir kanunun “**Anayasallık testi**”nden nasıl geçeceği konusunda elimizde gayet aydınlatıcı bir karar mevcuttur: AYM, “**imar para cezaları**”na ilişkin olan **3194** sayılı **İmar Kanunu**’nun **42/1**inci maddesindeki “**(...) 500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir**” ile aynı maddenin **2**nci fıkrasındaki “**(...) 500 000 TL. dan 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir**” ibarelerini iptal ederken şu gerekçeye dayanmıştır:

“İtiraz konusu kuralda, alt ve üst sınırları gösterilmek suretiyle imar para cezası düzenlenmiştir. *Yasa’yla gösterilen bu sınırlar arasında elli kat bulunmaktadır. Alt ve üst sınır arasındaki bu geniş alanda, idareye, cezayı belirleme olanağı, başka bir deyişle cezanın alt ve üst sınırları arasında alt sınırdan, alt sınırın üstünde veya üst sınırdan ceza verme konusunda takdir hakkı tanınmıştır. (...) İdari makamların Yasa’nun belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa’da gösterilmemiştir. Yasa’yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde (...) (i)darelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa’da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda **belirli** ve **öngörülebilir** değildir. Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir. Yasakoyucu(nun)*

¹⁴ Teorik olarak, “**ölçülülük**” ilkesinin, kanunların İdareye yalnızca “**takdir yetkisi**” tanıdıkları konularda değil, “**bağlı yetki**”nin öngörüldüğü hallerde de aranması gerekir. Diğer taraftan, biraz sonra ele alacağım takdir yetkisinin yargısal denetimi ve “**yerindelik sorunu**”nu akılda tutarak, bu çalışmada tartışmanın asıl “**karmaşık**” olan “**takdir yetkisi-ölçülülük ilkesi**” etkileşimi üzerinde durmayı önemsiyorum.

(...) imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve *objektif ölçütleri* yasada göstermesi gerekir. Cezanın Yasa'da gösterilen sınırlar arasında idarece belirlenmesinde, yapının, taşkın, heyelan, kaya düşmesi gibi afet alanlarında bulunan, sıhhi ve jeolojik mahsurları olan veya bunlar gibi tehlikeli durumlar göstermesi nedeniyle imar planlarına veya ilgili idarelerce hazırlanmış, onaylanmış raporlara göre yapılması yasak olan alanlara, imar planlarında umumi hizmet alanlarına, kamu tesis alanlarına ve yapı sahibine ait olmayan alanlara yapılması; hangi amaçla yapıldığı, (...) aynı bölgede emsal yapılar için uygulanan imar para cezaları; kente ve çevreye etkisi; bitmiş ve kullanılabilir durumda olması gibi ölçütlere yer verilmemiştir.”¹⁵ (a.b.ç.)

Geldiğimiz noktada, sıra, Tüketici Hukuku için 13üncü maddeyle birlikte adeta “**elektrik devresi**” gibi bir “**İdari Kolluk devresi**” oluşturan 172nci maddeye gelmektedir:

“A. Tüketicilerin korunması

Madde 172 – Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.”

Maddenin sözünü ettiği “koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler” de, “tüketicilerin (...) teşviki” de hem “Özel Hukuk”, hem de “Kamu Hukuku”na açık kavramlardır. Bir taraftan “sözleşme ilişkisi”ni düzenleyip, yapılacak “Özel Hukuk” sözleşmelerini belirli ölçütlere bağlayarak; diğer taraftan “İdare”ye, “ikincil dereceli-kanun altı” yönetmelik ve benzeri düzenleyici işlemleri yapıp “birel durum”lara –“yaptırımlar” dahil- uygulama yetkisini tanıyarak 172nci madde, 6502 sayılı TK metninin de kamladığı üzere, bir “karma hukuk” düzenini öngörmüştür.¹⁶

¹⁵ AYM, E.2005/5 , K.2008/93 , K.T.17.04.2008 - R.G.05.11.2008, S.27045.

¹⁶ Yine de şu kişisel düşüncemi ortaya koymak istiyorum: 1982 AY “tüketicilerin korunması” yönünde bir düzenleme içermeyebilirdi. O takdirde, 13üncü maddenin yanı sıra, “mülkiyet hakkı”nı düzenleyen ama bunun “kamu yararı” için “sınırlandırılma”sına da imkan tanıyan 35inci ve “özel girişim ve sözleşme” özgürlüklerini güvence altına alan ama bunların “milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri(n)” alınması talimatını – Devlet’e- veren 48inci maddeler, şu an yürürlükteki 6502 sayılı TK’nın aynen yürürlükte olması için de yeterli Anayasal dayanaklardır. Öyleyse, “tüketicinin korunması”nın “Anayasa normu” düzeyine yükseltilmesinin “teknik hukuk”taki değeri nedir? Bir Anayasa normu varken, kanunkoyucunun “yapıp yapmama takdiri” olmaz, “yapma zorunluluğu(ğ)”u olur.

6502 sayılı TK'nın "**Ceza hükümleri**" kenarbaşlıklı 77nci ve "**Cezalarda yetki ve itiraz**" kenarbaşlıklı 78inci maddelerini¹⁷ yukarıda AYM'nin çizdiği Anayasal çerçeve içinde okuduğumuzda, İdare Hukuku gözüyle yapılabilecek bazı tespitler şöyledir:¹⁸

TK'nın 77nci maddesi yönünden:

(i) "**İdari ceza**" yaptırımlarının "**sebeb**" unsurları, TK içindeki maddelere yapılan açık atıflarla "**belirli ve öngörülebilir**" haldedir.

(ii) "**Ceza tutarları**" yani yaptırımların "**konu**" unsuru, maddenin tamamındaki ve atıf yapılan TK maddelerindeki "**sebeb**" unsurlarına göre "**kademeli**" gidiyor görünmekte ve "**ölçülülük**" ilkesi yönünden herhangi bir Anayasal sorun yokmuş, izlenimini uyandırmaktadır.

(iii) Reklam Kurulunun "**Özel İdari Kolluk**" yetkileri bakımından, 12nci fıkradaki, "**durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası ve gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası uygulanır(,) Reklam Kurulu, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir**" ibaresi; hem "**para cezası**" dışındaki yaptırım seçeneklerini de öngörmesi, hem de bunların "**ihlal**"in niteliğine göre "**kümülatif**" halde uygulanmasına imkan tanıması yönünden Anayasal sisteme uygundur.

(iv) Yaptırımların "**muhatap**"ları bakımından gerek maddenin fıkralarında, gerek atıfta bulunulan TK maddelerindeki "**belirlemeler**" açık ve anlaşılır görünmektedir.

TK'nın 77 ve 78inci Maddeleri Birlikte Ele Alındığında:

(v) Bir yandan **Gümrük ve Tekel Bakanlığı (=Bakanlık), Reklam Kurulu ve Valiliklerin** hangi yaptırım yetkilerini kullanacaklarının 78inci maddede sayılmış; öte yandan, "**Bu maddenin (=77nci madde) uygulanmasında oluşacak tereddütleri giderme**" yetkisi ile 84üncü maddedeki "**yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler**"i yapma yetkisinin Bakanlığa tanınmış olması, İdari Kollukta sıklıkla karşılaştığımız ve bazen ciddi uy-

¹⁷ TK'nın 63üncü maddesinin "**Reklam Kurulu**"na tanıdığı "**idari yaptırım**" yetkileri aşağıdaki "**III**" numaralı başlık altında ele alınacaktır.

¹⁸ Tüketici Hukukunun "**omurga**"sını oluşturan Özel Hukuk-Borçlar Hukuku "**aks**"ında hemen hiçbir uzmanlığa sahip değilim. Dolayısıyla, bu alt-başlıktaki değerlendirmelerimin yalnızca Anayasa Hukuku-İdare Hukuku bağlantılı Anayasal ve teorik temellerden beslendiğini vurgulamayı önemli ve zorunlu görüyorum. Bir başka anlatımla; Tüketici Hukuku uzmanları, bazı yaptırımların "**sebeb**" ve "**konu**" unsurları arasında "**Borçlar Hukuku**" mantığı ile bazı tutarsızlıklar bulabilir veya bulmuş olabilirler.

gulama karmaşasına yol açabilen “**kollukların yarışması**”¹⁹ olgusuna karşı –hiç olmazsa “**teorik**” düzlemde- önlem alınmış olduğunu göstermektedir. Aksi takdirde, 78nci maddenin yaptırımlar için öngördüğü üç işlem “**oda(ğ)**”ının (=Bakanlık, Reklam Kurulu, Valilikler) varlığı, “**yetki çatışmaları**” için gayet elverişli bir “**idari ortam**”a kapı açabilirdi. Anılan yasal düzenlemeler buradaki “**patronaj**”ın Bakanlığa bırakıldığını; dolaısıyla, “**bir ilin Valisi 77nci maddenin şu fıkrasını böyle, diğeri ise şöyle yorumluyor**” şeklindeki uygulama farklılıklarının ortaya çıkma ihtimalinin ciddiye alınıp önlem getirilmek istendiğini kanıtlamaktadır.

III. İDARE HUKUKUMUZDA “İDARİ İŞLEM” YAPMA YETKİSİNİN “AİDİYET” ÖLÇÜTÜ VE “REKLAM KURULU:

6502 sayılı TK'nın 63üncü maddesinde “**Reklam Kurulu**”nun görev ve yetkileri ile üyelerinin nitelik ve “**hukuksal durum**”ları (=statü) düzenlenmiştir. Buradaki “**tez**”imi en anlaşılır bir halde ortaya koyabilmem için önce söz konusu maddeden, daha sonra tartışmanın çerçevesini çizen üç AYM kararından bazı alıntılar yapmam gerekmektedir:

“**Reklam Kurulu**”

MADDE 63- (1) Ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik **düzenlemeleri yapma**, bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetim yapma, **inceleme ve denetim sonucuna göre durdurma veya aynı**

¹⁹ “**Yarışma**” yani Fransızca deyimıyla ‘**concour**’, eski dilde ‘**telahuk**’ denilen ve Özel Hukuk alanında örneğin aynı konuları düzenleyen hükümler içeren birden fazla toplu iş sözleşmesinin bulunması halini anlatan bir terimdir. İdare Hukukunda da, bir taraftan genel kolluk yetkilerinin hem Devlet idaresi hem yerel yönetim görevlilerinde bulunması dolayısıyla çeşitli düzenlemeler arasında ‘**tedahül**’ yani birbirinin içine girmesinin söz konusu olması ve bundan bazı hüküm uyuşmazlıklarının doğması, öte yandan genel ile özel idari kolluklardan bazılarının aynı konulara ilişkin bulunması, konuları ayrı olanların da çoğu kez yakın ve ilintili görülmesi nedeniyle benzeri bir durum gerçekleşebilmektedir. (...) Kollukların ve yetkilerin yarışmasında karşılaşılan en önemli sorunlardan biri de ‘**yetki genişliği**’ (dir). (...) İşte *hiyerarşi-yetki genişliği* (...) arasında gözetilmesi gereken ölçü ve denge ‘**kollukların yarışması**’ konusunu çok önemli bir sorun haline dönüştürebilmektedir.” ÖZAY, ibid., s.750-751. Değerli Hocam ÖZAY’ın Merkezi İdarenin “**Başkent**” ve “**Taşra**” örgütleri arasında ve “**yetki genişliği**” bağlamında yaptığı tespit tam da TK’nın hem “**Bakanlık**” hem “**Valiler**”i yetkilendiren sisteminin uygulanmasında – ÖZAY’ın özgün metinde bizzat altını çizmiş olduğu haliyle- “**çok önemli bir sorun**” haline dönüşmeyecekse, bunun güvence ve aynı zamanda sorumluluk mercii, TK’nın yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemleri yapmakla yetkilendirdiği Bakanlık olmak gerekecektir.

yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verme hususlarında görevli bir Reklam Kurulu oluşturulur. Kurul tedbiren durdurma kararı verme yetkisini Reklam Kurulu Başkanına devredebilir. Kurulun kararları Bakanlıkça uygulanır.” (a.b.ç.)

Görüldüğü üzere, Reklam Kurulu; “**Özel İdari Kolluk**” konulu ve “**düzenleme**” adı altındaki “**yönetmelik**” ve benzeri “**Genel Düzenleyici İşlemler**” (=GDİ) ile maddede sayılan “**idari yaptırımlar**”ı yani “**Birel (Koşul) İşlemler**”i yapma yetkisine sahip kılınmıştır. Söz konusu “**idari işlemler**”in 2577 sayılı “**İdari Yargılama Usulü Kanunu**”nun (=“**İYUK**”) 2nci maddesi uyarınca “**idari dava**”ya konu edilebilecekleri de kuşkusuzdur. Dolayısıyla, buradaki idari işlemler de –İdare Hukukunun genelinde olduğu gibi- ancak, “**egemenlik**”ten türetilmiş “**kamu gücü**”ne dayandırılabilir; ilgililerin hukuki durumlarını da “**etkileme**” gücüne sahip olacaktır.²⁰ 1982 AY’nın 7nci maddesine göre de, “**Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanama(yacağı)**” için, “**İdare**” adına TK kapsamındaki idari işlemleri yapma yetkisinin “**kim(ler)**”e tanınacağı sorusu, doğrudan “**hukuksal meşru- lu(ğ)**”a ilişkindir.

1982 AY’nın 128inci maddesine göre, bu sorunun cevabının “**memurlar ve diğer kamu görevlileri**” olması gerekir:

"1. Genel ilkeler

Madde 128 – Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. (...)

İnceleme konusu 63üncü maddenin öngördüğü “**kurul kompozisyonu**” içinde, zaten “**memur-kamu görevlisi**” statülü olup da ayrıca Reklam

²⁰ “İdari işlemler, devlete, dolayısıyla da idareye verilen görevler ve yüklenen sorumlulukların sonucudur. Milli savunma, kolluk, kamu hizmetleri gibi görevlerin yerine getirilebilmesi için, ilgililerin rızasını almadan, bunu – bazan- bekleyemeden tek yanlı kararların alınması gerekecektir. (...) Burada önemli ve ayırdedici olan husus, bu tür işlemlerde olması gereken hukukî sonuç yaratma özelliğidir.” (abç) **YAYLA**, ibid., s.108. *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

Kurulunda da görevlendirilmiş **“Bakanlığın ilgili Genel Müdür yardımcıları”** gibi bürokratlar yer almakta (63/2(a)); 1982 AY'nın yukarıda hatırlattığım 128inci maddesindeki **“kanunla düzenleme”** (=kanunilik) ilkesi uyarınca, bu kişilerin *zaten* idari işlem yapmaya -1982 AY 7nci madde anlamında- **“yetkili”** olduklarından kuşku duyulmamaktadır. Oysa, aynı Kurulun içinde; **“Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin, Türkiye Medya ve İletişim Meclisi üyeleri arasından görevlendireceği bir üye”** (63/2(h)), **“Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonunun görevlendireceği bir üye”** (63/2(i)), **“Tüketici Konseyinin Konseye katılan tüketici örgütü temsilcileri arasından seçeceği bir üye”** (63/2(i)), **“Reklam verenler derneklerinin veya varsa üst kuruluşlarının seçeceği bir üye”** (63/2(j)), **“Reklamcılar derneklerinin veya varsa üst kuruluşlarının seçeceği bir üye”** (63/2(k)), **“Türk Eczacıları Birliğinin görevlendireceği eczacı bir üye”** (63/2(l)); **“Türk Diş Hekimleri Birliğinin görevlendireceği diş hekimi bir üye”** (63/2(m)), **“Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin görevlendireceği doktor bir üye”** (63/2(n)), **“Türkiye Barolar Birliğinin görevlendireceği avukat bir üye”** (63/2(o)) gibi **“serbest meslek sahibi”** statülü kişilere de yer açılmıştır. *Bu gerçek kişilerin -1982 AY'nın 128inci maddesinin öngördüğü şekilde zaten ve önceden- “memur” veya “kamu görevlisi” olmadıkları; salt 63üncü maddedeki “liste” sayesinde de memur veya kamu görevlisi statüsüne “girmiş” (= “intisap etmiş”) kabul edilemeyecekleri bellidir.*

Şimdi, üç AYM kararını hatırlamanın tam zamanıdır:

“3194 sayılı Yasanın "yapı ruhsatıyesinin düzenlendiği 21. maddesinin ilk fıkrasında aynen, **‘Bu Kanun kapsamına giren bütün yapılar için 26 ncı maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden veya yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarından yapı ruhsatıyesi alınması mecburidir.’** denilmektedir. *Görüldüğü gibi, fıkranın getirdiği en önemli yenilik başvuru halinde belediye ve valiliklerin yanı sıra yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına da ‘yapı ruhsatıyesi’ verme yetkisinin tanınmış olmasıdır. Bu konuda belediye ve valiliklerle, yeminli bürolar arasında bir ayırım yapılmamıştır. (...) Uygulamada ve öğretide de kabul edildiği gibi; ister ‘bağlı yetki’ ister ‘takdir yetkisi’ şeklinde kullanılsın ‘ruhsat verme’ idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, aslî ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu du-*

rum karşısında, bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir. Esasen Anayasa'nın 128. maddesi ile benimsenen ilke de bu doğrultudadır. (...) Memur olmadıkları konusunda duraksamaya yer bulunmayan yeminli büro elemanları bakımından önemli olan (...) Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlilerinden sayılıp sayılmayacaklarıdır. Yasanın 24. maddesine göre, (...) (b)ü büro elemanlarının görevlerini yerine getirirken Devlet memuru sayılacakları ve işledikleri suçlar dolayısıyla Devlet memuru gibi cezalandırılacakları, görev sürelerinin tespiti ve denetiminin ise Bakanlığa ait olduğu hüküm altına alınmaktadır. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi bürolar esas itibariyle serbest meslek faaliyet icra etmekte, ancak görevlerini kötüye kullanmaları olasılığına karşı bir önlem olarak bazı cezai yaptırımlarla karşı karşıya bırakılmaktadırlar. Yeminli bürolar, bu özellikleri nedeniyle merkezi idarenin gözetim ve denetimi altında onun bir birimi durumunda olan kuruluşlar değildir. Sözü edilen kanun maddesinde yer alan büro elemanlarının, **'bu görevlerini ifa ederken Devlet memuru sayılacakları'** ve **'işledikleri suçlar dolayısıyla da Devlet memuru gibi cezalandırılacakları'** biçimindeki hükmü de, yalnız başına bu elemanlara **'memur'** veya **'Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen kamu görevlisi'** sıfatını (...) kazandıramaz. Bu durumda, büro elemanları ile merkezi idare arasında statüer bir ilişki de yoktur. Bir başka deyişle memurlar ve diğer kamu görevlileri için Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen niteliklerinin, atamalarının, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özelliklerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin kuralın yeminli büro elemanları yönünden uygulama olanağı bulunmamaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalardan, yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermenin, belediyelerin ve valiliklerin genel idare esaslarına göre, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerden olduğu, bu itibarla yeminli büro elemanlarının, Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen **'kamu görevlileri'** deyimine kapsamına girmediği anlaşılmaktadır."²¹ (a.b.ç.)

AYM'nin iptal kararını verirken, şu üç noktadan yola çıktığı anlaşılmaktadır:

(i) Kullanılması öngörülen yetki, **"İdari Kolluk"** yetkisidir.

²¹ AYM, E.1985/11 , K.1986/29 , K.T.11.12.1986, R.G. 18.04.1987, S.19435. YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

(ii) Yetkiyi kullanması öngörülen “**büro elemanları**” ile Merkezi İdare arasında hiçbir “**statüer**” (=Kamu Hukuku anlamında “**idari**”) ilişki yoktur.

(iii) Büro elemanları, birer “**iş sözleşmesi**” ile yani “**Özel Hukuk**” tasarrufu ile çalıştırılmaktadırlar.

Bu defa “**yeminli serbest mimarlık ve mühendislik büroları**”nı değil, ama “**yeminli teknik büroları**” ve madenciligi düzenleyen 3213 sayılı “**Maden Kanunu**” için verdiği kararda ise, AYM şu konuları öne çıkarmaktadır:

“(3213 sayılı Maden Kanunu'nun) 48. madde(si)nin birinci fıkrasında, '**Denetim ve gözetim dışında yönetmelikle tespit edilen görevleri yürütmek üzere, gerektiğinde yeminli teknik bürolar Bakanlığın izni ile kurulabilir**' hükmü getirilmiş ve maddenin geri kalan yedi fıkrası ile büro elemanlarının niteliği, bir şehirde bulunacak büro sayısı ve büro elemanlarının suç işlemleri halinde izlenecek yöntem açıklanmıştır. Bu maddede dikkati çeken nokta, kurulması öngörülen yeminli teknik büroların hangi görevleri yapacağı belirlenmeyip, sadece '**denetim ve gözetim dışında yönetmelikle tespit edilen görevleri yürütmek üzere**' gibi menfi bir tespitle yetinilmiş olmasıdır. (...) Büroların görevini tespitteki bu belirsizlik Anayasa'nın 124. maddesinde yer alan ve yönetmeliklerin '**kanun ve tüzüklere aykırı olmamasını**' öngören hükmüne aykırı olduğu gibi, bu şekilde bir yönetmelik çıkarmak, ayrıca '**Yasama yetkisi Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez**' diyen Anayasa'nın 7. maddesine de aykırılık göstermektedir.

Öte yandan Anayasa'nın 128. maddesi '**Devletin kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür**' dediğine göre **kamu hizmeti göreceğinde kuşku bulunmayan** yeminli teknik büro personelinin, **mutlaka 'memur' veya 'kamu görevlisi'** olması gerekir. Bu nedenle dava konusu 48. madde Anayasa'nın '**Kamu hizmeti görevlileri**' ile ilgili 128. maddesinin ikinci fıkrasına da aykırıdır.”²² (a.b.ç.)

²² AYM, E.1985/20 , K.1986/30 , K.T.24.12.1986, R.G. 15.03.1987, S.19401.

Bir önceki İmar Kanunu'na ilişkin AYM kararı ile buradaki Maden Kanunu kararı arasında –aşağıdaki birinci maddeye rağmen- önemli “ör-tüşmeler” göze çarpmaktadır:

(i) Kullanılması öngörülen “denetim ve gözetim dışındaki” yetkiler, “Kamu Hizmeti” yetkileridir.

(ii) Yetkiyi kullanması öngörülen “yeminli teknik büro” personeli Merkezi İdarenin “memur”u değildir; ancak kendilerinin, “kamu hizmeti göreceğinde(n)” kuşku yoktur.

(iii) O takdirde, bu personel “memur” ya da “diğer kamu görevli-si” statüsünde olmadığı –ve gene, “iş sözleşmesi” ile çalıştırıldıkları- hal-de, kendilerine “kamu hizmeti” görme yetkisinin tanınması açıkça 1982 AY'na aykırıdır.

Şimdi, buradaki “üçleme”yi tamamlamak amacıyla bir alıntıya daha yer veriyorum:

“Dava konusu 13. madde ile 213 sayılı VUK'na 141. maddeyi takiben eklenen ‘yeminli mali müşavirlik’ başlığı altındaki ek maddenin ilk dört fıkrasında(n) (...) anlaşılacağı üzere yeminli mali müşavirler (...) mükelleflerin vergi tarhına esas teşkil edecek mali tablolarını ve beyannamelerini, ilgili mali mevzuat, câri muhasebe prensipleri ve denetim standartları yönünden tasdik etmek, yani gelir ve gider kayıtlarının doğruluğunu ve mali mevzuat hükümlerine uygun işlendiğini, dolayısıyla beyan edilen vergi matrahının gerçek olduğunu onaylamak görev ve yetkisine sahip olacaklardır. Böyle bir düzenleme Maliye ve Gümrük Bakanlığı (...) personelinin sahip olduğu (...) teftiş ve inceleme yetkisinin kullanılmasına engel teşkil etmeyecekse de, yeminli mali müşavirler tarafından yapılacak bir tasdik işlemi, Bakanlıkça lüzum görülmedikçe Bakanlığın yetkili elemanlarınca incelenmiş belge niteliğine sahip olacaktır. Bu nedenle yeminli mali müşavirlerce yapılacak tasdik işlemi ‘kamu hizmeti’ niteliğindedir. (...)

Yeminli mali müşavirlerin ‘memur’ olmadıklarında şüphe yoktur. Çünkü bu kimseler, idarenin daimi ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer almış ve bürokratik hiyerarşi içinde bulunan, devletten maaş alan elemanlar değildir. Aksine, (...) serbest meslek sahibidirler. Ancak kendilerin(in), (...) kamu yetkisi kullandıkları ve yaptıkları hizmetin de bir kamu hizmeti olduğu açıktır. Öte yandan devlet ve yeminli mali müşavir arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisidir. Çünkü kendilerine görev

verilmesi, özel hukuk sözleşmesi ile değil bir kanunla olmaktadır. Dolayısıyla (...) 'kamu görevlisi' say(ıl)ma(ları) gerekir."²³ (a.b.ç.)

O halde, yukarıdaki üç AYM kararının “**toplamı**”ndan şu hukuksal olguların çıktığı kabul edilebilir:

(i) “**İdari Kolluk**” yetkisi, **İdare ile “statüter” (=Kamu Hukuku anlamında “idari”)** ilişki içinde olmayıp da “**serbest meslek sahibi**” veya “**iş sözleşmeli**” müşavir, personel gibi unvanlar altında çalışan gerçek kişilere **HİÇBİR DURUMDA KULLANDIRILAMAZ** veya “**İdarenin ikamesi**” şeklinde **DEVREDİLEMEZ**.

(ii) **Yukarıdaki ifade, “Kamu Hizmeti” yetkisi için de AYNEN geçerlidir.**

(iii) **Eğer, “Kamu Hizmeti” alanında yetkiyi veren dayanak “Özel Hukuk tasarrufu” değil de doğrudan “kanun” ise; o takdirde, kanunun “yetkilendirdiği” –ama memur veya diğer kamu görevlisi statüsüne usulüne uygun olarak daha önce “girmemiş”- gerçek kişiler, söz konusu kanunun kapsadığı hukuksal alan itibariyle “memur gibi”dirler.**

Hemen belirtmeliyim ki AYM'nin iki “**Kamu Hizmeti**” kararındaki ayırımları ortaya koyarken uyguladığı “**muhakeme tarzı**”nın eleştiriye açık olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Nitekim, doktrinde AYM'nin yukarıdaki kararlarında bazı ayırımların pek de belirgin ya da açıklayıcı olmadığı yönünde haklı eleştiriler dile getirilmiştir.²⁴ Bununla birlikte, AYM yukarıdaki kararlarında “**İdari Kolluk**” ile “**Kamu Hizmeti**” arasında “**belirgin**” bir ayırım yapmış; “**İdari Kolluk**” yetkisinin mevcut **Anayasal düzende, “memur ve diğer kamu görevlisi” statüsünde olma-**

²³ AYM, E.1986/5 , K.1987/7 , K.T.19.03.1987, R.G. 12.11.1987, S.19632.

²⁴ “Anayasa Mahkemesi bu kararlarında, ‘kamu hizmeti’, ‘kolluk yetkisi’, ‘kamu görevi’ gibi hukuki rejimleri farklı bazı kavramları, hukuki rejim farklılığını gözardı ederek kullandığı izlenimi vermektedir. Zira, İmar Kanunu ile ilgili olarak *kolluk yetkisinin özel kişilere devri sorunundan* hareket ettiği izlenimini verirken, Maden Kanunu ve yeminli mali müşavirlik ile ilgili kararlarında ise *yalnızca kamu hizmeti kavramını kullanarak* kamu hizmeti ve kolluk ayırımı yapmadığını göstermektedir. Aslında kamu hizmeti-kolluk ayırımının yapılıp yapılamayacağı konusu idare hukuku öğretisinde de tartışmalıdır. (...) (K)olluk faaliyeti geniş anlamda kamu hizmeti içinde ele alınırsa da hukuki rejimleri bakımından aralarındaki bazı farkların da gözardı edilmesi mümkün değildir ve bu farklılık hukuki rejimlere de yansımaktadır.” (abç) **TAN, Turgut : “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”,** Anayasa Yargısı, C. 8, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991, s.241-242.

yan, *İdare ile “zaten ve önceden” bir “statüer ilişki” içine “girmemiş” kişilere kullandırılmayacağını açıkça vurgulamıştır.*

Buradan **“Reklam Kurulu”**nun **“serbest meslek sahibi”** üyelerine geldiğimizde, sanıyorum artık sözü uzatmama gerek yoktur: *Söz konusu üyelerin, “Özel İdari Kolluk”tan başka bir yetkisi olmayan “Reklam Kurulu”nda “düzenleyici” ve “birel” idari işlemleri yapmaları-yapımına katılmaları, 1982 AY’nın 7nci ve 128inci maddelerine, kanımca açıkça aykırıdır.*²⁵

6502 sayılı TK’nın 64 ve 65inci maddelerindeki **“Tüketici Konseyi”** ve **“Reklam Konseyi”**nin görev ve yetkilerini ise tartışmaya gerek görmüyorum. Andığım maddelerde, sırasıyla, **“Tüketici Konseyi”** için **“(…) gerekli tedbirleri araştırmak ve bu Kanunun uygulanmasına yönelik tedbirlere dair görüşleri öncelikle ele alınmak üzere ilgili mercilere iletmek (...); “Reklam Konseyi” için de “(…) çağdaş iletişim uygulamalarını takip etmek, (...) araştırma ve çalışmalar yapmak, (...) görüş ve önerilerde bulunmak ve bu görüş ve önerileri ilgili mercilere iletmek (...)**” düzenlemeleri getirilmiştir. Demek ki iki Konsey de **“danışma”** işlevi için

²⁵ Ülkemizde, 1990’lardan itibaren **“İdarenin demokratikleş(tiril)mesi”** tartışmalarının yaygınlık kazanmış olması, esasen sevinilecek bir gelişmedir. İdarenin özellikle **“karar alma”** yani **“idari işlem yapma”** süreçlerine **“katılım”** bağlamında –ve doğrudan Batı’dan gelen **“good governance”** (=“iyi yönetim”) **“ruzgar”**’ı ile- **“özel hukuk kişileri”**nin hukuksal sonuçlarından **“etkilenecekleri”** idari işlemlerin **“yapım”**ında rol almak istemeleri, her halde, ülkemizin demokrasi ve Hukuk Devleti niteliklerini geliştirir. Öte yandan, gezegendeki ilk –işlemiş- örnek olan **“(Amerikan Federal) İdari Usul Kanunu”**ndaki (=“**Administrative Procedure Act**”) mantıkla idari işlem sürecine **“katılmak”** bir şeydir; **“kişisel”** ve/veya **“sektörel”** ölçekte **“bizzat kendisi”**nin hukuksal durumunu **“etkileyecek”** idari işlemi **“bilfiil”** yapmak ise bambaşka bir şeydir. Türkiye’de **“yönetişim”** tartışmasının başından itibaren, ağırlıklı olarak **“siyaset bilimciler”** tarafından yürütülmüş olması kanımca **“katılım”**’ın yanlış anlaşılmış-algılanmış olmasının başta gelen sebebidir. *İdare Hukukçuları konuya elbette “teknik hukuk” zemininde yaklaştıkları ve yukarıdaki metinde hatırlattığım Anayasal ilkeler ve AYM kararları da mevcut olduğu için, sanıyorum, “katılım”ın amaçlarının idari işlemi yapacak “statüer” ilişkili kamu görevlisini “aydınlatmak”, özellikle “takdir yetkisi”nin keyfi kullanılmasını zorlaştırmak ve keyfilik peşindekiler için daha “maliyetli” hale getirmekten ibaret olduğunu vurgulamayı çok da gerekli görmemişlerdir.* Böylesi bir **“kendin pişir, kendin ye”** mantığı ile **“herkes”**’in idari işlem **“yapma”** gücüne sahip kılınması ne **“kamu(nun) yararı”**’dır, ne de – hukuktaki teknik anlamıyla- **“demokratiklik”**’tir. Bu kounda bkz. **GÜRAN, Sait: “Yönetimde Açıklık”, İHİD, Y. 3, S.1-3, İstanbul, 1982, s.101-112 ve BERKARDA, ibid., s.105-106’daki 69uncu dn ve beraberindeki metin.**

kurulmuştur; “**nihai**” ve “**kesin**” idari işlemler yapmaları söz konusu değildir.

IV. “TAKDİR YETKİSİ”NİN YARGISAL DENETİMİ, “YERİNDELİK” SORUNU VE “İDARİ YAPTIRIMLAR” YÖNÜNDEN 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN :

İdare Hukukumızda, “**takdir yetkisi**”nin yargısal denetiminin “**hukuka uygunluk**” ile sınırlı tutulması ve idari yargı yerlerinin “**yerindelik**” alanına girmemelerinin gerektiği konusunda görüşbirliği vardır. Bununla birlikte, takdir yetkisi denetiminin yapıldığı bazı “**somut olaylar**”da, “**hukuka uygunlu(ğ)**”un nerede bittiğine ve “**yerindelik sınırı**”nın nerede başladığına karar vermek hiç de kolay değildir. Nitekim, 2577 sayılı İYUK’un 2/2nci maddesinde; “**2. İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler**” kuralının yer alıyor olması da konunun güçlüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Sonuç itibariyle, İYUK da “**yerindeli(ğ)**”in tanımını vermemekte, konuyu mahkemelere bırakmaktadır. Öyle anlaşılıyor ki “**siyaset kurumu**” –üstelik bana göre idari yargı “**yerindelik yasağı**”nı ihlal etmemek için “**azami**” çabayı öteden beri gösterdiği halde- “**uygulama**”yı yine de beğenmemiş; Eylül 2010 referandumunu ile bu yasağı “**adlı adınca**” bir de 1982 AY’nın 125/4üncü maddesine yazdırmıştır:

“**B. Yargı yolu**”

Madde 125 – (...) (Değişik birinci cümle: 7/5/2010-5982/11 md.)

Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.”

6502 sayılı TK’da, “**bağlı yetki**”nin yanı sıra, Bakanlık-Reklam Kurulu-Valilik üçlüsüne gerek “**düzenleyici**” gerek “**idari yaptırımlar**” boyutunda “**takdir yetkisi**” tanıyan çok sayıda kural da mevcuttur. Örneğin, 77nci maddenin 1inci fıkrasında “**iki yüz Türk Lirası idari para ceza-**

sı'na bağlanmış olan fiillerden biri, 6ncı maddenin 2nci fıkrasındaki “*Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz*” kuralıdır ki TK’da “**haklı sebe(b)**”ın –görebildiğim kadarıyla- tanımı yoktur. Bu noktada “**Borçlar Hukuku**”na başvurmak da “**takdir**” için “**yorum**” yapma gereğini ortadan kaldırmayacaktır. Gerçi, TK’da andığım kavramın bir tanımı olsaydı bile, yaptırımı uygulayacak İdarenin bir yorum yapması yine de gerekecekti.²⁶ Geldiğimiz aşamada TK’nın “**bağlı yetki-takdir yetkisi**” listesini çıkarmayı “**işlevsel**” görmediğimden, şimdi, esas olarak gündeme getirmek istediğim “**ölçülülük**” ilkesi ve “**idari yaptırım**”ların yargısal denetiminde “**sebep-konu**” dengesinin ışığı altında “**yerindelik**” sorununa yönelmek istiyorum.²⁷

Takdir yetkisine, genel olarak, idari işlemlerin “**sebep**” ve “**konu**” unsurlarında yer verilir. Doktrinde, takdir yetkisinin idari işlemin tüm unsurlarında bulunabileceği yönünde bazı görüşlere rastlanmakla birlikte, inceleme konumuz TK’nın özellikle “**sebep**” unsurunda yoğunlaşmış takdir yetkisine ilişkin düzenlemelerini öne çıkarabilmek için bu tartışmaya burada girmeyi anlamsız buluyorum. TK’nın gerek Bakanlık gerek Reklam Kurulu için “**yönetmelik ve benzeri düzenlemeler**”de öngördüğü takdir yetkisi kullanımı, “**ölçülülük**” ve “**yerindelik**” tartışmasının idari yargı boyutunu hayli önemli kılmaktadır.²⁸ Elbette, “**birel**” işlem nitelikli “**idari yaptırımlar**” için de aynı kavramlar önemlidir. Fakat, idari yaptırımlar “**soyut**” düzenlemeleri “**somut**”a taşımak için yapıldıklarından,

²⁶ 6502 sayılı TK’nın 5inci maddesinin 6ncı fıkrasındaki “**haksız şartlar**” tanımı (“*Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir*”) bir “**tanım**” olmasına rağmen; İdare, 77nci maddenin 2nci fıkrasına göre idari para cezası uygulamasının gerekip gerekmediğini “**takdir**” ederken, haksız şartların “**yorumlanması**” ihtiyacı yine de ortaya çıkacaktır.

²⁷ Bu bölümde, sırasıyla, YAYLA, ibid., s.190-195; ÖZAY, ibid., s.455-474 ve 742-744; GÜNDAY, Metin : İDARE HUKUKU, Üçüncü Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1998, s.162-167 ve 209-210’daki açıklamalardan yararlandım.

²⁸ Gerek Danıştay’ın resmi sitesinde, gerek internetteki çeşitli kaynaklarda bulduğum içtihat örneklerinin -4077 sayılı bir önceki kanuna ilişkin olanlar da dahil- hiçbirine tebliğimde yer vermiyorum. Söz konusu kararların bir bölümünde elbette “**takdir yetkisi**”ne değinilmişse de; bunlardan “**teorik**” açıdan yukarıdaki metinde yer verdiğim açıklamaları besleyecek, açıklamaların daha sağlam “**teknik hukuk**” dayanaklarına kavuşmalarını sağlayacak malzemeyi çıkaramadım. Dolayısıyla, çalışmamdaki “**bilinçli eksikli(ğ)**”in gerekçesini açıklamak ihtiyacı ile bunları yazıyorum.

bunların kaderinin idari düzenlemeler yürürlüğe konulduğu anda zaten “**mühürlenmiş**” olduğunu da akılda tutmak gerekmektedir.

Kanımca, İdari Kolluğun her “**şube**”si için geçerli olan “**teknik hukuk olgusu**”, TK için de geçerlidir: *İdari Kolluk yaptırımlarında “ölçülülük” ilkesinin ihlal edilip edilmediğine karar vermek, ister istemez, “sebeb”-“konu” unsurları denetimi bağlamında “yerindeli(ğ)”e girmeyi de zorunlu kılmaktadır.* Değerli Hocam Prof. Dr. ÖZAY’ın gerek derslerinde gerek ilgili akademik yayınlarında hep büyük bir özenle vurgulamış olduğu bu olgu, İdari Kolluk işlemlerinin yargısal denetiminin de kanımca “**püf noktası**”dır. Bir diğer ifadeyle, İdari Kollukta takdir yetkisinin yargısal denetiminin *gerçekten* yapılması, öncelikle idari yargı yerinin “**yerindelik**” baskısına boyun eğmemesi, “**oto-sınırlama**”ya gitmeyi tercih etmemesi ile mümkündür. Hiç kuşkusuz buradaki –yalnızca beni bağlayan- “**boyun eğme**” ifadesiyle, idari yargının kendi “**erksel**” alanının dışına taşmasını “**temenni**” ettiğimi söylüyor değilim. *Kanımca, idari yargı, “normlar hiyerarşisi”nin hangi düzeydeki işlemi olursa olsun, özellikle “yaptırım” konulu olanlarında “takdir yetkisi”nin o somut olayda niçin kullanıldığı şekilde kullanıldığının “gerekçe”lerini davalı İdareye “cekinmeden” sormalıdır. Yargılama sürecinde “esas”a henüz girilmiş ve gerekçeler ve onlara ilişkin deliller bile henüz incelenmemişken, “baştan” bir “yasak sorular-girilmeyecek alanlar” listesi belirleyip davayı öyle sürdürmek, esasında o idari işlemi “denetlememek” fiili sonucundan başka bir yere bizi götürmez. Üstelik, o arada denetim de “yapılmış” ve belki de “hukuka aykırı” bir işlem, “asgari denetim” standardı yüzünden bir de “hukuka uygunluk berati” kazanmış olabilecektir.*

6502 sayılı TK’deki idari yaptırımların yargısal denetim standartları “**tüketiciyi koruyacağız**” diye “**asgaride**” tutulursa, haklı olarak “**Sermaye**”ye peşin bir önyargı ile bakıldığı kuşkusunu uyanır. Aksi yaklaşım da savunulabilir görünmemektedir; diğer ifadeyle, idari yaptırım kurumunun “**göstermelik**” durumuna düşmesine yol açacak “**agresif-aktivist yargı**” tavrı da, bana göre, “**tercih edilebilir**” değildir. *Sorun, tamamen “teknik hukuk” zemininde kalınarak; yargısal denetimde “ayrıntıya girme” titizliğinin, İdarenin işlem yaparken kullandığı “bilgi” ve “uzmanlık” düzeyi ile “aynı yoğunluk”ta olması sağlanarak halledilebilir.* Türkiye’de, İdari Kolluk içtihadında “**tesadüfi**” örnekler dışında böyle bir “**yargısal yaklaşım**”ın hiçbir zaman “**hakimiyet kur(a)madığı**” kanısındayım. O bakım-

dan, Tüketici Hukukunda, mevzuat değişikliklerinden bağımsız olarak, idari yargının görev alanına bırakılmış “iptal davaları”nda “**takdir yetkisinin yargısal denetim standartları**” için yapılabilecek olumlu-olumsuz tespitlerin, genel anlamda İdari Kolluk içtihadındaki farklı olduğunu da söyleyemem.

V. “İDARİ YAPTIRIMLAR”, İDARİ YARGININ “GÖREV” ALANI VE 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN :

Yukarıda 77nci maddeyle bağlantılı olarak yorumladığım 78inci maddenin metnine burada yer vermek istiyorum:

“Cezalarda yetki ve itiraz

MADDE 78- (1) Bu Kanunun 77 nci maddesinin ikinci, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve on birinci fıkralarındaki idari yaptırımlar Bakanlık tarafından verilir; on ikinci ve on üçüncü fıkraları uyarınca Reklam Kurulu tarafından karar verilen idari yaptırımlar Bakanlık tarafından uygulanır. Diğer fıkralarındaki idari yaptırımlar ise yaptırım uygulananın merkezinin bulunduğu valilik tarafından verilir.

(2) Bu Kanun hükümlerine göre verilen idari yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabilir. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz.

(3) Bu Kanuna göre verilen idari para cezalarının, tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenmesi zorunludur.”

Madde hakkında yapılabilecek ilk yorum, “**idari yaptırımlar**” için “**görevli**” yargı düzeninin “**idari yargı**” olarak belirlendiği ve bu hukuksal olgunun 5326 sayılı “**Kabahatler Kanunu**”na bir “**istisna**”²⁹ oluşturduğudur. Bir önceki 4077 sayılı Kanun’un da yargı düzeni seçiminin “**idari**

²⁹ “Genel kanun niteliği

Madde 3- (Değişik: 6/12/2006-5560/31 md.)

(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, (...) uygulanır.”

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

yargı” olduğunu da hatırlamakta yarar vardır.³⁰ 77nci madde ile 2577 sayılı İYUK’un 7/1inci maddesindeki “**60 gün**”lük “**genel dava açma süresi**”ne de bir “**istisna**” getirilerek, “**iptal davaları**” için “**30 gün**”lük dava açma süresi öngörülmüştür. *Madde metni dikkatle okunduğunda ayrıca vurgulamaya gerek yokmuş gibi görünebilirse de, uygulamada belki yararı olur düşüncesiyle şu konuyu kaydetmek istiyorum: 77nci maddedeki idari yargı denetimi ve “istisna” şeklinde gösterilmiş süre açıkça “iptal davası” içindir. Maddenin 2nci fıkrasında “tam yargı davası”na da atıf yapıldığını söylemek mümkün değildir.* O bakımdan, genel İYUK sistemine göre, “**iptal davası**” ile birlikte, idari yaptırım için “**tam yargı**” davası da açılacaksa, İYUK’un 12nci maddesindeki “**mantık**” uyarınca süre “**30 gün**”; eğer önce “**iptal**”, sonra “**tam yargı**” davaları açılacaksa, ikincisinin süresi “**60 gün**”dür.

BITİRİKEN

Tüketici Hukukuna bütün “**boyut**”larıyla bakmaya çalışan bir hukukçu, Türkiye’de hukuk öğretiminin “**klâsik**” formatı olan “**Özel Hukuk-Kamu Hukuku**” ayrımının artık pek de bir anlam taşımadığını kavramakta, her halde, güçlük çekmeyecektir. Böylesi bir “**sert**” ayrışma ve –giderek– “**kopuklu(ğ)**”un özellikle “**uygulama**”nın içinde yer alan avukat ve yargıçlarımız için, çoktandır bir “**mesleki külfet**” haline geldiği kanısındayım. 6502 sayılı Kanun örneğinde, “**Borçlar Hukuku**” ile “**İdare Hukuku**”nun adeta “**etle tırnak**” gibi bütünleştiği gayet açıktır. Yukarıdaki başlık seçimleri ve değerlendirmelerimin, Tüketici Hukuku bağlamında *da*, bu “**tez**”i kanıtlamakta belirli bir “**ikna edicili(ğ)**”e sahip olduğunu umuyorum.

³⁰ “Madde 26- (Değişik madde: 23/01/2008-5728 S.K./477.mad)

25inci maddenin birinci, dördüncü, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve onuncu fıkralarındaki idarî yaptırımlara Bakanlık tarafından, diğer fıkralarındaki idarî para cezalarına mahallî mülkî amir tarafından karar verilir.

Bu yaptırımlara ilişkin kararlar, kararı veren makam tarafından yedi gün içerisinde ilgili-nin mensup olduğu meslek kuruluşuna bildirilir.

Bu Kanun hükümlerine göre verilen idarî yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulur. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz.”

KAYNAKÇA

BERKARDA, Kemal: “*Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?*”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Pertev Bilgen’e Armağan Özel Sayısı, C.13, S.1, İstanbul, 2000.

GÜNDAY, Metin : **İDARE HUKUKU**, Üçüncü Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1998.

GÜRAN, Sait : “*Yönetimde Açıklık*”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y. 3, S.1-3, İstanbul, 1982.

KARA, İlhan : **TÜKETİCİ HUKUKU**, Engin Yayınevi, Ankara, 2012.

ÖZAY, İl Han : **GÜNIŞIĞINDA YÖNETİM**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ŞAHİN, Cenk: **AMERİKAN FEDERAL İDARE HUKUKUNDA “REGÜLASYON” (VE TÜRK İDARE HUKUKUNA YANSIMALARI)**, (doktora tezi), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

TAN, Turgut : “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı*”, Anayasa Yargısı, C. 8, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991.

YAYLA, Yıldızhan : **İDARE HUKUKU**, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2009.

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUN ÇERÇEVESİNDE TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİ

(*INSTALLMENT SALES CONTRACTS UNDER THE TURKISH CODE OF CONSUMER
PROTECTION*)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Cem DİNAR*

ÖZET

Bu makalede taksitle satım sözleşmesi gerek 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, gerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde ele alınmıştır. Yeri geldikçe yürürlükten kalkan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun hükümlerine de değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, tüketicinin korunması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu, taksitle satım, taksitle satış sözleşmesi.

ABSTRACT

In this article installment sales contracts are examined both under the Turkish Code of Consumer Protection (Act No. 6502) and the Turkish Code of Obligations (Act No. 6098). From time to time, relevant provisions of the previous Turkish Code of Consumer Protection (Act No. 4077) and the previous Turkish Code of Obligations (Act No. 818) are examined as well.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: cemdinar@mynet.com

Keywords: *Consumer, protection of consumers, Turkish Code of Consumer Protection, Turkish Code of Obligations, sale on installments, installment sales contract.*

GİRİŞ

Tebliğimizin konusu, “taksitle satış sözleşmesi”dir. Bu sebeple anılan sözleşme, gerek 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (TKHK), gerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) çerçevesinde ele alınacaktır. Yeri geldikçe yürürlükten kalkan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (eTKHK) ile eski Borçlar Kanunumuzdaki (eBK) hükümlere de değinilecektir.

Peki “tüketici” ne demek? 6502 sayılı TKHK’nun 3 (k) maddesinde tanımı verilmiştir. Buna göre, tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Aynı Kanunun 3 (l) maddesi ise tüketici işlemini, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri dahil 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, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tanımlamıştır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, taksitle satış sözleşmesi hükümleri hem 6502 sayılı TKHK’da ki, bu Kanun özel kanun niteliğindedir; hem de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ki, bu Kanun genel kanun niteliğindedir, düzenlenmiştir.

Özel Kanun niteliğindeki TKHK’da düzenleme yapılmadığı durumlarla karşılaşıldığı zaman, anılan Kanun’un 83. Maddesinin yapmış olduğu atıf sebebiyle, genel hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır¹.

İki Kanun arasında bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda acaba hangisine öncelik vermek yerinde olacaktır? Bu soruya yürürlükte olan bu iki Kanun açısından şu şekilde cevap vermek yerinde olacaktır. Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlük tarihi 1 Temmuz 2012’dir. 6502 sayılı TKHK’nun

¹ Aynı düzenleme yürürlükten kalkan 4077 sayılı TKHK. m. 30’da da yer almaktaydı. *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

yürürlük tarihi ise 28 Mayıs 2014'dür. Özel Kanun, genel Kanun'dan sonra yürürlüğe girmiştir.

Genel Kanun'dan sonra yürürlüğe giren özel Kanun söz konusu olduğunda, kanun koyucunun iradesinin yeni özel kanunun uygulanması yönünde olduğu kabul edilir. Bu durumda, eski tarihli genel kanun, özel kanunda düzenleme bulunmayan hallerde uygulama alanı bulur². Başka bir anlatımla, özel kanun niteliğindeki 6502 sayılı TKHK, genel kanun niteliğindeki TBK'dan sonra yürürlüğe girdiği için taksitle satış sözleşmelerine TKHK öncelikle uygulanır. TKHK'da hüküm yoksa, TBK uygulanacaktır. Olayı somutlaştıracak olursak, TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde, TBK'nun "taksitle satış sözleşmesi" hükümleri uygulanacaktır.

TKHK'nun 2. maddesine göre ise, TKHK, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar. Anılan maddenin gerekçesinde, "... kamu tüzel kişileri dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerin, tüketicilerle sözleşme imzalanmadan önce, sözleşmenin kurulması sırasında ve sözleşme imzalandıktan sonra yaptıkları uygulamalar da Kanun kapsamında değerlendirilecektir" denilmektedir. Hemen belirtmeliyiz ki, söz konusu uygulamalar da TKHK. m. 5 uyarınca genel işlem koşulu denetimine tabidir.

TKHK'nun "kişi" bakımından uygulanma alanı ne şekilde tespit edilecektir? Tarafların kişisel özellikleri, statüleri³, sözleşme iradeleri ve sözleşme ile amaçlanan şey belirleyici nitelik taşıyacaktır⁴. Bu durumda, öncelikle sözleşmenin kurulma amacı ile tüketicinin kimliği belirlenir, bundan sonra somut olay göz önüne alınarak, mal veya hizmetin hangi amaç doğrultusunda edinilmek istendiği, diğer bir deyişle, hukuki işlemin temelinde yatan irade esas alınır⁵. Bunun sonucunda "tüketici" belirlenir. Tüke-

² **Oğuzman/ Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 21. Bası, İstanbul 2015, s. 82-83; **Dural/ Sarı**, Türk Özel Hukuku, C. 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2006, s. 92-93.

³ Yazar'ın "statüleri" ile ilgili düşüncesine katılmamaktayız.

⁴ **Ozanoğlu, H.**, "Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 665, dn. 6.

⁵ **Ozanoğlu, H.**, makale s. 671-672; **Yavuz, N.**, "Tüketiciyi Koruma Hakkındaki Kanuna Göre Tüketici Kavramı", Hukuk Dergisi, S. 109, 15 Şubat 2001, s. 2.

tici sıfatının kazanılabilmesi için, sözleşmenin kurulduğu anda, ticari veya mesleki olmayan bir amaç doğrultusunda hareket edilmesi gerekir⁶. Başka bir ifadeyle, tüketici, sözleşme konusu mal veya hizmeti kendi ihtiyaçlarını gidermek için kullanır veya tüketir. Elde ettiği malı tekrar piyasaya sürmeyen, ondan kazanç sağlamayı planlamayan, malı veya hizmeti tamamen kendi ihtiyaçları için kullanan ve bu doğrultuda kullanan son kişidir⁷.

Türk Ticaret Kanununun (TTK.) 12. maddesine göre, bir işletmeyi kısmen de kendi adına işleten kişinin tacir olacağı belirtilmiştir. Yine aynı Kanunun “Ticari İş Karinesi” başlıklı 19. maddesine göre de, “bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adı sayılır. Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır”.

Söz konusu ticari iş karinesi uyarınca, bir tacirin tüm işlemleri, ticari niteliktedir. Ancak gerçek kişi tacir maddede belirtilen durumlarda ticari olmayan iş statüsünde değerlendirilebilecektir. Bu durumda gerçek kişi tacir de, tüketici olarak nitelendirilir⁸.

TKHK. m. 3 (1) ve (i) bentlerinde, “sağlayıcı” ve “satıcı” kavramları açıklanmıştır. Bu açıklamalar ışığında, satıcı ve sağlayıcının, ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında kazanç sağlamak amacıyla, sürekli olarak ilgili faaliyetleri yürüten ve tüketiciye bedel karşılığında sunan gerçek veya tüzel kişi olduğu ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık satışın geçici olarak birkaç kez yapılması halinde, satışı yapan kişi, TKHK uyarınca satıcı olarak adlandırılmaz⁹.

⁶ **Zevkliler/ Aydoğdu**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Bası, Ankara 2013, s. 83.

⁷ **Zevkliler/ Aydoğdu**, s. 83; **Ozanoğlu, H.**, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 6; **Yavuz, N.**, makale s. 3.

⁸ Tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatına sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz. **Zevkliler/ Aydoğdu**, s. 81; **Yavuz, N.**, s. 5 ve 12; **Ozanoğlu, H.**, s. 7-8; **Ozanoğlu, H.**, makale s. 690. Yargıtay tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatı taşımalarının mümkün olmayacağı görüşündedir. Yarg. HGK’nun 21.9.2011 tarih ve 2011/ 19-500 E., 2011/ 550 K. Sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁹ **Zevkliler/ Aydoğdu**, s. 87; **İnceoğlu, M.**, “Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 407-408.

Bu bağlamda, mal veya hizmetten yararlananın tüketici olduğu, satıcı veya sağlayıcının sürekli olarak ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında kazanç sağlama amacıyla, mal veya hizmeti, bedel karşılığında tüketiciye teslim ettiği veya sunduğu taksitle satış sözleşmelerinde, 6502 sayılı TKHK uygulanacaktır¹⁰.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, taksitle satış sözleşmesi TBK. m. 253-263 arasında (toplam onbir madde olmak üzere) “Kısmi Ödemeli Satışlar” kenar başlığı altında düzenlenmiştir¹¹.

28 Mayıs 2014'de yürürlüğe giren 6502 Sayılı TKHK'da ise “taksitle satış sözleşmesi” ise m. 17-21 arasında (toplam beş madde halinde) düzenlenmiştir¹².

4077 sayılı Kanun ile 6502 sayılı Kanun arasında iki konuda farklılık göze çarpmaktadır. 6502 sayılı Kanun'da, “cayma hakkı” (m. 18) ve “diğer hususlar” (m. 21) konusunda düzenleme yapılmışken, 4077 Sayılı TKHK. m. 6/A'da her iki konuda da düzenleme bulunmamaktaydı.

Ş I. TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ ve KONUSU

1) Taksitle Satış Sözleşmesinin Tanımı

Taksitle satış sözleşmesi, gerek Türk Borçlar Kanunu (TBK), gerekse 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Taksitle satış sözleşmesi, TBK. m. 253/ f. 1'de “Taksitle satış, satıcının, satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim et-

¹⁰ Buna karşılık anılan Kanunun kapsamı dışında kalan taksitle satış sözleşmelerinde ise TBK uygulanacaktır. Bunlar, tarafların tacir olduğu veya ticari veya mesleki faaliyet kapsamında hareket etmekte olduğu satışlar; alıcının tüketici sıfatında olmasına rağmen, satıcının ticari veya mesleki faaliyet konusunun dışında hareket ettiği satışlar; alıcının tacir olması veya ticari veya mesleki faaliyet kapsamında hareket ederken, satıcının anılan kapsamlarda hareket etmediği satışlardır. **Ünlütepe, M.**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2014, S. 2, s. 318.

¹¹ Bu maddeler sırası ile taksitle satış sözleşmesinin “tanımı, şekli ve içeriği”, “yasal temsilcinin rızası”, “sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması ve geri alma açıklaması”, “tarafların hak ve borçları”, “alıcının temerrüdü”, “yetkili mahkeme ve tahkim” ve son olarak da “uygulama alanı”dır.

¹² Anılan sözleşme yürürlükten kalkan 4077 Sayılı TKHK. m. 6/A'da tek bir madde halinde düzenlenmiştir.

mevi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satışır” şeklinde tanımlanmıştır.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 17. maddesinin 1. fıkrasında ise, “Taksitle satış sözleşmesi, satıcı veya sağlayıcının malın teslimi veya hizmetin ifasını üstlendiği, tüketicinin de bedeli kısım kısım ödediği sözleşmelerdir” şeklinde hüküm altına alınmıştır^{13, 14}.

Her iki Kanundaki tanımlar göz önüne alındığında “tanım” konusunda paralellik olduğu görülmektedir. Dikkat edileceği üzere her iki Kanun’da¹⁵ da taksit miktarından söz edilmemektedir¹⁶. Buna karşılık “kısım kısım” ibareleriyle, ödemelerin birden fazla şekilde yapılması gerektiği sonucuna varmak yerinde olacaktır¹⁷. Kaldı ki, en az iki taksit miktarı da sözleşmenin doğası gereğidir¹⁸.

¹³ 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 6/A maddesinin 1. fıkrasında ise, “Taksitle satış, satım bedelinin en az iki taksitle ödendiği ve malın veya hizmetin sözleşmenin düzenlendiği anda teslim veya ifa edildiği satım türüdür” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁴ Buna karşılık doktrinde anılan sözleşme farklı şekilde tanımlanmıştır. Farklı tanımlar için bkz. **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 124; **Aral, F.**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2000, s. 186; **Tandoğan, H.**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/ 1, İstanbul 2008, s. 301; **Yavuz/ Acar/ Özen**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 272; **Uygur, T.**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 2012, s. 1567; **Kostakoğlu, C.**, Gereççeli ve Açıklamalı Türk Yeni Borçlar Kanunu, İstanbul 2011, s. 348; **Gümüş, M. A.**, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 177; **Ozanoğlu, H.**, s. 43; **Demir, R.**, Türk Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmeleri, Ankara 2013, s. 5-6; Alıcının satış bedelini, kısım kısım ödemeyi üstlendiği konusunda bkz. **Stauder, B.**, (Herausgeber: Honsell/ Vogt/ Wolfgang) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1 - 529), Basel und Frankfurt am Main, 1996, Art. 226 a, Nr. 1, 2.

¹⁵ Ancak hemen belirtmeliyiz ki, TBK. m. 253/ f. 3, malın satıcının ticari faaliyeti kapsamında satılması halinde, sözleşmede bazı hususların belirtilmesi gerektiği düzenlemiştir. Bu düzenlemenin 7. bendinde ise “peşinat ve taksitlerin tutarı ile vadesi ve ikiden az olmamak üzere taksit sayısı” şeklinde hüküm bulunmaktadır. Bu düzenlemede taksit sayısının miktarı “en az iki” olmak üzere belirtilmiştir. Her ne kadar adi satımda taksit miktarı düzenlenmemiş olsa da, ticari faaliyet kapsamında yapılan satışlarda “sayı” belirtilmektedir.

¹⁶ Buna karşılık 4077 Sayılı TKHK’da taksitle satış sözleşmesinde en az iki taksit miktarından söz edilmektedir.

¹⁷ Doktrinde “en az iki” taksit sayısı belirtilmediği için tanımın eksik olduğu yönünde görüşlere de rastlanılmaktadır. **Gümüş, M. A.**, s. 177.

¹⁸ Bununla birlikte sözleşmede en az iki taksit olmazsa, taksitle satış sözleşmesi olmaz, veresiye satış sözleşmesi söz konusu olur. Satış parasının malın teslim edilmesinden sonra *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

2) Taksitle Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Türk Borçlar Kanunumuz taksitle satış sözleşmesini, satım sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmiştir. Bu sözleşmeler tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğine sahiptir¹⁹. Bu çerçevede, satıcı veya sağlayıcı, sözleşmeye konu malın teslimini veya hizmetin ifasını üstlenirken; tüketici ise, sözleşme bedelini kararlaştırılan şekilde kısım kısım satıcı veya sağlayıcıya ödeme borcu altına girmektedir. Tarafların karşılıklı bu borçları, sinalagmayı sağlamaktadır.

Fakat taksitle satış sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır²⁰. Doktrindeki görüşe göre, taksitle satış sözleşmesi, veresiye satışın TBK'nın ifadesiyle²¹ kısmi ödemeli satışın bir türüdür²². Kanaatimizce taksitle satış sözleşmesi, veresiye (kredili) satışın bir türüdür.

3) Taksitle Satış Sözleşmesinin Konusu

a) Taşınır Mal ve Haklar

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 17. maddesinin 1. fıkrasında, “Taksitle satış sözleşmesi, satıcı veya sağlayıcının malın teslimi veya hizmetin ifasını üstlendiği, ... sözleşmelerdir”. Anılan maddede satış sözleşmesinin “konusunun” ne olduğu açıkça belirtilmemektedir. Ancak bu durumda TKHK. m. 83'deki atıf gereğince, hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı hükme bağlandığından TBK. hükümleri devreye girecektir.

TBK. m. 253/ f. 1'de “Taksitle satış, satıcının, satılan **taşınırı** alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satışır” şeklinde tanımlanmıştır. Bu

ödenmesinin ön görülmüş olduğu satımın “veresiye” satım olduğu hususunda bkz. **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 112. Aynı şekilde Eğer taraflar satış bedelinin bölünmeden ilerideki bir tarihte ödenmesi hususunu kararlaştırmış olurlarsa, bu takdirde taksitle satıştan değil, veresiye satıştan söz etmek gerektiği hususunda **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 274.

¹⁹ **Stauder, B.**, Art. 226 a, N. 1; **Ozanoğlu, H.**, s. 45.

²⁰ Tartışmalar için bkz. **Ozanoğlu, H.**, s. 68-84.

²¹ TBK. m. 253'ün kenar başlığı “C. Kısmi Ödemeli Satışlar, I. Taksitle Satış, 1. Tanımı, Şekli ve İçeriği” şeklinde düzenlenmiştir.

²² **Tandoğan, H.**, s. 297; **Yavuz/ Acar, Özen**, s. 139; **Aral, F.**, s. 179; **Gümüş, M. A.**, s. 189. Veresiye satım, önce malın sonra paranın verildiği satımdır. **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s.124. Ozanoğlu ise, bu tür satış sözleşmesini yasal olarak düzenlenmiş bir kendisi-ne özgü sözleşme olarak nitelendirmektedir. **Ozanoğlu, H.**, s. 84.

durumda taksitle satış sözleşmesinin konusunu “taşınır eşya” oluşturmaktadır.

TBK. m. 209/ f. 1’de “Taşınır satışı, Türk Medeni Kanunu uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışıdır”. Bu durumda MK. m. 762 önem arz eder. Çünkü anılan maddede taşınır mülkiyetinin konusu açıkça düzenlenmektedir.

MK. m. 762’ye göre, taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir.

Gerek MK. m. 762, gerekse TBK. m. 209/ f. 1 birlikte değerlendirildiğinde, taşınmaz dışında kalan, nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeyler ve üzerinde mülkiyet kurulmaya elverişli bulunan doğal güçlerin (elektrik, su, hava gazı gibi) satışı da taksitle satış sözleşmesine konu oluşturabilir.

Taşınır eşya ile amaçlanan, özüne zarar vermeden, nitelikleri gereğince kendi gücüyle veya (dışarıdan) başka bir güç sayesinde bir yerden başka bir yere hareket edebilen eşyadır²³.

Doğal güçler²⁴ açısından bakıldığında ise, Türk Borçlar Kanunu, sadece taşınır mülkiyetine tabi malların satışını değil, taşınmaz satışı dışındaki her türlü satışı taşınır satışı saymaktadır (TBK. m. 209/ f. 1). Bu durumda doğal güçleri, taşınır mülkiyetinin konusu saymadan da taşınır satışı hükümlerine bağlı tutmak mümkün sayılmalıdır.

Haklar açısından bakıldığında, bunların da taksitle satışa konu olmaları mümkündür²⁵. Doktrindeki bir görüşe²⁶ göre, alacak hakları, fikri ve

²³ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay – Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 8 ve 587; Akipek/ Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 32 ve 579; Sirmen, L., Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 13 ve 528. Ayrıca taşınır eşya konusunda geniş açıklama için bkz. Serozan, R., Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2007, s. 183 vd..

²⁴ Doğal güçler konusunda geniş açıklamalar için bkz. Meier/ Hayoz, Berner Kommentar, Band IV, Sachenrecht, Systematischer Teil, 4. Auflage, Bern 1966, N. 123; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay – Özdemir, s. 587-588; Akipek/ Akıntürk, s. 580-581; Sirmen, L., s. 529; Serozan, R., s. 249 vd..

²⁵ Ansay, T., Türk Borçlar Kanununa Göre Taksitle Satışlar ve Satıcı, Ankara 1954, s. 29-30; Yavuz/ Acar, Özen, s. 274; Ergüne, M. S., “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Taksitle Satışa İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 520; Ozanoğlu, H., s. 61.

²⁶ Ansay, T., s. 30.

sınai haklar ile kıymetli evrak bakımından taksitle satış hükümleri uygulama alanı bulur²⁷.

6502 sayılı TKHK'nun 17. maddesine göre, hizmetin ifası da taksitle satışa konu olabilmektedir. Yine aynı Kanun'un 3 d maddesine göre, "hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, tüketicilerin mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu oluşturan "hizmet"lerde taksitle satış sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır.

Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu açısından doktrinde hizmetin taksitle satışa konu oluşturup oluşturmayacağı konusu tartışmalıdır. Her ne kadar "hizmet" ibaresine yer verilmemiş olsa da, TBK. m. 263/ f. 1 hükmünde²⁸ de belirtildiği üzere, aynı ekonomik amaçla yapılan işlemler hakkında da taksitle satış sözleşmelerinin uygulanabileceğini söylemek mümkündür. Bu sebeple eser, vekalet ve komisyon gibi iş görme edimlerinin taksitle satış sözleşmesine konu olabileceği kabul edilmektedir²⁹.

b) Taşınmazlar Açısından Durum

Taşınmazlar açısından ise konunun "tapuya kayıtlı taşınmazlar" ve "tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar" açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü her ne kadar tapuya kayıtlı taşınmazlar açısından bir tartışma olmasa da, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar açısından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Öncelikle tapuya kayıtlı taşınmazlar açısından taksitle satış sözleşmesinin yapılamayacağı TBK. m. 209/ f. 1 gereğince hüküm altına alın-

²⁷ Buna karşılık doktrindeki bir başka görüşe göre ise, alacak hakkının, ekonomik değer, maddi olmayan malın taksitle satılması durumunda bir taşınırın satışının varlığından söz edilse bile, teknik anlamda bir taksitle satış sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Aynı şekilde maddi olmayan malların, marka, patent, endüstriyel tasarım vs. taksitle satışlarında, TBK. m. 253 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaz. **Gümüş, M. A.**, s. 177-178. Aynı yönde görüş için bkz. **Stauder, B.**, Art. 226 a, N. 6.

²⁸ Anılan maddenin gerekçesine bakıldığında, kira – satış vaadi, kira – alım ve kira – bağışlama şeklinde yapılan birleşik sözleşmelere de taksitle satış hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

²⁹ **Ergüne, M. S.**, s. 520; **Ünlütepe, M.**, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul 2011, s. 105 vd.; **Ünlütepe, M.**, makale s. 303.

mıştır. Bu konuda doktrinde fikir birliği olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

Buna karşılık Yargıtay'ın³⁰, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların hukuki durumunu taşınır mülkiyeti olarak nitelendirmesi sonucunda, Türk doktrininde³¹ tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların da taksitle satış sözleşmesine konu oluşturabileceği yönünde görüşler vardır.

(Kendi gücü ile veya dışarıdan bir güç aracılığıyla) bir yerden başka bir yere taşınabilen eşya taşınır mal olarak (MK. m. 762 uyarınca) tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bir taşınmazın tapuya kayıtlı olup olmamasının, o taşınmazın niteliğini değiştirmeyeceği ortadadır. Bu durumda tapusuz bir taşınmazı bir yerden başka bir yere taşımak mümkün olamayacağı için, anılan taşınmazı, taşınır mal olarak nitelendirmemiz de mümkün olmayacaktır.

TBK., açıkça taksitle satış sözleşmesine taşınır malların konu olabileceğini, buna ilaveten MK. da taşınır mülkiyetinin konusunun neler olacağını açıkça hükme bağlamıştır. Dolayısıyla ister tapuya kayıtlı taşınmaz olsun, isterse tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz olsun, anılan mallar niteliği itibariyle taşınmazdırlar. O halde bir taşınmazın tapuya kayıtlı olup olmaması onun niteliğini değiştirmeyecektir. Bu sebeple TBK açısından kanaatimizce tapusuz taşınmazların taksitle satış sözleşmesine konu olabileceğini savunan doktrindeki görüşten ayrı olarak tapusuz taşınmazların taksitle satış sözleşmesine konu olamayacağını düşünmekteyiz.

Ancak her ne kadar TBK açısından bakıldığında, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların da taksitle satış sözleşmesinin konusunu oluşturmadığını söylesek bile, konuyu bir de 6502 sayılı TKHK açısından ele almak gerekmektedir.

TKHK. m. 3/ b. h'de "mal" tanımı yapıldığını görmekteyiz. Bu ben- de göre, "alışverişe konu olan; taşınır eşya, **konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar** ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazı-

³⁰ Yarg. HGK. 11.3.1964 tarih ve 1964/ 5-3 E, 1964/ 184 K. Sayılı kararı için bkz. **Karahasan, M. R.**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1, İstanbul 2002, s. 628. Yarg. 1. HD.'nin 3.7.1950 tarih ve 9921 E., 3148 K. Sayılı kararı için bkz. **Uygur, T.**, Açıklamalı – İtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C. 3, Ankara 1991, s. 928. Yarg. 17. HD.'nin 16.06.1999 tarih ve 1999/ 2495 E ve 1999/ 2701 K sayılı kararı için bkz. www.kazancı.com. Ayrıca **Tandoğan, H.**, s. 304, dn. 9'da anılan kararlar.

³¹ **Tandoğan, H.**, s. 303-304; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 274; **Aral, F.**, s. 180. Aksi görüş için bkz. **Gümüş, M. A.**, s. 177.
YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

lım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar” mal olarak nitelendirilmiştir.

Bu durumda TKHK'nun 17. maddesinin 1. fıkrasındaki “... satıcı veya sağlayıcının **malın** teslimi veya ...” şeklindeki düzenlemede yer alan “mal” kelimesi karşısında “konut veya tatil amaçlı taşınmaz malların” da taksitle satış sözleşmesinin konusunu oluşturacağını söylemek yerinde olacaktır³². Anılan düzenlemede tapuya kayıtlı – tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz ayrımına girmeksizin sadece “konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar” denilmesi karşısında, TKHK çerçevesinde tüketicilerin akdetmiş oldukları taksitle satış sözleşmesinin konusunu (tapuya kayıtlı olsun olmasın) bütün konut veya tatil amaçlı taşınmazların oluşturacağını söylemek yerinde olacaktır.

Kanaatimizce, gerek Türk Borçlar Kanununa göre daha özel bir kanun olması ve gerekse yürürlüğe girişi itibariyle daha yeni olması sebebiyle 6502 sayılı TKHK'nun önceliği³³ olduğu düşüncesinden hareket edildiğinde, taksitle satış sözleşmelerinin konusunu “taşınır eşya” ve “konut veya tatil amaçlı taşınmazların”³⁴ oluşturacağını söylemek yerinde olacaktır.

TBK ile TKHK arasındaki bu farklılığın birbiriyle iletişim eksikliği bulunan kanun koyuculardan kaynaklandığını, bu farklılığın bir an önce giderilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Bunlara ilaveten TKHK. m. 3/ b. h uyarınca, “elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar” da taksitle satış sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır.

³² **Gümüş, M. A.**, s. 178; **Yılmaz, C., Yılmaz, C.**, “6098 Sayılı TBK Uyarınca Taksitle Satış Sözleşmesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi (TBK m. 253-262)”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 445, dn. 6. Aksi görüş için bkz. **Aral, F.**, s. 181.

³³ **Oğuzman/ Barlas**, s. 82-83; **Dural/ Sarı**, s. 92-93.

³⁴ 4077 sayılı TKHK'nun 3 c maddesinde de “mal” kavramı açıklanırken “konut veya tatil amaçlı taşınmazlar” ibaresi yer almaktaydı. Yargıtay bir Hukuk Genel Kurulu Kararında, konutun tamamlanmış olup olmamasının önem arz etmeyeceğine karar verip, “konutun” taksitle satışa konu olabileceğine hükmetmiştir. Yarg. HGK. 7.3.2007 tarih ve 2007/ 13-100 E., 2007/ 100 K. Sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

§ II. TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Gerek TBK, gerekse 6502 sayılı TKHK'daki düzenlemeler göz önüne alındığında, taksitle satış sözleşmesinin bazı unsurlarının olduğunu söylemek mümkündür. Bu unsurlar aşağıda açıklanacaktır.

1) Tüketicinin Satış Bedelini Kısım Kısım Ödemesi

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 17. maddesi doğrultusunda, taksitle satış sözleşmesinde, tarafların, satış bedelinin kısım kısım ödenmesini kararlaştırmaları gerekmektedir. Anılan Kanunda taksitlerin miktarları bakımından düzenleme bulunmadığı için taksit miktarlarının eşit olması da gerekmemektedir³⁵. Ayrıca, ödemeler arasındaki sürenin de aynı olması gerekmemektedir³⁶.

Ödemelerin kısım kısım yapılacağı hususu TBK'da da açıkça hüküm altına alınmıştır (m. 253/ f. 1). Buna karşılık taksitlerin miktarı ve eşit taksit miktarı olup olmayacağı hususunda TBK'da da düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Bununla birlikte TBK. m. 256/ f. 1'de "Alıcı, peşin satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin olarak, satış bedelinin geri kalan kısmını da sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ödemekle yükümlüdür". Bu maddeye göre taksitle satış sözleşmesinde alıcının peşinat ödeme borcu³⁷ ve tamamını ise sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ifa etme borcu bulunmaktadır.

Alıcının taksitle satış sözleşmesinde, "satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin ödeyeceğine" ve "satış bedelinin geri kalan kısmını üç yıl içinde ödemekle yükümlü olduğuna" ilişkin 6502 Sayılı TKHK'da hüküm bulunmamaktadır. Ancak 6502 Sayılı TKHK. m. 83'de, "TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı" hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla m. 83'deki atıf sebebiyle TBK. m. 256/ f. 1'de yer alan peşin ödeme konusunda "satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin olarak" ve taksitlerin tamamını da "söz-

³⁵ Tandoğan, H., s. 302; Ozanoğlu, H., s. 57; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 273; Ergüne, M. S., s. 521; Ünlütepe, M., makale s. 308.

³⁶ TKHK'nun anılan maddesinin gerekçesinde, ödemenin hangi aralıklarla yapılacağına önemli olmadığı, ödemenin tüketici tarafından kısım kısım yapılması halinde taksitle satışın söz konusu olacağı belirtilmektedir.

³⁷ "Peşinat" kavramına yerine "ön ödeme" kavramı kullanması bakımından bkz. Yavuz, N., Açıklamalı – Yorumlu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler: Genel ve Özel Hükümler, Ankara 2012, s. 390.

leşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ödemekle yükümlü” olduğu sonucuna varılabilir. Diğer bir deyişle, TBK. m. 256/ f. 1’in emredici olması nedeniyle, tüketici, taksitle satış sözleşmesi gerçekleştirdiğinde, malın kendisine teslimi anında satış bedelinin en az onda birini peşin ödemeli ve taksitlerin tamamını da en geç sözleşme kurulduğu andan itibaren üç yıl içinde bitirmelidir.

Bu durumda acaba TBK. m. 256/ f. 1, TKHK. m. 83’deki “atıf” sebebiyle uygulanırsa, bu durum tüketicinin aleyhine sonuçlar doğurmaya-
cak mıdır? TKHK’nun amacı tüketiciyi korumak olduğuna göre, tüketici lehine yorum yapılması gerektiği savunulabilir. Dolayısıyla TBK’da düzenlenen emredici nitelikteki bir hükmün tüketicinin aleyhine yorumlanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

Ancak biz yine de açık atıf sebebiyle, TBK. m. 256/ f. 1’in uygulanmasının daha doğru olacağını düşünmekteyiz. Diğer bir deyişle, tüketici konumundaki alıcı, malın teslimi anında satış bedelinin en az onda birini peşin olarak ve en son taksiti de, sözleşme kurulduğundan itibaren üç yıl içinde ödemiş olmalıdır.

2) Satıcı veya Sağlayıcının Malın Teslimini veya Hizmetin İfasını Üstlenmesi

TKHK’daki taksitle satış sözleşmesinin tanımından da anlaşılacağı üzere, söz konusu unsurlardan bir diğeri de, satıcı veya sağlayıcının malı teslim veya hizmeti ifa etmesidir. Dolayısıyla taksitle satış tanımı yapılırken malın tesliminin veya hizmetin ifasının ne zaman yapıldığının önemi yoktur. Ancak yine de taksitle satış sözleşmesinin ruhu göz önüne alındığında, peşin ödeme yapma gücü olmayan tüketicinin, bedelin tamamını ödemedenden önceki bir dönemde malı teslim veya hizmeti almış olması gerektiği sonucuna varmak mümkün olacaktır.

Buna karşılık TBK. m. 253/ f. 1 uyarınca, satıcının, satılan malın satış bedelinin tamamının ödenmesinden önce alıcıya teslim edilmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, satış bedelinin bir kısmının ödenmesinden önce satış konusu mal (veya hak) teslim edilmiş olmalıdır. Bu unsur peşin ödeme olanağı olmayan tüketicilere, kısım kısım ödeme yapmak suretiyle satılan maldan yararlanma imkanı vermiştir^{38, 39}.

³⁸ Taksitle satış sözleşmesinin ortaya çıkış nedeni, alınmak istenen malı peşin ödeme imkanına sahip olmayan kişilere, mal bedelini taksitler halinde ödemek suretiyle, satılan-
YUHFD Vol. XII No. 2 (2015)

3) Tarafların Anlaşması

TKHK'nun 17. Maddesine göre, "taksitle satış sözleşmesi, satıcı veya sağlayıcının malın teslimi veya hizmetin ifasını üstlendiği, tüketicinin de bedeli kısmı kısmı ödediği sözleşmelerdir". Bu durumda sözleşme niteliğine sahip olan taksitle satış sözleşmesi, TBK'daki genel düzenlemeleri aynen içermektedir.

Dolayısıyla TBK. m. 1'e göre sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olması gerekmektedir. Taksitle satış sözleşmesi, alıcının satış bedelini taksitler halinde ödeyeceği ve satıcının da satılan malı taksitlerin ödenmesinden önce teslim edeceği hususunda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamaları ve tarafların anlaşması ile gerçekleşir. Bu sebeple, tarafların sözleşme üzerinde anlaşmaları önem taşımaktadır.

Aynı şey TKHK açısından da geçerlidir. Diğer bir deyişle, tüketici, satıcı veya sağlayıcının malı teslim veya hizmeti ifa etmesi karşılığında, mal veya hizmetin bedelini taksitler halinde ödeyeceği, satıcı veya sağlayıcının da taksitler halinde ödenen bedele karşılık mal teslim edeceği veya hizmet ifa edeceği hususunda karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarında bulunmaları ile anılan sözleşme gerçekleşir.

Tüketicinin ödediği bedelin karşılığı (sinallagması), mal teslimi veya hizmet ifasıdır. Buna karşılık satıcı veya sağlayıcının mal teslimi veya hizmet ifasının karşılığı (sinallagması) ise, tüketicinin ödediği bedeldir.

§ III. TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

1) Genel Olarak

Gerek TBK. m. 253/ f. 2, gerekse 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 17. maddesinin 3. fıkrası, taksitle satış sözleşmesinin geçerliliği bakımından şekil şartı öngörmüştür. Anılan maddelere göre, taksitle satış sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekmektedir⁴⁰. Yine

dan derhal yararlanılması fırsatını vermektir. **Stauder**, Art. 226 a, N. 2. Benzer bir ifade için bkz. **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 124.

³⁹ Satış bedelinin tümünün satılanın tesliminden önce ödendiği durumlarda taksitle satış yoktur. **Tandoğan, H.**, s. 302; **Aral, F.**, s. 180; **Yılmaz, C.**, s. 446; **Ünlütepe, M.**, makale s. 310.

⁴⁰ Aynı şekilde gerek 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 6/A maddesinin 2. fıkrası da geçerlilik için şekil şartı ön görmekteydi. Buna karşılık eBK'da taksitle satış sözleşmesinde yazılılık şartı aranmamaktaydı.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

TKHK'nun 4. maddesinin 1. fıkrasına göre, “bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcı ile tüketiciye verilir. Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya bir kaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal giderilir”.

Bunlara ek olarak 6502 Sayılı TKHK'nun 17. maddesinin 3. fıkrasında, taksitle satış sözleşmesinin geçerli bir sözleşme yapmamış olan satıcı ve sağlayıcının sonradan sözleşmenin bu geçersizliğini tüketici aleyhine ileri süremeyeceği hükme bağlanmıştır. TKHK aslında taksitle satış sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını bir geçerlilik şartı olarak hükme bağlamıştır. Diğer bir deyişle, yazılı olarak kurulmayan taksitle satış sözleşmesi geçerli olmayacaktır.

Bununla birlikte aynı fıkranın ikinci cümlesinde bu düzenlemenin, satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketicinin aleyhine olabilecek şekilde kullanılabileceğine işaret edilip, bunun sonuçları da yine hüküm altına alınmıştır. Şöyle ki, satıcı veya sağlayıcı sözleşmeyi yazılı olarak kurmayıp, daha sonra tüketicinin aleyhine olabilecek şekilde sözleşmenin geçersizliği iddiasında bulunabilir.

Bu nedenle üçüncü fıkranın ikinci cümlesinde “geçerli bir sözleşme yapmamış olan satıcı veya sağlayıcının, daha sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremeyeceği” hüküm altına alınmıştır.

Hemen belirtmeliyiz ki, taksitle satış sözleşmesinin yazılı olarak düzenlenmesi işin doğası gereği, satıcı veya sağlayıcının yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmeyip, daha sonra sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülmesinin mümkün olmadığı hüküm altına alınmıştır.

Yazılı olarak yapılmayan taksitle satış sözleşmesinin sonradan tüketici aleyhine ileri sürülebilmesi, sözleşmenin yazılı olarak yapılmaya da geçerli olacağı anlamını taşımaktadır ki, bu da düzenlemenin yerinde olmadığını ortaya koymaktadır. Çünkü yazılı olarak yapılmayan sözleşmeler, tüketicinin lehine ileri sürmek zaten söz konusu olamayacağından söz konusu madde uygulama alanı da bulamayacaktır. Kaldı ki, MK. m. 2/ f. 2

düzenlemesi bu sonucu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla böyle bir düzenlemenin yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

4077 Sayılı TKHK. m. 6/A' da taksitle satış sözleşmesinde bulunması gereken asgari koşullar belirtilmişti. Ancak 6502 Sayılı TKHK'nda böyle geniş bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, taraflara, Türk Borçlar Kanunundaki emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla taksitle satış sözleşmesi akdetme serbestisi sağlanmıştır. Bu da Türk Borçlar Kanunundaki sözleşme serbestisine aykırı bir düzenleme teşkil etmemektedir.

TBK. m. 253/ f. 3, malın satıcının ticari faaliyeti kapsamında satılması halinde, sözleşmede bulunması gereken hususları düzenlemiştir. Söz konusu maddeye göre, taksitle satış sözleşmesi satıcının ticari faaliyeti kapsamında yapılırsa, aşağıda belirtilen hususların sözleşmede yer alması gerekmektedir.

- a. Tarafların adı ve yerleşim yeri
- b. Satışın konusu
- c. Satılanın peşin satış bedeli
- d. Taksitle ödeme sebebiyle belirtilecek ilave bedel
- e. Toplam satış bedeli
- f. Alıcının nakden ve aynen üstlendiği diğer bütün edimler
- g. Peşinat ve taksitlerin tutarı ile vadesi ve ikiden az olmamak üzere taksit sayısı
- h. Alıcının yedi gün içinde sözleşme yapılması konusundaki irade açıklamasını geri alma hakkı
- i. Öngörülmüşse, mülkiyetin saklı tutulmasına veya satış bedeli alacağının devrine ilişkin anlaşma kayıtları
- j. Temerrüt ve vadenin ertelenmesi durumunda, yasal faiz oranının yüzde otuz fazlasının geçmemek üzere ödenecek faiz
- k. Sözleşmenin kurulduğu yer ve tarih

Görüldüğü gibi, TBK. m. 253/ f. 3, sadece satıcının ticari faaliyeti kapsamında yapılan taksitle satış sözleşmesinde bulunması gereken asgari hususları düzenlemiştir. Dolayısıyla, satıcının ticari faaliyeti kapsamında yapmış olduğu taksitle satış sözleşmesinde, ticari faaliyet kapsamı dışında yapılan taksitle satış sözleşmesinin aksine sözleşme serbestisi bu anlamda bulunmamaktadır⁴¹.

⁴¹ 4077 Sayılı TKHK. m. 6/ A'da, taksitle satış sözleşmesinde yer alması gereken asgari koşullara ilişkin genel bir düzenleme yapılmıştı.
YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 6502 Sayılı TKHK'da, TBK. m. 253/ f. 3'de belirtildiği şekilde bir düzenleme yer almamaktadır. Fakat 6502 Sayılı TKHK'nun 83. maddesinde düzenlenen atıf nedeniyle TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulama bulacağından, TBK. m. 253/ f. 3'ün tüketiciye de uygulanması gerekmektedir. Nitekim söz konusu maddenin tüketicinin lehine de bir madde olduğu da ortadadır.

2) Şekle Aykırılığın Sonuçları

TBK. m. 12/ f. 1'de yer alan düzenlemeye göre, "sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle tabi değildir". Ancak anılan maddenin ikinci fıkrasında, kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin, kural olarak geçerlilik şekli olduğu ve öngörülen şekle uyulmaksızın akdedilen sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, TBK. m. 253'de yer alan yazılı şekil kuralına aykırı olarak akdedilen taksitle satış sözleşmesinin akıbeti kesin hükümsüz⁴² olacaktır ve taksitle satış sözleşmesi taraflar arasında borç doğurmayacaktır.

Fakat bazen kesin hükümsüzlük yaptırımının ileri sürülmesi hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğurabilir. Örneğin, alıcı taksitlerin çoğunu ödemişse, satıcının şekle aykırılığı ileri sürmesi MK. m. 2 anlamında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Bu sebeple, kesin hükümsüzlüğü ileri sürmek hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ediyorsa, diğer bir ifadeyle, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, geçersizlik iddiasında bulunulamaz. Nitekim 6502 sayılı TKHK. m. 17/ f. 3'de geçerli bir sözleşme yapmamış olan satıcı ve sağlayıcının, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketici aleyhine ileri sürülemeyeceği hüküm altına alınmıştır⁴³.

Yine TKHK kapsamına girmeyen taksitle satış sözleşmelerinde uygulanan TBK açısından konuyu ele almak gerekirse, TBK. m. 253/ f. 3'de belirtilen unsurların eksik olması halinde, taksitle satış sözleşmesinin kesin hükümsüz olması, hükmün amacına aykırılık teşkil edebilir. Bu bakımdan doktrinde yer alan bir görüşe göre sözleşmenin esaslı unsurları dışında

⁴² Taksitle satış sözleşmesinin şekle aykırılığına bağlanan yaptırımın esnek (kendine özgü) geçersizlik yaptırımı olduğu konusunda bkz. **Kocayusufoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 2010, s. 593; **Antalya, O. G.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s. 106.

⁴³ Bu düzenlemenin yerinde olmadığını yukarıda belirtmiştik.

kalan unsurlardan bir veya bir kaçının eksik olması sözleşmenin geçerliliğini etkilememelidir⁴⁴.

Ancak unutulmamalıdır ki, TBK. m. 253/ f. 3 emredici nitelikte bir düzenlemedir. Bu sebeple anılan maddede belirtilen unsurların eksik olması halinde sözleşme kesin olarak geçersiz olacaktır. Nitekim bu husus TBK. m. 27/ f. 1’de “kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür” demek suretiyle hüküm altına alınmıştır.

Konuya ilişkin bir diğer önemli husus ise, taksitle satış sözleşmelerinin ayrıca TBK. m. 27 ve m. 28’e yer alan düzenlemelere aykırı olmaması da gerekmektedir.

§ IV. TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİ

TKHK’nda, taksitle satış sözleşmesinin süresine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık TBK. m. 256/ f. 1’de taksitle satış sözleşmesinin süresinin düzenlendiğini görmekteyiz⁴⁵. Söz konusu hükme göre, “Alıcı, peşin satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin olarak, satış bedelinin geri kalan kısmını da sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ödemekle yükümlüdür.” Görüldüğü gibi söz konusu madde, peşinat ödeme borcunun miktarını düzenlemenin yanı sıra, taksitle satış sözleşmesinin süresine de üç yıllık üst sınır getirmektedir.

Sözleşme süresi sınırlandırıldığı zaman, taksit tutarları daha yüksek miktarlarda belirlenir ve ödeme gücü zayıf olan alıcılar kendi ödeme güçleri konusunda uyarılarak korunurlar. Bu sayede de hem alım gücü zayıf olan alıcının sözleşme yapma olasılığı düşürülür, hem de satıcının rizikosunu bu sayede azaltılır⁴⁶.

Doktrinde taksitle satış sözleşmesinde satış bedelinin geri kalan kısmının sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıldan fazla bir sürede ödenme-

⁴⁴ **Makaracı / Çevik**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Taksitle Satım Sözleşmesine İlişkin Getirilen Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 111, İstanbul 2012, s. 102.

⁴⁵ Aynı maddede peşinat ödeme borcu da düzenlenmiştir.

⁴⁶ **Stauder, B.**, Art. 226 d. N. 1. *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

si kararlaştırılmışsa, sözleşmenin tamamıyla hükümsüz olacağını savunan yazarlar⁴⁷ bulunmaktadır.

Oysa taksitle satış sözleşmesi hükümlerinin alıcıya yönelik sosyal koruma amacı ve buna ek olarak TBK. m. 256/ f. 1'in emredici hüküm olma özelliği göz önüne alındığında, satıcının, üç yılın dolmasından sonraki taksitler bakımından talepte bulunamayacağını belirtmenin daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Hatta bunun sonucunda alıcı da (üç yılı aşan) taksitleri ödemişse, ödemiş olduğu taksitleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alabilecektir⁴⁸.

Ş V. TAKSİTLE SATIŞ KONUSUNDA 6502 SAYILI TKHK'DA YER ALAN DİĞER DÜZENLEMELER

1) Cayma Hakkı

a) Genel Olarak

6502 Sayılı TKHK'nun 18. maddesinde, 4077 Sayılı TKHK'da⁴⁹ taksitle satışlarda yer almayan cayma hakkı düzenlenmiştir. 6502 Sayılı TKHK. m. 18/ f. 1'de tüketici her hangi bir neden belirtmeksizin ve cezai şart ödemesiz yedi gün içinde cayma hakkını kullanabilecektir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında bu bildirim satıcı veya sağlayıcıya süresi içinde bildirilmesinin yeterli olacağı ve cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğinin ispatının da satıcı veya sağlayıcıya ait olacağı düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında da⁵⁰ satıcı ve sağlayıcının cayma

⁴⁷ **Develioğlu, H. M.**, “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun “Taksitle Satım” Sözleşmesi İle İlgili Getirdiği Değişiklikler”, Legal Hukuk Dergisi, C. 9, S. 98, İstanbul 2011, s. 531; **Yılmaz, C.**, s. 457-458.

⁴⁸ **Akünel, T.**, “Mukayeseli Hukukta Taksitle Satım Sözleşmelerinde Alıcıyı Korumaya Yönelen Tedbirler”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yeni Seri Yıl 6, Sayı 9, 1972, s. 92; **Gümüş, M. A.**, s. 181-182; **Ünlütepe, M.**, s. 133-134; **Ünlütepe, M.**, makale s. 338.

⁴⁹ Buna karşılık kapıdan satışlara ilişkin 4077 Sayılı Kanunun 8 maddesinin 3. fıkrasında cayma hakkına yer verilmekteydi. 4. fıkrada ise taksitle kapıdan yapılan satışlarda da cayma hakkının kullanılabilmesi hüküm altına alınmıştı.

⁵⁰ Benzer bir düzenleme TBK. m. 255/ f. 2'de de hüküm altına alınmıştır. Benzer bir düzenleme dememizin sebebi, TBK'nun Ön Tasarısı'nın 260. maddesinin başlığına “Sözleşmenin yürürlüğe girmesi ve cayma açıklaması” olarak yer verilmekteyken, Hükümet tarafından teklif edilen Tasarı metninde söz konusu 254. maddenin başlığı, “sözleşmenin yürürlüğe girmesi ve geri alma açıklaması” şeklinde değiştirilmiştir. TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metinde ise madde başlığı “sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması ve geri alma açıklaması” olarak değiştirilmiş ve yasalaşan

süresi içinde malı tüketiciye teslim etmiş olması durumunda tüketicinin malı olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabileceği aksi takdirde cayma hakkını kullanamayacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrası ise, tüketicinin satıcıyı bulduğu finansal kiralama işlemlerinde cayma hakkı kullanılamayacağını hüküm altına almıştır.

“Cayma hakkı” ile ilgili düzenlemenin getirilmesi kanaatimizce yerinde olmuştur. Çünkü satıcıların alışılmamış yöntemlerle, tüketicileri acele karar vermeye zorlamaları neticesinde, uzun süreli mali yükümlülüklerle sokmaları mümkündür. Diğer bir deyişle, satıcılar, tüketicileri anında karar vermeye zorlamaları sayesinde, tüketiciler, sonuçlarını (sözleşmenin kurulması aşamasında) öngöremedikleri mali yükümlülüklerle karşı karşıya kalabilmektedirler. İşte Kanun’la getirilen bu cayma hakkı, tüketicinin sakın kafa ile düşünüp, rahatça karar vermesine imkan sağlayan bir olanak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple taksitle satış sözleşmelerinde tüketiciye sözleşmeden cayma hakkı tanıyan bu düzenleme, tüketiciyi koruyan en anlamlı hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır⁵¹.

b) Hukuki Niteliği

Yukarıda da belirtildiği üzere, “cayma hakkı” 6502 sayılı TKHK’da düzenlenmiş bir haktır. Ancak bu hakkın hukuki niteliği konusunda doktrinde tartışmalar vardır.

Doktrindeki bir görüşe⁵² göre, cayma hakkı, borçlanma işlemine münhasır dolaylı etkileri bulunan dönme hakkının, geniş anlamda tasarruf işlemine dolaysız bir güçle etkili kılınmış türü olarak ifade edilmektedir. Cayma hakkı, söz konusu bu tasarruf etkisinin varlığı nedeni ile geri alma hakkından⁵³ ayrılmaktadır.

TBK metninde bu şekilde yer aldığı konusunda bkz. **Ünlütepe, M.**, Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul 2013, s. 139, dn. 400.

⁵¹ Benzer görüş için bkz. **Ozanoğlu, H.**, s. 216-217.

⁵² **Serozan, R.**, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 137. Cayma hakkının kullanılması ile borçlanma ve tasarruf işlemlerinin kendi içerisinde birleşerek aynı anda gerçekleşen FSEK. m. 58 hükmü ile yayın sözleşmesinde olduğu üzere, verme ile yapma yükümleri, yükümlünün sürekli bir def’i hakkı ile kalkmakta ve bunun yanında borçlanma işlemi ile birlikte gerçekleştirilen tasarruf işlemiyle geçirilmiş bulunan yayın hakkı da eser sahibine geri dönmekte olduğu hususunda bkz. **Serozan, R.**, s. 138.

⁵³ Buna karşılık cayma hakkının tüketiciye tanınan bir “geri alma hakkı” niteliğinde olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Aslan, İ. Y.**, En Son Değişiklikler ve Yargıtay Kararları İş-YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

Buna karşılık başka bir görüşe göre ise, taraflardan birine, “geri alma hakkı” veya “cayma hakkı” olarak adlandırılan bu hak⁵⁴, sözleşmeden dönmeye veya feshe benzer haklar tanımaktadır⁵⁵. Cayma hakkı, bir bozucu yenilik doğuran hak⁵⁶ ve bu hakkın kullanılması da yenilik doğurucu bir işlemdir.

Kanaatimizce de cayma hakkı, sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshine benzer hak sağlamaktadır. Gerçi sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshedilmesi hakları sözleşmenin her iki tarafına sağlanmış olsalar da, taksitle satış sözleşmesi açısından bu hak 6502 sayılı TKHK. çerçevesinde sadece tüketiciye tanınmıştır. Bu sebeple bu hakkı kullanacak olan tüketici, bu hakkını kullanınca, sözleşmenin hüküm ve sonuçları, ani edimli ifalarda geriye etkili olarak, sürekli ifalarda ise ileriye etkili olarak sona erecektir.

c) Hükümleri

6502 sayılı TKHK'nun 18. maddesine göre, “Tüketici, yedi gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin taksitle satış sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Satıcı cayma süresi içinde malı tüketiciye teslim etmişse tüketici, malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilir; aksi takdirde tüketici cayma hakkını kullanamaz. Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile hizmetin ifasına başlanan hizmet sözleşmelerinde de tüketici

ğında Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2006, s. 436; **Ünlütepe, M.**, s. 139 vd.; **Ünlütepe, M.**, makale s. 333.

⁵⁴ “Geri alma hakkı” ve “cayma hakkı” konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan, R.**, s. 123 vd.; **Ünlütepe, M.**, s. 139 vd..

⁵⁵ Bağışlama taahhüdünde TBK. m. 296; elden bağışlamada TBK. m. 295, vekalet sözleşmesinde TBK. m. 512, böyle olduğu hususunda bkz. **Oğuzman/ Öz**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1., s. 570, dn. 1.

⁵⁶ **İnceoğlu, M.**, Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul 1998, s. 26. Gümüş, TBK. m. 255 çerçevesinde, alıcının yedi gün içinde geçmişe etkili –iptal hakkı benzeri bir bozucu yenilik doğuran hak olarak geri alma hakkını kullanırsa, sözleşme alıcı için hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamaksızın, sadece satıcı için doğan hüküm ve sonuçları ile birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağını ifade etmektedir. **Gümüş, M. A.**, s. 214.

cayma hakkını kullanamaz. Tüketicinin satıcıyı bulduğu finansal kiralama işlemlerinde cayma hakkı kullanılamaz”.

Anılan maddenin 1. fıkrasında yedi günlük süreden söz edilmesine rağmen, sürenin ne zaman başlayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, yazılı sözleşmenin taraflarca imzalanıp, bir nüshasının tüketiciye verildiği tarihten itibaren yedi günlük sürenin başlayacağı kabul edilmelidir⁵⁷.

Yine anılan fıkra uyarınca, tüketici, taksitle satış sözleşmesinden doğan cayma hakkını herhangi bir gerekçe göstermek zorunda olmaksızın kullanabileceği gibi, bu hakkın kullanılması nedeniyle satıcı veya sağlayıcı da, tüketiciden herhangi bir ceza koşulu talep edemeyecektir.

Anılan yedi günlük sürenin geçmesi neticesinde tüketici, artık cayma hakkını kullanamayacaktır. Diğer bir deyişle, satıcı veya sağlayıcı için baştan beri bağlayıcı olan taksitle satış sözleşmesi, tüketici açısından da baştan beri hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Taksitle satış sözleşmeleri, satıcı ve sağlayıcı açısından bağlayıcıdır. Buna karşılık tüketici açısından bir çeşit askıda geçerlilik hali söz konusudur⁵⁸. Cayma hakkı kullanılınca sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelirken, hakkın kullanılması gereken sürede kullanılmaması sonucunda da sözleşme baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁵⁹.

Taksitle satış sözleşmesinde, önceden bu hakkın kullanılmasından feragat edilip edilmeyeceği konusunda TKHK’da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak m. 83’de yapılan atıf gereğince, önceden feragatin mümkün olmayacağı TBK. m. 255/ f. 1’den anlaşılmaktadır.

Hemen belirtmeliyiz ki, cayma hakkının kullanılması açısından yedi günlük sürenin kısaltılması konusunda tarafların anlaşması kesin hükümsüzlük yaptırımına uğrayacaktır. Buna karşılık sürenin uzatılması konusunda yapılan anlaşmaların geçerli olacağını düşünmekteyiz. Çünkü burada önemli olan tüketicinin korunmasıdır. Süre uzatımı da hakkın kullanılması açısından tüketicinin yararına olan bir düzenlemedir⁶⁰.

⁵⁷ Benzer değerlendirmeler için bkz. **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 282- 283; **Gümüş, M. A.**, s. 213-214; **Ünlütepe, M.**, makale s. 334.

⁵⁸ Aynı görüş için bkz. **Gümüş, M. A.**, s. 214.

⁵⁹ **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 282-283; **Yılmaz, C.**, s. 454-455; **İnceoğlu, M.**, s. 27; **Develioğlu, H. M.**, s. 536.

⁶⁰ **Gümüş, M. A.**, s. 216; **Yılmaz, C.**, s. 454; **Ünlütepe, M.**, makale s. 336. Ayrıca bkz. **Stauder, B.**, Art. 226 c, N. 17. *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

Maddenin ikinci fıkrasında “Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla bu hakkın kullanılması herhangi bir şekilde bağlı tutulmamıştır. Ancak burada da yine TBK. m. 255/ f. 1’in (TKHK. m. 83 atfı uyarınca) uygulanması ve bu bildirim yazılı olarak yapılması gerektiğini söylemeliyiz. Her ne kadar TBK. m. 255/ f. 1/ c. son’a göre, “geri alma bildirimünün sürenin son gününde postaya verilmiş olması, sonuç doğurması için yeterlidir” hükmü bir geçerlilik şartı⁶¹ olarak karşımıza çıksa da, bu hakkın yazılı olarak kullanılması, hakkı kullanıldığını ispatlamaya da ayrıca yarayacaktır⁶².

Aynı fıkra uyarınca, satıcının veya sağlayıcının cayma hakkı konusunda tüketiciyi bilgilendirmesi ve bu bilgilendirmenin de kendilerince ispat edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Diğer bir deyişle, tüketicinin cayma hakkı konusunda bilgilendirildiğinin ispat yükü satıcı veya sağlayıcı’dadır. Tüketicinin cayma hakkı konusunda bilgilendirilmemesinin yaptırımına ilişkin de anılan fıkrada hüküm bulunmamaktadır.

Bu durumda tüketicinin bilgilendirilmemesi sonucunda yedi günlük sürenin işlemeye başlamayacağı konusunda ileri sürülen görüş⁶³ kabul edilebilir bir görüş değildir. Her ne kadar TKHK, tüketiciyi koruma amacına yönelik olsa bile, cayma hakkının, satıcı veya sağlayıcı tarafından kendilerine bildirilmediğini ileri süren tüketiciler tarafından kötüye kullanılabilir. Kanaatimizce, Kanun’da yer alan bir hakkın bilinmediğinin ileri sürülmesi, hem “kimse Kanunu bilmiyorum mazeretine sığınamaz” genel hukuk kuralı, hem de MK. m. 2 anlamında bir hüküm ifade etmeyecektir.

Bu tür bir kötüye kullanma ile karşılaşmak istemeyen satıcı veya sağlayıcının, mutlaka bildirim yapması kendi yararlarına olacaktır.

⁶¹ **Gümüş, M. A.**, s. 216; **Yılmaz, C.**, s. 454; Ünlütepe, tüketicinin, geri alma hakkını herhangi bir şekilde uymaksızın sözlü olarak da kullanabileceğini, ancak bu hakkın kullanıldığının ispatının tüketicieye ait olması nedeniyle, bu hakkını noter marifetiyle, iadeli taahhütlü mektupla veya telgraf ile veya satıcı veya sağlayıcının teslim aldığına ilişkin imzası karşılığında bildirilmesinin ispat açısından gerekli olduğunu belirtmektedir. **Ünlütepe, M.**, makale s. 335.

⁶² Aksi takdirde satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkının kullanılmadığını ileri sürmesi halinde bunun ispatlanması güçlük arz eder.

⁶³ **Ünlütepe, M.**, makale s. 335.

Yine anılan maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, “satıcı cayma süresi içinde malı tüketiciye teslim etmişse tüketici, malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilir; aksi takdirde tüketici cayma hakkını kullanamaz. Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile hizmetin ifasına başlanan hizmet sözleşmelerinde de tüketici cayma hakkını kullanamaz.”

Burada önemli olan, mal veya hizmetin tüketiciye tesliminden sonra, tüketicinin, cayma süresi içinde malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilmesidir. Bu ölçüyü aşan bir kullanım söz konusu olunca, tüketicinin cayma hakkını kullanması da mümkün olmayacaktır. Buna ilaveten, hizmet sözleşmelerinin söz konusu olduğu hallerde, tüketicinin onayı ile hizmetin ifasına başlanmışsa da, cayma hakkının kullanılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu fıkra uyarınca, cayma hakkının kullanılmasına bir sınırlama getirilmiştir. Tüketici mal alımı yapmışsa, ancak olağan bir gözden geçirme ölçüsünde malı kullanabilecekken, hizmet ifasına yönelik bir durum söz konusu olduğunda, kendi onayı ile hizmet ifasına başladığı andan itibaren bu hakkını artık kullanamayacaktır.

Bir başka sınırlama ise, anılan maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra göre, “tüketicinin satıcıyı bulduğu finansal kiralama işlemlerinde cayma hakkı kullanılamaz”. Bu hükmün zıt anlamından çıkarılabilecek sonuç ise, finansal kiralama sözleşmesinde satıcı, tüketici ile temasa geçip sözleşme kurulmasına neden olmuşsa, tüketici yine yedi günlük süre içinde cayma hakkına sahip olacaktır.

Bu düzenleme ile ilgili son olarak şunları söylemek mümkündür: Satıcı veya sağlayıcı, taksitle satış sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren, sözleşme ile bağlıdır. Buna karşılık, tüketicinin sözleşme ile bağlanması yedi günlük sürenin geçmesiyle, diğer bir deyişle cayma hakkının kullanılmasından geçirilmesi ile sağlanır. Satıcı veya sağlayıcı açısından baştan beri sağlayıcı niteliğe sahip olan taksitle satış sözleşmesi, tüketici açısından cayma süresi boyunca geçerliliği askıdadır. Bu sebeple, satıcı veya sağlayıcı yedi günlük süre içinde tüketicinin bedel ödemesini talep edemeyecektir. Cayma hakkının kullanılmasıyla da, sözleşme tek taraflı olarak sona ermiş olur⁶⁴.

⁶⁴ Cayma hakkının hukuki niteliği konusunda bkz. § V, 1, b. *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

2) Temerrüt

A) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından

6502 Sayılı TKHK. m. 19’ da bu husus düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre “taksitle satış sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, satıcı veya sağlayıcı, kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak satıcı veya sağlayıcının bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin de kalan borcun en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksidi veya kalan borcun en az dörtte birini oluşturan bir taksidi ödemede temerrüde düşmesi hâlinde kullanılabilir. Satıcı veya sağlayıcının bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması zorunludur. Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmaz.”⁶⁵.

Anılan hükme göre, tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi halinde, kural olarak, kalan taksitler muaccel hale gelmeyecektir. Buna karşılık satıcı veya sağlayıcı, böyle bir durum ile karşı karşıya kaldığında kalan taksitlerin muaccel hale geleceğine ilişkin hakkını saklı tutarak bir taksitle satış sözleşmesi yapmışsa, ancak bu durumda kalan taksitlerin muaccel olması mümkündür. Kanun koyucu, sadece saklı tutma ile yetinmemiş, buna ilaveten bir takım şartların daha oluşması gerektiğini hüküm altına almıştır.

Şöyle ki, muacceliyetin saklı tutulmanın yanı sıra, satıcı veya sağlayıcının bütün edimlerini ifa etmiş olması gerekir. Ancak bununla da yetinmeyen kanun koyucu, bunlara ilaveten, tüketicinin kalan borcunun en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksiti ödemiş olmasını veya kalan borcun en az dörtte birini oluşturan bir taksiti ödemede temerrüde düşmesini aramıştır.

Bununla da yetinmeyen kanun koyucu, satıcı veya sağlayıcının, tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunmasını şart koşmuştur. Bir de muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masrafların dikkate alınmayacağına hükmetmiştir.

⁶⁵ 4077 Sayılı TKHK. m. 6/A’ da sadece “en az dörtte birini oluşturan bir taksidi ödemede temerrüde düşmesi durumu” düzenlenmemiştir. Buna ek olarak, yine 4077 Sayılı TKHK. m.6/A’ da satıcı veya sağlayıcının en az bir hafta süre vererek muacceliyet ihtarında bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Bir haftalık süre, TKHK ile en az otuz güne çıkartılmıştır ki, bu düzenlemenin tüketici lehine yapıldığını düşünmekteyiz.

Bu maddeye göre, son bir değerlendirme yapmak gerekirse, tüketicinin ödemediği taksitler sonucunda kalan borcunun muaccel olabilmesi için şu şartlara gerek vardır.

aa) Satıcı veya sağlayıcı (kalan borcun tümünün ifasını talep edebilme) hakkını saklı tutmuş olmalı,

bb) Satıcı veya sağlayıcı üzerine düşen bütün edimleri yerine getirmiş olmalı,

cc) Tüketicinin kalan borcunun en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksiti ödemiş olmalı veya kalan borcun en az dörtte birini oluşturan bir taksiti ödemede temerrüde düşmüş olmalı,

dd) Satıcı veya sağlayıcı tüketiciye en az otuz günlük süre vermek suretiyle muacceliyet uyarısında bulunmuş olmalı,

ee) Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanması ana para borcu üzerinden değerlendirilerek⁶⁶, faiz, komisyon ve benzeri masrafların hesaba katılmamalıdır.

Bununla birlikte, temerrüdün mutlaka taksit ödeme borcuna ilişkin olması gerekir. Bu TKHK'da açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla taksit ödeme borcundan başka borçlar açısından temerrüde düşülmüş olması, muacceliyet kaydının hüküm doğurmasına sebep olmayacaktır⁶⁷.

Bununla birlikte alıcının peşinat ödemede temerrüde düşmesi hali 6502 Sayılı TKHK'da düzenlenmemiştir⁶⁸. Bu husus sadece TBK. m. 259/ f. 1 ve m. 260/ f. 2'de düzenlenmiştir.

B) TBK. Açısından Alıcının Temerrüdü (Halinde Satıcının Hakları)

a) Alıcının Peşinatı Ödemede Temerrüde Düşmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, TKHK'da peşinat ödeme borcu ve bu borcunda temerrüde düşmesi hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla tüketicinin peşinat ödemesi bir yapısal unsur olarak nitelendirile-

⁶⁶ Altı çizili metin yazar tarafından belirtilmiş olup, TKHK'da böyle bir ifade açıkça yer almamaktadır.

⁶⁷ Ozanoğlu, bu konuyu incelerken, eBK. m. 224'ün emredici olmasından hareket etmiş ve anılan maddede sadece alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesinden bahsedildiği için de, temerrüt dışındaki diğer sözleşme ihlallerinin bütün satış bedelini muaccel olacağının kararlaştırılmayacağını, aksine konulan kayıtların ise, geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. **Ozanoğlu, H.**, s. 274. Benzer açıklama için bkz. **Ansay, T.**, s. 125.

⁶⁸ Bu husus 4077 Sayılı Kanunda'da düzenlenmemiştir.
YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

mez. Buna karşılık TBK’da alıcının peşinat ödeme borcu ve borcunda temerrüde düşmesi halinde uygulanacak hükümler düzenlenmiştir. Şöyle ki,

TBK. m. 259/ f. 1’de alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi halinde satıcının, sadece peşinatı isteyebileceği veya sözleşmeden dönebileceği belirtilmiştir. TBK kapsamındaki taksitle satış sözleşmesi bakımından peşinat ödenmesi, sözleşmenin yapısal bir unsuru değildir. Bu sebeple, TBK’nın peşinat ödenmesine (TBK. m. 256) ve peşinat ödenmesinde temerrüde ilişkin hükümleri (TBK. m. 259/ f. 1 ve m. 260/ f. 2) 6502 sayılı TKHK kapsamındaki taksitle satış sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulmaz. Böyle bir ödeme söz konusu olup da, tüketici, temerrüde düşerse, taksit ödemede temerrüde ilişkin hükümlere göre sonuca ulaşılacaktır.

b) Alıcının Taksitleri Ödemede Temerrüde Düşmesi

TBK. m. 259/ f. 2 gereği, taksitle satışta, alıcı taksitlerden birini ödemede temerrüde düşerse; satıcı, muaccel olmuş taksitlerin ödenmesini veya geri kalan satış bedelinin tümünün ödenmesini bir defada isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Satıcı dönme hakkını TBK. m. 259/ f. 2’de yer alan şartlara göre kullanabilecektir.

Bu fıkraya göre, satıcının sözleşmeden dönebilmesi için, öncelikle bu hakkı açık bir şekilde saklı tutmuş olmasına ve alıcının kararlaştırılan satış bedelinin en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksiti veya en az dörtte birini oluşturan bir taksiti ya da en son taksiti ödemede temerrüde düşmüş olmasına bağlıdır. Ancak, satıcının dönme dolayısıyla isteyebileceği miktar, ödenmiş olan taksitler tutarına eşit veya daha fazla ise satıcı sözleşmeden dönebilir. Ayrıca satıcı, sözleşmeden dönme hakkını kullanmadan önce, alıcıya en az on beş günlük bir süre tanımak zorundadır (TBK. m. 259/ f. 3).

Satıcının ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etme hakkı taksitle satış sözleşmeleri açısından bulunmamaktadır⁶⁹. Taksitlerin ödeme günleri de genellikle belli olduğu için, alıcıyı temerrüde düşürmek için ayrıca ihtar çekmeye gerek yoktur⁷⁰.

⁶⁹ Tandoğan, H., s. 316; Ansay, T., s. 39-40; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 288; Gümüş, M. A., s. 207.

⁷⁰ Tandoğan, H., s. 309; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 288; Ozanoğlu, H., s. 242.

c) Satıcının Seçimlik Hakları

Alıcının temerrüdü gerçekleştiği anda satıcının seçimlik hakları bulunmaktadır. Bu haklar şunlardır:

aa) Satıcının Gecikmiş Taksitin Ödenmesini ve Gecikme Tazminatını Talep Hakkı

Taksitle satış sözleşmesinde satıcının, geri kalan taksitlerin ödenmesi talebi ile sözleşmeden dönme hakkını saklı tutmaması halinde başvuracağı tek imkan, gecikmiş taksitin ödenmesini talep etmektir. Bu durumda satıcı, gecikmiş taksitin ödenmesini ve gecikme tazminatını talep edebilecektir. Satıcının gecikmiş taksitin ödenmesini ve gecikme tazminatını talep etmesi TBK. m. 123 vd. hükümlerine tabidir⁷¹. Gecikmiş taksitlerin ödenmesi talebi her bir taksitin muaccel olduğu andan itibaren beş yılda zamanaşımına uğrar⁷².

bb) Satıcının Geri Kalan Satış Bedelinin Tamamının Bir Defada Ödenmesini Talep Hakkı

Satıcının geri kalan satış bedelinin ödenmesini talep hakkı, TBK. m. 259/ f. 2’de bazı şartlara bağlanmıştır. Anılan fıkraya göre, öncelikle satıcının bu talep hakkını kullanabilmesi için, alıcının taksit ödemede temerrüde düşmesi gerekir. Buna ilaveten satıcının sözleşmede geri kalan satım bedelinin tamamının bir defada ödenmesini saklı tutması gerekmektedir. Bu şartların gerçekleşmesi halinde, alıcının kararlaştırılan satış bedelinin en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksiti ödemede temerrüde düşmesi veya alıcının kararlaştırılan satış bedelinin en az dörtte birini oluşturan bir taksiti ödemede temerrüde düşmesi ya da alıcının kararlaştırılan satış bedelinin en son taksiti ödemede temerrüde düşmesi gerekmektedir. Son olarak TBK. m. 259/ f. 3’e göre, satıcının satış bedelinin geri kalan kısmını talep etmesinden önce alıcıya en az on beş günlük süre vermek zorundadır.

⁷¹ Tandoğan, H., s. 312; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 288; Uygur, T., Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk Tazminat Hukuku, C. 5, Ankara 2003, s. 5322; Gümüş, M. A., s. 204; Ozanoğlu, H., s. 242.

⁷² Yavuz/ Acar/ Özen, s. 288.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

cc) Satıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı

Taksitle satış sözleşmesinde satıcının dönme hakkı, TBK.'nun m. 259 ve m. 260'da düzenlenmiştir.

TBK. m. 259/ f. 2'ye göre, satıcının sözleşmeden dönebilmesi için, bu hakkını açık bir şekilde saklı tutmuş olması gerekmektedir. Ayrıca ikinci fıkrada belirtilen tüm koşulların da gerçekleşmesi gerekir. Bunlara ilaveten 259. maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde, “satıcının sözleşmeden dönme dolayısıyla isteyebileceği miktar, ödenmiş olan taksitler tutarına eşit veya daha fazla ise, satıcı sözleşmeden dönemez” ifadesi yer almaktadır. Satıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmadan önce, alıcıya en az onbeş günlük süre tanınması gerekmektedir (TBK. m. 259/ f. 3).

TBK. m. 260'a göre ise, “satıcı, alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi sebebiyle satılanın alıcıya devrinden sonra sözleşmeden dönerse, her iki taraf aldığı geri vermekle yükümlüdür. Satıcı, ayrıca hakkaniyete uygun bir kullanım bedeli ve satılanın olağan dışı kullanılması sebebiyle değerinin azalması halinde tazminat da isteyebilir. Ancak satıcı, sözleşme zamanında ifa edilmiş olsaydı, elde edecek olduğundan fazlasını isteyemez”.

Sözleşmeden dönme beyanı üzerine, taksitle satış sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Dolayısıyla satıcı, satılan malın iadesini alıcıdan talep edebileceği gibi, alıcı da satıcıya vermiş olduğu bedelleri faizi ile geri isteyebilir⁷³.

Bu noktada şu hususun kanun koyucu tarafından düzenlendiğini belirtmek yerinde olacaktır. Satıcı, malın alıcı tarafından kullanılması sebebiyle hakkaniyete uygun bir kullanım bedelini isteyebileceği gibi, malın alıcı tarafından olağan dışı kullanılması sebebiyle değerinde bir azalma meydana gelmesi halinde, tazminat talebinde de bulunabilecektir⁷⁴.

Bu noktadan sonra yine 6502 sayılı TKHK'nun diğer düzenlemelerini açıklamaya devam edebiliriz.

⁷³ Tandoğan, H., s. 159; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 291.

⁷⁴ Konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tandoğan, H., s. 312-313; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 289-292; Gümüş, M. A., s. 206-211

3) Erken Ödeme

6502 Sayılı TKHK. m. 20, tüketicinin borçlandığı miktarın tamamını önceden ödeyebileceği gibi, vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksiti de önceden ödeyebileceğini hüküm altına almış ve satıcı veya sağlayıcıyı da, almış oldukları faiz ve komisyon varsa, tüketicinin ödediği miktara göre faiz ve komisyon indirimini yapmakla yükümlü kılmıştır⁷⁵.

Bu maddede, tüketicinin, vadesi gelmemiş taksitleri erken ödemesinin mümkün olduğu ve buna bağlanan sonuçlar düzenlenmiştir. Şöyle ki, tüketici, satıcı veya sağlayıcıya karşı borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebilecek veya vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksit konusunda önceden ödeme yapabilecektir.

Böyle bir düzenlemenin getirilmesi tüketicinin yararına olan bir düzenlemedir. Çünkü taksitle satış sözleşmesinde tüketicinin (alıcının) edimi bir defada yerine getirememesi sebebiyle, satıcı veya sağlayıcı, peşin fiyatta, faiz veya komisyon ücreti altında eklemeler yapmaktadır. Bu erken ödeme sayesinde faiz veya komisyon indiriminden yararlanarak, faiz ve komisyon ödemekten kurtulacaktır. Gerek toplam miktarın, gerekse vadesi gelmemiş bir veya birden fazla taksitin önceden ödenmesi halinde, satıcı veya sağlayıcı, ödenen miktara göre faiz ve komisyon indirimi⁷⁶ yapmakla yükümlüdür.

Ayrıca sözleşmede, tüketicinin erken ödeme imkanını sınırlayan veya tamamen ortadan kaldıran veya (hiçbir surette) indirim yapılmayacağını öngören kayıtlar geçersizdir⁷⁷.

Erken ödeme ile ilgili açıklamalarımız, tüketicinin rızasıyla yapmış olduğu erken ödemelere ilişkindir. Buna karşılık acaba zorunlu olarak erken ödeme yapılması durumunda yine indirim yapılabilir mi? Buna olumlu cevap vermek gerekir. Çünkü örneğin, tarafların muacceliyet kaydına yer vermesi söz konusu olduğunda, tüketici taksitleri ödemede temerrüde düşer ve gerekli şartlar yerine gelmek suretiyle bütün taksitle muaccel hale gelirse, bir erken ödeme yapılması zorunlu hale gelecektir. Bu erken ödeme açısından, satıcı veya sağlayıcının haksız kazanç elde etmesi söz konu-

⁷⁵ 4077 Sayılı TKHK m. 6/A/ f. 4'te ise, "sağlayıcı" ve "komisyon indirimi" dışında aynı düzenleme yer almaktaydı.

⁷⁶ TKHK. m. 20 gerekçesinde indirim nasıl yapılacağı hususu Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği kararlaştırılmıştır.

⁷⁷ Aral, F., s. 181; Ünlütepe, M., makale s. 341.
YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

su olacaktır. İşte bu haksız kazancın engellenmesi, ancak indirimin uygulanması ile giderilebilir⁷⁸.

4) Diğer Hususlar

6502 Sayılı TKHK’da “diğer hususlar” başlığı ile 21. maddede düzenleme getirilmiştir. Burada da tüketicinin taşınır satışında malın bedelini kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamının ödenmesinden sonra satılan malın tüketiciye teslim etmeyi üstlendiği ve ödeme süresi bir yıldan fazla veya belirsiz olan sözleşmeler hakkında TBK ön ödemeli taksitle satış hükümlerinin uygulanacağını hüküm altına almıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise sözleşmenin zorunlu içeriği, tüketici ile satıcı veya sağlayıcının hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, erken ödeme ile diğer hususlara ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Ş VI. TÜRK BORÇLAR KANUNU’NDA DÜZENLENİP, 6502 SAYILI TKHK’DA DÜZENLENMEMİŞ OLAN DİĞER HÜKÜMLER

Öncelikle belirtmeliyiz ki, buraya kadar yapılmış olan bütün açıklamalar 6502 sayılı TKHK’da düzenlenmiştir. Ayrıca “temerrüt” konusunda TBK hükümleri de kısa bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Buradan sonra artık sadece TBK’da yer alan taksitle satış hükümleri incelenecektir. Daha önce de belirtildiği üzere, 6502 sayılı TKHK’nun 83. maddesindeki atıf nedeniyle, anılan kanunda hüküm bulunmaması halinde, TBK’ndaki genel hükümler uygulanacaktır. Bu durumda, “yasal temsilcinin rızası”, “sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması ve geri alma açıklaması” ve “ tarafların hak ve borçları” konularında genel hükümlere bakılması gerekmektedir.

1) Yasal Temsilcinin Rızası

Yasal temsilcinin rızası TBK. m. 254’de düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı tarafından yapılmış olan taksitle satış sözleşmesinin geçerliliği, yasal temsilcinin yazılı rızasına bağlıdır. Bu durumda rızanın en geç sözleşmenin kurulduğu anda verilmiş olması gerekir.

⁷⁸ İnceoğlu, M., s. 31-32; Ünlütepe, M., makale s. 341.

Kanun koyucu, sonradan yasal temsilcinin rıza vermesinin taksitle satış sözleşmesini geçerli hale getirmeyeceğini hükme bağlamıştır. Diğer bir deyişle, kanun koyucu taksitle satış sözleşmelerinde yasal temsilcinin baştan vermiş olduğu rızasını geçerli saymakta, buna karşılık sonradan verilen rızayı, diğer bir deyişle, “icazeti” kabul etmemektedir⁷⁹. Yazılı rıza verilmezse, taksitle satış sözleşmesi geçersizdir⁸⁰.

Kanaatimizce sonradan izin alınan durum (icazet verildiği durum) söz konusu olduğunda, yasal temsilcinin rızasını yazılı olarak baştan vereceği yeni bir taksitle satış sözleşmesinin yapılması gerekmektedir.

2) Sözleşmenin Hüküm ve Sonuçlarını Doğurması ve Geri Alma Açıklaması

TBK. m. 255/ f. 1’ e göre, “taksitle satış sözleşmesi, alıcı bakımından, taraflarca imzalanmış sözleşmenin bir nüshasının alıcının eline geçmesinden yedi gün sonra hüküm doğuracaktır. Alıcı yedi günlük süre içinde satıcıya yazılı olarak geri alma bildiriminde bulunabilir. Bu haktan önceden feragat edilemez. Geri alma bildiriminin sürenin son gününde postaya verilmiş olması, sonuç doğurması için yeterlidir”.

Söz konusu fıkrada alıcı bakımından sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması ele alınmıştır. Bu düzenlemenin zıt anlamından satıcı bakımından sözleşmenin kurulduğu anda hükümlerini doğurduğu ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık alıcı açısından hüküm doğurmaya başlayacağı an, imzadan yedi gün sonra başlayacaktır.

Maddeden de anlaşılacağı üzere, geri alma hakkının kullanılması yazılı şekle tabi tutulmuştur. Yazılı şekle bir geçerlilik şartıdır⁸¹. Yedi gün içinde bu hak kullanılmaz veya yazılı şekle uyulmaksızın kullanılırsa, alıcının, geri alma hakkı sona erer. Buna dayalı olarak, taksitle satış sözleşmesi hükümlerini doğurmaya başlar.

Geri alma hakkı süresinde ve şekle uygun olarak kullanıldığında ise, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır. Ayrıca yine aynı madde uyarınca, alıcının geri alma hakkından önceden feragat etmesi mümkün

⁷⁹ Gümüş, M. A., s. 189; Yılmaz, C., s. 452; Develioğlu, H. M., s. 535; Ünlütepe, M., makale s. 332.

⁸⁰ Gümüş, M. A., s. 189; Yılmaz, C., s. 451; Ünlütepe, M., makale s. 332.

⁸¹ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 282.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

değildir⁸². Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, geri alma hakkından önceden feragat edilemeyeceğinin kabul edildiği ve bu şekilde feragatin, TBK. m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında, satıcının, geri alma süresinde, malı, alıcıya devretmiş olması halinde, alıcının satıma konu olan malı olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabileceği, aksi halde sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olacağı hüküm altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında da geri alma hakkını kullanan alıcıdan cayma parası istenemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

3) Tarafların Hak ve Borçları

A) Peşinat Ödeme Borcu ve Sözleşmenin Süresi

TBK. m. 256/ f. 1' de peşinat ödeme borcu ve sözleşmenin süresi düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, "Alıcı, peşin satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin olarak, satış bedelinin geri kalan kısmını da sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ödemekle yükümlüdür." Görüldüğü gibi, söz konusu madde peşinat ödeme borcunun miktarını belirttiği gibi, taksitle satış sözleşmesinin süresine de üç yıllık üst sınır getirmektedir. Bu düzenlemelerin getirilmesinin amacı, alıcıyı korumaktır.

Doktrinde, taksitle satış sözleşmesinde satış bedelinin geri kalan kısmının sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıldan fazla bir sürede ödenmesi kararlaştırılmışsa, sözleşmenin tamamıyla hükümsüz olacağını savunan yazarlar⁸³ bulunmaktadır.

Oysa taksitle satış sözleşmesi hükümlerinin alıcıya yönelik sosyal koruma amacı göz önüne alındığında, satıcının, üç yılın dolmasından sonraki taksitler bakımından talepte bulunamayacağını belirtmenin daha uygun olacağını düşünmekteyiz⁸⁴. Hatta bunun sonucunda alıcı da (üç yılı aşan) taksitleri ödemişse, ödemiş olduğu taksitleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alabilecektir.

Aynı maddenin ikinci fıkrası, Bakanlar Kuruluna peşinat miktarı ve yasal ödeme sürelerini belirleme konusunda verilen yetkiyi; üçüncü fıkra-

⁸² Geri alma hakkından ancak sözleşme kurulduktan sonra feragat edilebileceği konusunda bkz. **Stauder, B.**, Art. 226 c, N. 15-16; **Yılmaz, C.**, s. 455.

⁸³ **Develioğlu, H. M.**, s. 531; **Yılmaz, C.**, s. 461.

⁸⁴ Aynı yönde görüş için bkz. **Akünel, T.**, s. 92; **Gümüş, M. A.**, s. 181-182; **Ünlütepe, M.**, s. 133-134; **Ünlütepe, M.**, makale s. 338.

sı, kanunda belirtilen peşinatı almaksızın alıcıya malı devreden satıcının peşinatın ödenmeyen kısmı üzerinde talep etme hakkının olmayacağını, dördüncü fıkrası da, peşinattan vazgeçilmesi karşılığında satış bedelinin arttırılmasına ilişkin anlaşmanın geçersiz olacağını hüküm altına almıştır.

B) Alıcının Def'ileri

TBK. m. 257/ f. 1'e göre, "alıcı, satıcının taksitle satıştan doğan alacağı ile kendisinin alıcıdan olan alacağını takas etme hakkından önceden feragat edemez". Anılan fıkranın emredici nitelikte olması sebebiyle, alıcının, takas hakkından önceden feragat etmesi kesin olarak geçersiz olacaktır⁸⁵. Bu hükümle borçlunun takas hakkından önceden feragat edebileceğine ilişkin genel kurala (TBK. m. 145), taksitle satış sözleşmeleri açısından bir istisna getirilmiştir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, "alacağın devredilmesi durumunda alıcının, satış bedeli alacağına ilişkin def'ileri sınırlanamaz ve ortadan kaldırılamaz". Bu hüküm de emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu düzenlemeye aykırı bir durum söz konusu olduğunda, bu da kesin olarak geçersizdir. Hemen belirtmeliyiz ki, her ne kadar fıkroda sadece def'ilerden söz edilmekteyse de, bu kapsama itirazlar da girecektir⁸⁶.

C) Satış Bedelinin Tamamen Ödenmesi

TBK. m. 258'e göre, "taksit borcu kambiyo senedine bağlanmış olmadıkça, alıcı satış bedelinin kalan kısmını her zaman bir defada ödeyerek borcundan kurtulabilir. Bu durumda, peşin satış bedeline ilave edilen bedelin ödenmemiş taksitlere isabet eden kısmı, yarısından az olmamak üzere ödeme süresinin kısaltılmasına uygun olarak indirilir".

Anılan düzenleme⁸⁷ uyarınca indirim, satış bedelinin kambiyo senedine bağlanmadığı durumlarda mümkün olacaktır. Buna ilaveten, alıcı, satış bedelinin kalan kısmının tamamını toptan ödeme imkanına kavuşturulmuştur⁸⁸. Toptan ödemenin doğal sonucu olarak işlememiş, ancak söz-

⁸⁵ **Stauder, B.**, Art. 226 f, N. 3; **Yılmaz, C.**, s. 458.

⁸⁶ **Demir, R.**, s. 88; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 285; **Gümüş, M. A.**, s. 221.

⁸⁷ TBK. m. 258'deki düzenlemeye benzer bir düzenleme 6502 sayılı TKHK'nun 20. Maddesinde "erken ödeme" başlığı altında düzenlenmiştir.

⁸⁸ Gümüş'e göre, erken ödeme hakkı satış bedelinde indirim sonucunu doğuran bir yenilik doğuran haktır. Satış bedelinin kalan kısmının tamamını ödeme talebi, söz konusu yenilik *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

leşme devam etseydi, işleyecek olan faizlerden tasarruf etme imkanı da alıcıya tanınmıştır⁸⁹.

D) Hakimin Müdahalesi

TBK. m. 261'e göre, "hakim, temerrüde düşen alıcının borçlarını ödeyeceği konusunda güvence vermesi ve satıcının da bu yeni düzenleme dolayısıyla herhangi bir zararının olmaması koşuluyla, alıcıya ödeme kolaylıkları sağlayabilir ve satıcının satılanı geri almasını yasaklayabilir". Hakimin müdahalesini düzenleyen böyle bir düzenleme 6502 sayılı TKHK'da bulunmamaktadır⁹⁰. Yine belirtmeliyiz ki, TKHK'nun 83. Maddesi gereğince, taksitle satış sözleşmelerine hakimin müdahalesi istenebilecektir. Ancak hemen belirtmeliyiz ki, bu müdahaleyi talep edebilecek olan sadece alıcıdır (tüketicidir).

Söz konusu maddeden de anlaşılacağı üzere, alıcının talebi üzerine, hakime maddede belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, sözleşmeye müdahale etme hakkı verilmektedir. Bu müdahale iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Ya alıcıya ödeme kolaylığı sağlanır veya satıcının satılan malı geri almasını yasaklayabilir. TBK. m. 261 gereğince, ödeme kolaylığı sağlanabilmesi ve malın geri alınmasının yasaklanabilmesi için, üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir.

Bunlar, alıcının (tüketicinin) temerrüde düşmüş olması, borçlarını ödeyeceğine ilişkin güvence vermiş olması ve satıcı veya sağlayıcının herhangi bir zararının olmamasıdır. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde, hakim, en yakın gelecekte alıcının (tüketicinin) sözleşmeye uygun düşecek davranışlarına ilişkin tedbirleri almakla yükümlüdür⁹¹.

Bu tedbirler, taksitlerin ödenmesinin ertelenmesi⁹² şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, sözleşme süresinin uzatılması⁹³ şeklinde de ortaya çıka-

doğuran hakkın kullanılması anlamına gelir ve alıcı indirim talep etmese de, satıcı, satış bedelinde gerekli olan indirim yapmak zorundadır. **Gümüş, M. A.**, s. 222.

⁸⁹ Satıcının, alıcının toptan ödeme talebini kabul etmediği durumda, alacaklı temerrüdüne düşeceği ve alıcının mahkemeye başvurarak tutarı tevdi ettirmek suretiyle borcundan kurtulacağı konusunda bkz. **Stauder, B.**, Art. 226 g, N. 8.

⁹⁰ Aynı şekilde 4077 sayılı TKHK'da da böyle bir düzenleme yoktur.

⁹¹ **Yılmaz, C.**, s. 469.

⁹² **İnceoğlu, M.**, s. 35. Örnek olarak, henüz vadesi gelmemiş taksitler için yeni muacceliyet vadeleri belirleyebilir veya taksit tutarlarının yeniden yapılandırılmasına karar verebilir. **Yılmaz, C.**, s. 469.

bilir. Ancak hemen belirtmeliyiz ki, satıcının talebi üzerine mevcut tedbir-
lere ek tedbirler alma yetkisi saklıdır.

Bu sayede hakim dönme beyanının hukuki sonuçlarını doğurmasını engelleyerek alıcıya ödeme kolaylığı yanında ek bir hukuksal koruma sağ-
lar⁹⁴.

E) Yetkili Mahkeme ve Tahkim

Taksitle satış sözleşmesinde hangi mahkemenin yetkili olduğu ve tahkim sözleşmesinin yapılabilmesinin mümkün olup olmayacağı konusu TBK. m. 262’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, alıcının yerleşim yerinin Türkiye olması durumunda, taksitle satış sözleşmesinden doğan uyuşmaz-
lıklarda, yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olacağı ve yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim söz-
leşmesinin de yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Ekonomik açıdan güçsüz olan alıcının (tüketicinin) korunmasına⁹⁵ yönelik bu düzenlemeye aykırı davranış, diğer bir deyişle, sözleşmenin kurulmasından önce yetkili mahkemenin belirlenmesi veya tahkimin dü-
zenlenmesi kesin olarak geçersizdir⁹⁶.

Maddenin zıt anlamından da anlaşılacağı üzere, ancak sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan feragat ve tahkim sözleşmesi geçerlidir.

SONUÇ

Çalışmamızın konusunu oluşturan “taksitle satış sözleşmesi” gerek 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (TKHK), gerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) çerçevesinde ele alınmış ve yeri gel-
dikçe yürürlükten kalkan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki

⁹³ Develioğlu, H. M., s. 543; Makaracı Başak/ Öktem Çevik, s. 114. Hakim, alıcının sözleşme ile kararlaştırılan edim yükümlülüklerini ileride yerine getirebileceğine kanaat getirirse, TBK. m. 256/ f. 1’de düzenlenen üç yıllık üst sınır süresini aşan taksit sürelerinde ödenmesine de karar verebilir. Yılmaz, C., s. 469.

⁹⁴ Hatta hakim, söz konusu yetkisini muacceliyet şartının gerçekleşmiş olduğu veya satıcı veya sağlayıcının sözleşmeden dönmüş olduğu durumlarda da kullanabilir. İnceoğlu, M., s. 35.

⁹⁵ Alıcının çoğu kez uzak bir mahkemede hakkını savunmak zorunda olması, gerek mahkeme masrafları, gerekse savunma imkanları açısından büyük güçlükler sebep olmakta, bu durum mahkemelerin yükünün de büyük ölçüde ağırlamasına yol açmaktadır. Akünal, T., s. 103-104.

⁹⁶ Yılmaz, C., s. 470.

Kanun (eTKHK) ile eski Borçlar Kanunumuzdaki (eBK) hükümlere de değinilmiştir.

Taksitle satış sözleşmesi hükümlerinin 6502 sayılı TKHK’da yer verilen düzenlemelerinin özel kanun niteliğinde olduğu, buna karşılık 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemeler ise genel kanun niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Özel Kanun niteliğindeki TKHK’da düzenleme yapılmadığı durumlarla karşılaşıldığı zaman, anılan Kanun’un 83. Maddesinin yapmış olduğu atıf sebebiyle, genel hükümlerin uygulanacağına hükme bağlandığı ifade edilmiştir.

İki Kanun arasında bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda acaba hangisine öncelik verilmesi gerektiği belirtilmek suretiyle, özel kanun niteliğindeki 6502 sayılı TKHK, genel kanun niteliğindeki TBK’den sonra yürürlüğe girdiği için taksitle satış sözleşmelerine TKHK öncelikle uygulanacağı; TKHK’da hüküm yoksa, TBK uygulanacağı ortaya konulmuştur.

TKHK’nun “kişi” bakımından uygulanma alanı ne şekilde tespit edileceği açıklanmış olup, “tüketici” kavramı açıklanmıştır.

Bunlara ilaveten TKHK. m. 3 (1) ve (i) bentlerinde, “sağlayıcı” ve “satıcı” kavramları açıklanmıştır. Bu açıklamalar ışığında, satıcı ve sağlayıcının, ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında kazanç sağlamak amacıyla, sürekli olarak ilgili faaliyetleri yürüten ve tüketiciye bedel karşılığında sunan gerçek veya tüzel kişi olduğu ortaya çıktığı tespiti yapılmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda, taksitle satış sözleşmesi TBK. m. 253-263 arasında (toplam onbir madde olmak üzere) “Kısmi Ödemeli Satışlar” kenar başlığı altında düzenlenmesine karşılık 28 Mayıs 2014’de yürürlüğe giren 6502 Sayılı TKHK’da ise m. 17-21 arasında (toplam beş madde halinde) düzenlenmiş olduğu ortaya konulmuştur.

Bu bağlamda, 4077 sayılı Kanun ile 6502 sayılı Kanun arasında iki konuda farklılık göze çarptığı ve bunların da “cayma hakkı” (m. 18) ve “diğer hususlar” (m. 21) konusunda olduğu ortaya konulmuştur.

Son olarak Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş olmasına rağmen, 6502 sayılı TKHK’da hüküm altına alınmamış düzenlemelerin neler olduğu konularına değinilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akıpek/ Akıntürk**, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Akünel, T.**, “Mukayeseli Hukukta Taksitle Satım Sözleşmelerinde Alıcıyı Korumaya Yönelen Tedbirler”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yeni Seri Yıl 6, Sayı 9, 1972.
- Ansay, T.**, Türk Borçlar Kanununa Göre Taksitle Satışlar ve Satıcı, Ankara 1954.
- Antalya, O. G.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012.
- Aral, F.**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2000.
- Aslan, İ. Y.**, En Son Değişiklikler ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2006.
- Demir, R.**, Türk Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmeleri, Ankara 2013, s. 5-6.
- Develioğlu, H. M.**, “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun “Taksitle Satım” Sözleşmesi İle İlgili Getirdiği Değişiklikler”, Legal Hukuk Dergisi, C. 9, S. 98, İstanbul 2011.
- Dural/ Sarı**, Türk Özel Hukuku, C. 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2006.
- Ergüne, M. S.**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Taksitle Satışa İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013.
- Gümü, M. A.**, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.
- Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- İnceoğlu, M.**, “Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.
- İnceoğlu, M.**, Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul 1998.
- Karahasan, M. R.**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1, İstanbul 2002.
- Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 2010.

Kostakoğlu, C., Gerekçeli ve Açıklamalı Türk Yeni Borçlar Kanunu, İstanbul 2011.

Makaracı / Çevik, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Taksitle Satım Sözleşmesine İlişkin Getirilen Düzenlemeler”, Legal Hukuk Dergisi, C. 10, S. 111, İstanbul 2012.

Meier/ Hayoz, Berner Kommentar, Band IV, Sachenrecht, Systematischer Teil, 4. Auflage, Bern 1966.

Oğuzman/ Barlas, Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 21. Bası, İstanbul 2015.

Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2011.

Oğuzman/ Seliçi/ Oktay – Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

Ozanoğlu, H., “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.

Ozanoğlu, H., Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999.

Serozan, R., Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007.

Serozan, R., Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2007.

Sirmen, L., Eşya Hukuku, Ankara 2013.

Stauder, B., (Herausgeber: Honsell/ Vogt/ Wolfgang) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1 - 529), Basel und Frankfurt am Main, 1996.

Tandoğan, H., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/ 1, İstanbul 2008

Uygur, T., Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C. 3, Ankara 1991.

Uygur, T., Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk Tazminat Hukuku, C. 5, Ankara 2003.

Uygur, T., Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 2012.

Ünlütepe, M., 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2014, S. 2.

Ünlütepe, M., Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul 2011.

Ünlütepe, M., Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul 2013.

Yavuz, N., Açıklamalı – Yorumlu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler: Genel ve Özel Hükümler, Ankara 2012.

Yavuz, N., “Tüketiciyi Koruma Hakkındaki Kanuna Göre Tüketici Kavramı”, Hukuk Dergisi, S. 109, 15 Şubat 2001.

Yavuz/ Acar/ Özen, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2014.

Yılmaz, C., “6098 Sayılı TBK Uyarınca Taksitle Satış Sözleşmesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi (TBK m. 253-262)”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011.

Zevkliler/ Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Bası, Ankara 2013.

**AYIPLI MALDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK VE
UYGULAMA SORUNLARI**
(*LIABILITY ARISING OUT OF DEFECTIVE GOODS AND PROBLEMS IN
APPLICATION*)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Gül DOĞAN*

ÖZET

Bu makalede 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK) öngörülen tüketici sözleşmesine dayalı mal sağlama durumunda, satıcının ve müteselsilen üretici ve ithalatçının sorumluluğunu doğuran ayıplı ifa halleri incelenmiştir. Söz konusu sorumluluk doğuran haller incelenirken tüketicinin ayıplı ifadan kaynaklanan seçimlik hakları ve bu hakların kullanılmasına ilişkin sınırlamalar, ayıplı ifa durumunda uygulanacak zamanaşımı süresi ve ispat kuralları da irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, tüketicinin korunması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu, ayıplı mal, ayıplı ifa, sorumluluk, ithalatçı, imalatçı, satıcı.

ABSTRACT

In this article, defective performance types, which may give rise to the joint and several liability of a seller, a producer, and/or an importer based on a consumer contract under the Turkish Code of Consumer Protection (Act. No. 6502) are examined. In this context, alternative rights of a consumer due to defective performance, and the use restrictions on those rights, statute of limitations, and relevant rules of evidence are analyzed.

Keywords: *Consumer, protection of consumers, Turkish Code of Consumer Protection, Turkish Code of Obligations, defective good, defective performance, liability, importer, producer, seller.*

I. GENEL OLARAK

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK)¹ 8. maddesi, tüketici sözleşmesine dayalı mal sağlama durumunda, satıcının ve müteselsilen üretici ve ithalatçının sorumluluğunu doğuran ayıplı ifa hallerini düzenlemektedir. Ayıplı mal sağlama, satış sözleşmesi dışında, örneğin, istisna sözleşmesi ile de gerçekleştirilebileceğinden, tüm mal sağlamaya yönelik sözleşmeler için genel ve soyut bir ayıplı ifa tanımı vermek yerine, kanun koyucu ayıplı ifa sayılabilecek halleri, TKHK m. 8’de sıralama yoluna gitmiştir². TKHK m. 9’da, ayıplı maldan kaynaklanan sorumluluk düzenlenirken, TKHK m. 10’da, ayıplı maldan sorumluluk bakımından ispat kuralları getirilmiştir. Tüketicinin ayıplı ifadan kaynaklanan seçimlik hakları ve bu hakların kullanılmasına ilişkin sınırlamalar, TKHK m. 11’de hükme bağlanmış, ayıplı ifa durumunda uygulanacak zamamaşımı süresi ise, TKHK m. 12’de düzenlenmiştir.

II. TKHK’ A GÖRE AYIPLI İFA

TKHK m. 8/I’de öncelikle, malın tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması halini, bir ayıplı ifa hali olarak düzenlemiştir³. Böylece kanun koyucu, “örnek üzerine sözleşmeler” bakımından ayıplı ifanın varlığını kabul etmiştir. Bu noktada, TBK m. 247’nin ispat kuralları, tüketici sözleşmesi niteliğindeki örnek üzerine satış sözleşmelerine doğrudan uygulanırken (TKHK m. 83/I), diğer örnek üzerine tüketici sözleşmelerine ise, kıyasen uygulanır⁴.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: guldogan@yeditepe.edu.tr

¹ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 7.11.2013 tarihinde kabul edilmiş, 28.11.2013 tarihli 28835 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Kanunun 87. maddesi gereği, 6502 sayılı Kanun, 28.05.2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

² Gümüş, Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I (Madde 1-46), İstanbul 2014, s. 84.

³ Bu düzenleme, ayıptan doğan sorumluluğun temelini, sözleşmeye mi yoksa, garanti sorumluluğuna mı dayandığı şeklindeki tartışmaları, sözleşme lehine çözmüştür; bu konuda bkz. Atamer, M. Yeşim/Baş, Ece: “Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, İBD Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, Özel Sayı 1, 2014, s. 22.

⁴ Gümüş, s. 88.

TKHK m. 8/I, objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşı-maması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan malın da, ayıplı mal niteliğini taşıdığını belirtmiştir. Satış sözleşmesi bakımından satılan maldan beklenen faydanın, taraflarca anlaşarak belirlenemediği durumlarda, işlem hayatındaki kabullere göre, özellikle işin niteliği, satış sözleşmesi ile arzulan amaç gibi kriterlere göre, tüketicinin satılandan beklediği faydanın gerçekleşmesine engel olan nitelik eksiklikleri, malın objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşı-maması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, satılan malın “objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşı-maması” ifadesi ile, tüketicinin maldan makul olarak beklediği faydaların elde edemeyeceği bir “varsayım” olarak kabul edilmiştir; bu ifadenin, eser sözleşmesi bakımından, güven ilkesi gereği eserde bulunması gereken niteliklerin yokluğu anlamına geldiği belirtilmelidir⁵.

TKHK m. 8/II'ye göre, “Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir”.

Öncelikle, ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan mallar, ayıplı mal niteliğini haizdir. Böylece, düzenlemede öngörülen şekillerden birisi ile yapılan nitelik (vasıf) vaadine dayalı ayıplı mal ifası hükme bağlanmıştır. Ancak, doktrinde savunulan, abartılı reklamların bir nitelik bildirimini sayılmayacağı şeklindeki görüşün, tüketici hukuku bakımından da benimsenmesi gerekir⁶. Tüketici, reklamlarda sözü edilen nitelik açıklamasının ciddiyet taşımadığını, abartılı olduğunu, somut olayın şartlarına göre dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirebiliyorsa, satıcı ve müteselsilen üretici ve ithalatçı bakımından bir ayıplı ifa sorumluluğu doğmamalıdır⁷.

⁵ Gümüş, s. 88.

⁶ Göle, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlar, Ankara 1983, s. 152, Gümüş, I, s. 80-81.

⁷ Gümüş, s. 89; Atamer/Baş, s. 24. Gümüş, nitelik vaadinin, “münhasıran” fiilen satış yapan satıcının, üreticinin veya ithalatçının yapmış olduğu reklam ve ilanlarda yer alma-
YUHFD Vol. XII No. 2 (2015)

Hükümde, “satıcı tarafından bildirilen” ifadesi kullanılarak, söz konusu niteliklerin satılan malda bulunmamasının satıcıyı sorumlu kıldığı öngörülmüştür. Böylece, yeni TKHK bakımından da, vasıf vaadine dayalı ayıplı ifa sorumluluğunun söz konusu olduğu vurgulanmıştır. Maddede sözü edilen “teknik düzenleme” ifadesi, TKHK m. 3, j bendi uyarınca bir malın imalatında uyulması zorunlu olan düzenlemeleri ifade eder⁸. Yani, satıcı/ imalatçı bu konuda hiçbir taahhütte bulunmasa da her tüketici, maldaki bu özellikleri beklemekte haklıdır.

Yine hükümde, tüketicinin her türlü beklentisi değil, makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran malların da, ayıplı mal niteliğini haiz olduğu belirtilmiştir. Somut olayda, ortalama bir tüketicinin beklentisine göre, malın objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması halinde malın, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azalttığı veya ortadan kaldırdığı kabul edilir. Tüketicinin makul beklentisini aşan nitelik eksiklikleri ise, satıcı tarafından bilinebildiği ve kabul edildiği ölçüde ayıplı ifa sorumluluğuna yol açar. Hükümde, ayıbın önemli olması gerekip gerekmediğine ilişkin bir kısıtlamaya yer verilmemiş olsa da, TBK m. 219 hükmüne uygun olarak, maldan beklenen faydanın azalması ve ortadan kalkmasının önemli olması gerekmektedir. Örneğin, satın alınan yemek masasının altında kalan ve hiç görünmeyen kısmındaki küçük cila bozuklukları, esaslı olmayan ayıplar olarak, TKHK bakımından satıcının ayıplı ifa sorumluluğuna yol açmamalıdır⁹. Belirtmek gerekir ki, TKHK m. 13/II’de değer azalması olgusuna ayıplı hizmetler bakımından yer verilmiştir. TKHK m. 13/II hükmü, ayıplı mal ifası bakımından kıyasen uygulanmalı ve ayıbın malın değerini objektif olarak ortadan kaldır-

sının yeterli olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, başka bir satıcının internet portalında nitelik vadeleri çerçevesinde başka bir satıcı ile sözleşme akdetmiş olan tüketici, salt nitelik vaadine dayalı olarak, sözleşme akdettiği satıcıyı sorumlu tutamamalıdır; bkz. Gümüş, s. 89, dn. 104.

⁸ 4703 sayılı Ürünlerle İlgili Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun m. 3/j hükmü gereği, “Teknik düzenleme : Bir ürünün, ilgili idari hükümler de dahil olmak üzere, özellikleri, işletme ve üretim yöntemleri, bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirmesi işlemleri hususlarından biri veya birkaçını belirten ve uyulması zorunlu olan her türlü düzenlemeyi ifade etmektedir.

⁹ Önemsiz sayılacak ayıplarda, alıcı dönme hakkını kullanamamalı, önemsiz bir ayıp için onarım veya bedelin indirilmesi kabul edilebilir olsa da, dönme hakkını kullanmak MK m. 2/II uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıdığından reddedilmelidir.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

ması veya önemli ölçüde azaltmasının da, satıcının ve diğer müteselsil sorumluların sorumluluğuna neden olması gerekir¹⁰.

“Muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan mallar” da, TKHK m. 8/II ye göre ayıplı mal niteliğini taşımaktadır. Maddede öngörülen bu husus aslında tüketicinin, maldan makul olarak beklediği faydaların azalması veya ortadan kalkması halidir. Örneğin, piyasada satılan aynı yıla ait fiyat ve nitelik olarak eşdeğer kalitede olan tüm klimalarda uyku modu olduğu halde, tüketicinin satın aldığı klimada uyku modu bulunmaması, tüketici tarafından satın alınan klimanın muadili olan klimaların kullanım amacını karşılamaması nedeniyle, tüketicinin maldan makul olarak beklediği faydaların azalması veya ortadan kalkması hali yani, bir ayıplı ifa durumunun varlığı sonucunu doğurur. Mevcut karşılaştırma, aynı veya benzer hammaddeyi, teknolojiyi kullanan birbiri ile rekabet halindeki malların temel özellikleri itibarıyla yapılmalıdır¹¹. Örneğin, bir firmanın ürettiği televizyonların insan sesiyle komut alabilmesi özelliğinin, diğer firmaların ürettiği televizyonlarda bulunmaması ayıplı ifaya yol açmaz.

TKHK m. 8/II’de, maddi, hukuki veya ekonomik nitelikteki eksikliklerin, ayıp oluşturabileceği hükme bağlanmıştır. Maddi ayıp, satılanın kırık, bozuk olması gibi fiziksel niteliğine ilişkin eksiklikleri ifade eder. Hukuki ayıp, maldan amacına uygun şekilde yararlanma ve tasarruf imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran hukuk kurallarının varlığı halinde söz konusu olur. Ekonomik ayıp ise, daha çok normal şartlarda satılardan elde edilmesi beklenen tarzda gelir veya verimin sağlanamaması, masrafların beklenenden fazla olmasını belirtir¹².

TKHK m. 8/III’de yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Hükme göre, “Sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi veya montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hâllerde, montaj talimatındaki yanlışlık

¹⁰ Gümüş, s. 90.

¹¹ Gümüş, s. 90. Ayrıca bkz. Atamer/Baş, s. 25.

¹² Örneğin, otomobilin tüketiciye bildirilenden çok daha fazla benzin sarfetmesi, ekonomik ayıp niteliğindedir; Yargıtay 13. HD., 4.2.2008 T., E. 2007/1592, K. 2008/1274 (www.kazanci.com).

veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur”.

Bu düzenleme ile sözleşme konusu malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi ayıplı ifa sayılmış, teslim için belirli süre veya vade kararlaştırılmış mal sağlamaya yönelik tüketici sözleşmelerinde ayıplı ifa ile borçlu temerrüdü kurumları birbirine eşdeğer kılınmıştır. Hükümün lafzından hareketle, satıcının mülkiyeti devir ve teslim borcunun sözleşmenin kurulduğu anda doğduğu ve muaccel olduğu peşin satışlarda veya bu borç için belirsiz vade kararlaştırıldığı durumlarda, ifada zamansal gecikmenin ayıplı ifa hükümlerinin uygulanmasını gerekli kılmadığı söylenebilir¹³. Doktrinde, yasal düzenlemeye rağmen, sözleşmeye konu malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi durumunda, TKHK m. 8/III hükmü ile TBK'nın borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerinin yarışmalı olarak uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁴. Ancak, temerrüt hali için dahi, TKHK'nın kısa zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulur.

Hükümde ayrıca, montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi veya malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hâllerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa yine ayıplı ifanın söz konusu olacağı ifade edilmiştir¹⁵. Örneğin,

¹³ Hükümün gerekçesine göre “...Ayrıca tüketicilerin sıklıkla karşılaştıkları bir sorun olan sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde teslim edilmemesi durumunda da sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur. Bu durumda tüketici ayıplı mala ilişkin hükümlerden yararlanacaktır”.

¹⁴ Gümüş, s. 92. Yazara göre, TKHK'un ayıplı ifa hükümleri, satıcının borçlu temerrüdü durumunda uygulanırken, alıcının sahip olduğu seçimlik haklar bakımından zamansal gecikme gereği ileri sürebileceği tek seçimlik hak, sözleşmeden dönme olup, kanun koyucu aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini isteme hakkını tüketicinin elinden almıştır. “Yine, TBK'nın genel hükümlerinin dönme öncesi kural olarak satıcıya uygun bir süre tanınması yönündeki kural uygulama bulmayacak, tüketici satıcıya uygun bir süre tanımaksızın sözleşmeden dönebilecektir. Öte yandan yTKHK m. 10/I'e kıyasen sözleşmede öngörülen sürenin ilk altı ayında dönme hakkı kullanılırsa sözleşme ihlali yasa gereği ispatlanmış sayılır”; bkz. Gümüş, s. 91-92.

¹⁵ Hükümün gerekçesine göre, “Üçüncü fıkrada, 1999/44 sayılı AB Yönergesinin 2 nci maddesinin beşinci paragrafına uygun olarak, ayıp kavramı kapsamına dâhil edilen, malın gereği gibi monte edilmemesi halleri düzenlenmiştir. Her ne kadar ayıbın varlığı malın teslim edildiği ana göre belirleniyorsa da, malın henüz monte edilmeden teslim edildiği, ancak montajının satıcı veya onun sorumluluğunda başkaları tarafından gerçekleştirildiği YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

satın alınan bir kitaplığın raflarında herhangi bir ayıp olmamasına rağmen, kitaplığı monte etmek için gelen görevlinin rafların montajını eğri yapması halinde, kitaplığın ayıplı olduğundan bahsedilir. Adı geçen düzenlemede belirtildiği üzere, satılan malın montajının satıcı dışında, üreticiye bağlı yetkili servisler aracılığıyla yapılması ya da talimatlarda bir yanlışlık veya eksiklik olmamasına rağmen montaj tüketici tarafından hatalı yapılmışsa, satıcının sorumluluğu söz konusu olmaz. Buna karşılık, satıcı ile tabiyet ilişkisi içerisindeki kişiler tarafından gerçekleştirilen montaj hatalarından da, satıcı ayıplı ifa hükümlerine göre sorumlu tutulur¹⁶.

III. AYIPLI MALDAN SORUMLULUK

TKHK m. 9/I'e göre, "Satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür". Bu düzenleme gereği, satıcının ve diğer müteselsil sorumluların sorumluluklarının doğabilmesi için satılanın tüketiciye teslim edilmesi ve teslim anında ayıplı olması gerekmektedir.

2011 tarihli AB Tüketici Hakları Yönergesi m. 20 uyarınca, aksine sözleşme yapılmadığı sürece tüketici satın sözleşmelerinde kural olarak, bir götürme borcunun var olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, malın fiziksel olarak tüketiciye teslim edilmesi anına kadar malın uğrayabileceği her türlü zarardan sorumluluk satıcıdadır. Malın teslimi anı, hasarın intikal ettiği andır. Her ne kadar TKHK m. 8 bu yönde bir açıklık içermese de, f. I'de "tüketiciye teslimi anı"ndan bahsediliyor olması, AB Yönergesi'ne uygun bir yorum yapılmasına ve tüketici satımları açısından her zaman bir götürme borcunun kabulüne imkan tanımaktadır¹⁷.

TKHK m. 9/II hükmü ise, reklamlara dayalı nitelik vaadi kapsamında, satıcının kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulmasına imkan

hallerde teslim sonrasında, montaj aşamasında ortaya çıkan sorunlar da ayıp kavramı içinde değerlendirilmiştir. Aynı şekilde, montajın tüketici tarafından yapılmasının kararlaştırılmış olduğu hallerde, yanlış montajın, satıcı tarafından sunulan montaj talimatnamesindeki yanlışlık veya eksikliğe dayanması durumunda oluşacak bu ayıp malın ayıbı olarak değerlendirilir ve teslimden sonra ortaya çıkmış olsa bile ayıp hükümlerine tabi olur"

¹⁶ Gümüş, s. 92. Yazar, yasadaki "sorumluluğu altındaki" ifadeden hareketle, satıcının üçüncü kişi yararına istisna sözleşmesi ile montajı bağımsız olarak iş gören üçüncü bir kişiye yaptırdığı durumda, ortaya çıkan montaj hatasından dolayı da satıcının sorumlu tutulamayacağını belirterek, tüketicinin bu durumda da, ücretsiz onarım veya ayıpsızıyla değiştirilmesini isteme seçimlik haklarını üretici ve ithalatçıya karşı da ileri sürebileceğini (TKHK m. 11/II, c. 1) belirtmektedir, bkz. Gümüş, s. 92.

¹⁷ Atamer/Baş, s. 27. Aksi görüşte, Gümüş, s. 93

tanımaktadır¹⁸. Söz konusu hükme göre, “Satıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin satış sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu veya satış sözleşmesi kurulma kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağılı olmaz”. Bu düzenleme, satıcı bakımından kurtuluş kanıtı getirdiğinden, üretici ve imalatçı/ithalatçının sorumluluğu bakımından uygulama alanı bulmaz.

Satıcının, reklam yoluyla yapılan nitelik vaadi kapsamında sorumluluktan kurtulabilmesi için ispatlayabileceği ilk husus, mala ilişkin olarak yapılan reklamlardan fiilen haberdar olmaması ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyecek olmasıdır. Örneğin, Batman’da akdedilen bir satış sözleşmesini tüketicinin, imalatçı tarafından sadece Edirne’de yayımlanan ve Edirne ziyaretinde gördüğü reklamlardaki açıklamalar nedeniyle akdetmesi halinde satıcı sorumlu olmaz. Zira, bu durumda reklamdaki taahhüdün sözleşme içeriği olmadığı kabul edileceğinden, bu taahhütten sapan malın da ayıplı olduğu söylenemeyecektir¹⁹. Satıcının ispatlayabileceği ikinci husus ise, gerçeği yansıtmayan reklam veya ilanın, satım sözleşmesinin kurulması anına kadar düzeltildiğini ispat etmesidir. Bu hallerde sözleşme içeriği, zaten yeni reklama göre belirlenecektir²⁰. Tüketici, satış

¹⁸ Hükümün gerekçesine göre, “İkinci fıkra 1999/44 sayılı AB Yönergesinin 2 nci maddesinin dördüncü paragrafı esas alınarak kaleme alınmıştır. Reklam veya ilân yoluyla yapılan açıklamalara aykırı mal teslim edilmesi halinde bir ayıbın varlığının kabul edilmesinin nedeni, bu açıklamalarda yer alan taahhütlerin taraflarca bilindiği ve dolayısıyla bunların sözleşme içeriği olduğudur. Ancak, nadiren de olsa, satıcının, mala ilişkin olarak örneğin üretici tarafından yapılan reklamlardan fiilen haberdar olmaması ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyecek olması ihtimali vardır. İşte bu hallerde satıcının ilgili taahhütlerle bağılı tutulması uygun olmayacaktır. Kuşkusuz bu durumda ispat yükü satıcıdadır. Satıcının reklam ve ilânlarda vaat edilenlerden sorumlu tutulmaktan kurtulmak için başvurabileceği ikinci yöntem, gerçeği yansıtmayan reklam veya ilânın, satım sözleşmesinin kurulması anına kadar düzeltildiğini ispat etmesidir. Bu hallerde sözleşme içeriği zaten yeni reklama göre belirlenir. Son olarak satıcı, ilgili reklam ve ilâna rağmen, tüketicinin bunlardan etkilenmediğini, yani buradaki taahhütlere bağılı olarak sözleşme kurma iradesinin oluşmadığını da ispat edebilir. Örneğin ilgili reklamın hiç ulaşmadığı bir bölgede kurulan bir satım sözleşmesi açısından bu imkân mevcuttur. Bu hallerde yine reklamdaki taahhüdün sözleşme içeriği olmadığı kabul edilebilir”.

¹⁹ Atamer/Baş, s. 25.

²⁰ Gümüş’e göre “... reklamla yapılan açıklamanın düzeltilmesinde değişen reklamın türü, yayımlandığı ortam ve yayınlanma sıklığı bakımından değiştirilen reklamla eşdeğer-*YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

sözleşmesi yapılırken fiilen düzeltilen reklamlardan haberdar olmasa bile, satıcı sorumluluktan kurtulur²¹.

IV. İSPAT YÜKÜ

TKHK m. 10 hükmü, ayıplı maldan sorumluluk bakımından ispat kuralları getirmekte ve önemli bir yenilik olarak da , tüketici için belirli süre içinde ayıp ihbarında bulunma külfetini ortadan kaldırmaktadır. Nitekim, 4077 sayılı eTKHK m. 4/II’de öngörülen, malın tesliminden itibaren işlemeye başlayan 30 günlük süre içinde ayıbı satıcıya bildirme külfeti yeni yasada yer almamıştır. Dolayısıyla artık tüketici, ayıplı mal ifası durumunda süreye bağlı bir muayene (gözden geçirme) ve ihbar (bildirim) külfeti olmaksızın zamanaşımı süresi içinde seçimlik haklarını kullanabilecektir²². Tüketicinin, bu şekilde doğrudan dava açma hakkına sahip olması, önemli bir gelişmedir.

TKHK m. 10/I, c. 1’de, “Teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir” şeklinde getirilen düzenleme ile ayıbın varlığının ispatına yönelik yasal bir karineye yer verilmiştir. Buna göre, malın tüketiciye tesliminden itibaren altı ay

de olması gerekir. Örneğin, ulusal kanallara verilen televizyon reklamındaki yanlış açıklama, yine ulusal kanallara verilen -yerel kanallara verilenler yeterli değildir- televizyon reklamı ile düzeltilmelidir; bkz. Gümüş, s. 95.

²¹ Atamer/Baş, s. 25.

²² Bu değişikliğin nedeni gerekçede ayrıntılı şekilde ifade edilmektedir : “Ayıplı malda tüketicinin seçimlik haklarından faydalanabilmesi için ayıbı belirli bir süre içinde ihbar etmesi yükümlülüğü kaldırılmıştır. AB Yönergesinin mecburi unsurları arasında yer almayan ihbar yükümlülüğü bugün örneğin Avusturya, Almanya, Çek Cumhuriyeti, Fransa, İngiltere, İrlanda, Letonya, Lüksemburg ve Yunanistan’da düzenlenmemiştir. Nitekim tüketicinin seçimlik haklarından birini kullandığı yönünde satıcıya her halükarda bildirimde bulunması gereğinin olması, bunun öncesinde ayrıca bir de ayıbı ihbar etmesi zorunluluğunu anlamsız kılmaktadır. Özellikle ayıbın hangi anda tespit edildiği genelde tartışmalı olacağından, bu tespit anından itibaren işleyecek bir ayıbı ihbar süresinin de ne zaman sona erdiği uygulamada sorun oluşturmaktadır. Tüketici iki yıllık zamanaşımı süresi içinde ayıbı tespit ettiği sürece seçimlik haklarını da kullanabilecektir. Ayıbın çok erken bir safhada tespit edilmiş olmasına rağmen tüketicinin uzun bir süre seçimlik haklarını kullanmamış olması, duruma göre Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bir hakkın kötüye kullanılması itirazı ile karşılaşabilecektir. Tüketicinin ihbar için öngörülen süre içinde ayrıca hangi seçimlik hakkını kullandığını bildirme yükümlülüğü bugün de yoktur. Dolayısıyla ihbar yükümlülüğünün tüketiciyi, seçimlik haklarını kullanmak konusunda çabuk hareket etmeye zorlayacağı yönündeki bir argüman bugün için de yerinde değildir”.

içerisinde ortaya çıkan ayıp, teslim tarihinde var sayılmaktadır. TKHK m. 10/I, c.2 gereği, “Bu durumda malın ayıplı olmadığına ispatı satıcıya aittir”. Ayıp, teslimden altı ay sonra ortaya çıkmışsa, teslim sırasında ayıbın varlığını ispat, tüketiciye ait olacaktır. Böylece kanun koyucu, özellikle ayıp nedeniyle malın telef olduğu durumlarda tüketiciyi zor bir ispat külfetinden kurtarmak istemiştir²³.

TKHK m. 10/I, c. 3’e göre, “Bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz”²⁴. Dolayısıyla hakim kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde, ayıbın ve malın niteliğine göre, teslimden itibaren altı ay içinde ayıbın teslim anında mevcut olduğunu ispat yükünün, tüketiciye ait olacağına karar verebilecektir.

TKHK m. 10/II gereği, tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğunu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiğini ispat yükü, satıcıya aittir. Nitekim adı geçen hükme göre, “Tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği hâllerde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz. Bunların dışındaki ayıplara karşı tüketicinin seçimlik hakları saklıdır”. Bu düzenleme, TBK m. 222 hükmüne benzer bir çözümü ön-

²³ Bu husus, hükmün gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir : “Bu maddede ispat yüküne ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Birinci fıkrada yapılan düzenleme ile, 1999/44 sayılı AB Yönergesinin 5 inci maddesinin üçüncü paragrafına uygun olarak, tüketici lehine getirilmiş olan bir ispat kolaylığı benimsenmiştir. Buna göre teslimden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların teslim anında var olduğu kabul edilir. Sözleşmeye aykırı bir malın ifa edilip edilmediği teslim anına göre saptandığından, tüketicinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi, ayıbın o anda var olduğunu, malın açık veya gizli bir ayıbı o anda taşıdığını ispat etmesine bağlıdır. Fakat özellikle malın bu ayıp nedeniyle telef olduğu hallerde, ispatın getirilmesi güçtür. Dolayısıyla Kanun, ilk altı ay için ispat yüküne yer değiştirmiştir”.

²⁴ Hükmün gerekçesine göre, “Bir malın altı ay boyunca sorunsuz çalışması, hayatın olağan akışına uygun olarak kabul edilmişse bu süre içinde mal yine de bozulmuşsa, kaynağında yani teslim anında var olan bir ayıbın yattığı sonucuna varılmıştır. Kuşkusuz satıcının bunun aksini ispat etmesi imkânı her zaman vardır. Diğer yandan, bazı mallar açısından tüketiciye bu tür bir ispat kolaylığı getirilmesinin satıcıyı mağdur edebilmesi söz konusudur. Örneğin doğası gereği çabuk bozulan, çürüyen veya yok olan mallar açısından bu tür bir karinenin kabulü, malın niteliği ile bağdaşmaz. Koltuk takımlarında sigara yanıkları gibi, ayıbın, tüketicinin kullanım hatasına dayanmasının çok daha muhtemel olduğu hallerde de, satıcının ispat yükü altında olması doğru olmaz. Bu açıdan hâkimin, ayıbın ve malın niteliğini takdir ederek, ayıbın teslim anında var olduğu konusundaki ispat yükünün yine tüketicide olduğuna karar vermesi mümkündür”.

görmektedir²⁵. TKHK m. 10/II'de sözü edilen, “tüketicinin haberdar olduğu ayıplar”, TBK m.222/I'deki “alıcının bildiği ayıplar”, “tüketicinin haberdar olmasının kendisinden beklendiği ayıplar” ise, TBK m. 222/II anlamında “aşikar ayıplar” ifade eder²⁶. Ancak, TBK m. 222/II'de, aşikar ayıplarda satıcının ayıbın var olmadığı yönündeki özel nitelik vadinin varlığı halinde sorumlu olacağına ilişkin düzenlemenin, tüketiciyi genel hükümlere nazaran daha iyi korunması beklenen TKHK m. 10/II'de yer almaması önemli bir eksikliklerdir. Doktrinde haklı olarak savunulduğu gibi

²⁵ Gümüş, TKHK m. 10/II hükmünün yeterliliği konusundaki görüşlerini ifade ederken, kanun koyucunun TBK m. 222/II hükmünde, eBK m. 197'de olduğu gibi, “olağan inceleme (dikkat gösterme)” kavramı yerine, hatalı bir şekilde TBK m. 223'de muayene anlamında kullanılan “gözden kaçırma kavramını” kullandığını, bu kavramın yeni kanun döneminde de muayene olarak değil, “olağan inceleme” olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Zira, alıcının muayene külfeti (TBK m. 223), satış sözleşmesinin kurulması ile değil, satılanın alıcıya teslimi ile doğar. Sonuçta, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu için mevcut ayıbın aşikar bir ayıp olmaması da gerekir. Aşikar ayıp, alıcının satış sözleşmesi kurulurken satılanı olağan bir dikkat ile incelemesi halinde farkedebileceği ayıpları ifade etmektedir; bkz. Gümüş, s. 98-99.

²⁶ Nitekim, gerekçede bu husus şu şekilde ifade edilmektedir: “İkinci fıkrada, tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte kendisine bildirilen ayıptan haberdar olduğu veya makul olarak haberdar olmasının kendisinden beklendiği hallerde, sözleşmeye aykırılığın söz konusu olmayacağı düzenlenmiştir. Tüketicinin sadece haberdar olduğu ayıplar değil, haberdar olmamasının mümkün olmadığı ayıplar da sözleşmeye aykırılık oluşturmaz. Ancak, tüketicinin haberdar olmadığı ayıplar için bu maddede yer alan hakları saklıdır. Örneğin üzerinde çizik olduğu bilinen ve etiketinde de açıkça belirtilerek satışa sunulan bir buzdolabının motorunun arızalanması durumunda, söz konusu arıza için tüketicinin dört seçimli haktan faydalanma imkânı vardır. Ayrıca, ikinci el satımlarda veya defolu malların satımında da bu tür durumlar ile karşılaşılabilir. Bu hallerde zaten tarafların, malın sahip olması gereken özelliklere ilişkin olarak farklı bir sözleşmesel düzenleme yaptıkları kabul edilecek, dolayısıyla da malın ayıplı olduğundan bahsedilemeyecektir. İkinci el bir arabanın yeni bir araba ile aynı özelliklere sahip olamayacağı açıktır. Sözleşmenin kurulması aşamasında son derece aşikâr olan ve herhangi bir muayene yapmadan hemen göze batan bir ayıbın varlığı halinde, daha sonra bundan haberdar olunmadığı ileri sürülemeyecektir. Ancak, dikkat edilmesi gereken bir nokta, tüketicinin haberdar olduğu ayıplardan farklı bir ayıbın daha sonra ortaya çıkmış olması halinde, satıcı, üretici ve ithalatçının bunlara ilişkin sorumluluklarının her halükarda var olacaktır. Örneğin satın alınan ikinci el arabanın lastiklerinin aşınmış olduğu tüketicinin bilmesi gereken bir olgudur, dolayısıyla daha sonra bu konuda bir ayıp iddiasında bulunamaz. Buna karşılık arabanın hava yastığının açılmaması, fren sistemi, motor, vites kutusu arızaları gibi arızalar arabanın ikinci el olması ile alakalı bir sorun değildir. Bu hallerde yine bir ayıbın varlığı kabul edilecektir. İkinci el bir arabanın objektif olarak sahip olması gereken bütün özellikleri taşıması gerektiği açıktır”.

bu durumda, TBK m. 222/II hükmü, TKHK bakımından da uygulanmalıdır²⁷. Tüketicinin haberdar olduğu ayıptan farklı bir ayıbın, sonradan ortaya çıkması halinde ise, satıcının sorumluluğu devam eder. Örneğin, satın alınan ikinci el bir çamaşır makinasının ön kısmında yer alan yıkama talimatlarına ilişkin yazıların okunamaz hale gelmesi, tüketici tarafından bilinmesi gereken bir durum olup, tüketici bu hususta ayıp iddiasında bulunamaz. Ancak, çamaşır makinasının yıkama esnasında yumuşatıcı deterjanı almaması, makinanın ikinci el olması ile ilgisi olmayan, tüketicinin objektif olarak maldan beklediği niteliği azaltan bir ayıptır.

Mal sağlamanın eser sözleşmesine dayandığı hallerde de, TKHK m. 10/II hükmü uygulanır. TKHK m. 10/II düzenlemesinin, sadece satış sözleşmesi üzerinden kaleme alınmış olması eleştirilmesi gereken bir husustur. Mal sağlamanın eser sözleşmesine dayandığı durumlarda, artık aşikar ayıbın varlığı eser, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmadığı için, teslimin gerçekleştiği an itibarıyla aranması gerekmektedir²⁸.

TKHK m. 10/IV'e göre, " Satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, üretici, ithalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgiyi içeren bir etiket konulur. Bu etiketin tüketiciye verilmesi veya ayıba ilişkin açıklayıcı bilginin tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde açıkça gösterilmesi zorunludur. Teknik düzenlemesine uygun olmayan ürünler ise hiçbir şekilde piyasaya arz edilemez. Bu ürünlere, Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uygulanır".

TKHK m. 10/III'de ise öncelikle, ayıplı malların tüketiciye satılmak üzere sunulmasının şartları düzenlenmiştir²⁹. Bu düzenleme çerçevesinde,

²⁷ Gümüş, s. 100.

²⁸ Gümüş, s. 101.

²⁹ Hükmünü gerekçesine göre, "Üçüncü fıkrada yapılan düzenleme ile satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, üretici, ithalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgiyi içeren bir etiket konulması zorunlu tutulmuştur. Teşhir ürünü olmaları sebebiyle bir takım ayıp oluşan mallar da benzer şekilde bu durumunun belirtilmesi gerekmektedir. Bu etiketin tüketiciye verilmesi veya ayıba ilişkin açıklayıcı bilginin tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde açıkça gösterilmesi zorunludur. Böylelikle, sözleşmenin akdi anında tüketicinin maldaki ayıptan haberdar olması sağlanmış olacaktır ve tüketicinin, sözleşmenin akdi anında malın ayıbından haberdar olduğu haller için bir sözleşmeye aykırılık söz YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

satış yapılan mağazada defolu malların bulunduğu bölüme konulan genel bir “defolu ürün vb.” ibaresi yeterli olmayıp, her bir ayıplı mal üzerine ya da ambalajına ayıplı olduğu ve ayıbın türüne ve nerede olduğuna ilişkin açıklayıcı bir etiket konulması zorunludur. Ayrıca, satış işlemi tamamlandıktan sonra satıcı, mal veya ambalajı üzerinde açıklayıcı bilgileri içeren etiketi ya tüketiciye verecek ya da etiketi kendisi muhafaza ederek, ayıba ilişkin açıklayıcı bilgiyi tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde açıkça gösterecektir.

Hükmün ikinci kısmında ise, teknik düzenlemesine uygun olmayan ürünlerin hiçbir şekilde piyasaya arz edilemeyeceği ve bu ürünlere, Ürün- lere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Böylece kanun koyucu gerekçe de de belirttiği üzere, güvensiz ürünlerin etiketle dahi satışa sunulmasını yasaklamış ve güvensiz ürün söz konusu olduğunda Ürün- lere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulan- masına Dair Kanunun hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir.

V. TÜKETİCİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

TKHK m. 11 hükmü, satıcının tüketiciye karşı ayıplı ifadan³⁰ doğan sorumluluğu çerçevesinde tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakları, bu seçimlik hakların kullanılmasına ilişkin sınırlamaları düzenlemektedir. Mad- denin lafzı, tüketicinin sayılan seçimlik haklara sadece satış sözleşmesi

konusu olmayacaktır”. Gümüş, mevcut düzenlemenin internet, televizyon vs. ye dayalı mesafeli sözleşmelerde uygulanamayacağını ileri sürmektedir; bkz. Gümüş, s. 102.

³⁰ Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, özellikle konut ve taşınmaz satımında, satım sözleşmesinin konusuna dahil olan, ortak yerlerdeki sosyal tesislerin bulunmamasının ayıplı ifa mı yoksa, eksik ifa mı olduğu görüşü tartışılmaktadır. Yargıtay kararlarında, gittikçe daha fazla taraftar bulan görüş, bu durumun eksik ifa olduğu şeklindedir. Doktrinde savunulan diğer görüş ise, bunun ayıplı ifa olduğu yönündedir. Eksik ifa görüşü kabul edildiğinde, ayıba karşı tekeffül hükümleri değil, genel borca aykırılık hükümleri uygulanacağından, kısmi ifa imkansızlığı ya da kısmi borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulacaktır. Doktrinde Öz, sözkonusu durumun ayıplı ifa hali olduğunu belirterek, burada sözleşmeye konu malın vasfına ilişkin taahhüde aykırılık şeklinde, bir ayıp bulunduğunu kabul etmek- te ve tek taraflı taahhüden doğan bir borcun varlığını ileri sürmektedir. Yazar, taahhüt edilen tesislerin yapılmamasını ayıplı ifa saymanın, tüketiciye çok daha zengin hak seç- nekleri sunacağını ifade etmektedir; bkz. Öz, Turgut: “Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz Satımında Ayıplı İfa – Eksik İfa Ayırımı”, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ses Çözüm- leri ve Makaleleri, “Tüketici Hukuku Açıklamaları”, İstanbul 2013, s. 205 vd.

niteliğindeki tüketici sözleşmelerinde sahip olacağı şeklinde ise de, ayıplı mal sağlamanın örneğin, eser sözleşmesi ile gerçekleştiği, eser sözleşmesi niteliğindeki tüketici sözleşmeleri için de tüketici seçimlik haklarını kullanabilecektir³¹.

Tüketicinin seçimlik haklar yanındaki tazminat talepleri ise, tüketici sözleşmesinin türüne göre TBK'daki tazminat hükümlerine göre gerçekleşecektir. Nitekim bu husus, TKHK m. 11/VI'da şu şekilde ifade edilmiştir: "Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanır. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir". Dolayısıyla, tüketicinin tazminat talebi, tüketici sözleşmesi bir satış sözleşmesi ise, dönme hakkı ile birlikte istenecek tazminat için TBK m. 229/I, b. 3 ve II'ye ve diğer seçimlik haklarla birlikte istenecek tazminat için TBK m. 227/II (ve dolayısıyla TBK m. 112)'ye, tüketici sözleşmesi bir eser sözleşmesi ise, TBK m. 475/II'ye dayanır³².

Ayıplı ifa halinde, tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakları kullanması satıcının kusuruna bağlı olmayıp, satıcı seçimlik hakkını kullanan tüketiciye karşı, malın ayıbına ilişkin bir kusurunun olmadığını ileri süremez.

TKHK m. 11'de, satıcının tüketicinin tercih ettiği talebi yerine getirmekle yükümlü olduğu belirtilmiş ancak, bu seçimlik haklardan hangisinin daha önce kullanılacağına ilişkin bir sıralama yapılmamıştır³³. Bu durumda, TKHK m. 83 hükmü gereği, BK. m. 227, 228 ve 230'da öngörülen sınırların tüketici satımları açısından uygulanıp uygulanmayacağı, seçimlik haklar ele alınırken incelenecektir.

TKHK m. 16/VI³⁴, c. 1'de yer alan "Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine geti-

³¹ Gümüş, s. 104.

³² Gümüş, s. 104.

³³ Avrupa Birliği Tüketici Hakları Yönergesi m. 3'de, tüketici tarafından öncelikle kullanılması gereken haklar olarak, onarım ve yenisiyle değiştirme hakları olduğu belirtilerek, bu hakların satıcı tarafından gereği gibi yerine getirilmediği durumlarda tüketicinin, dönme veya bedelin indirilmesi haklarını kullanabileceği ifade edilmiştir; bkz. Atamer/Baş, s. 36-37.

³⁴ TKHK m. 16/VI hükmünün gerekçesinde, "Altıncı fıkra, seçimlik hakların kullanılması sebebiyle ortaya çıkan tüm masrafların, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

ren tarafça karşılanır.” ifadesi bakımından şunlar söylenebilir³⁵: Tüketici dönme ve bedel indirimi seçimlik hakkını kullanırsa, bu seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan “masraf” şeklindeki zarar kalemleri (nakil, posta, iletişim, işçilik ve malzeme masrafları), diğer zarar kalemleri ile birlikte sadece satıcıdan talep edilebilir. Buna karşılık, ücretsiz onarım ve ücretsiz ayıbyıyla değiştirme seçimlik hakları bakımından “masraf” şeklinde ortaya çıkan zarar kalemleri, satıcı, üretici veya ithalatçıdan sadece fiilen seçimlik hakkın kullanılması ile doğan borcu (onarım ya da değiştirme borcunu) ifa edenden talep edilebilir. Masraf kalemi dışındaki diğer zararlardan satıcı, üretici veya ithalatçı müteselsilen sorumlu kalmaya devam eder.

Yeni TKHK’da, gerek mal gerekse de hizmet sağlamaya yönelik ayıplı ifa hükümlerinde, 4077 sayılı eTKHK m. 4/II’de düzenlenen “Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıby satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıby oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımındaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir.” şeklindeki hükme benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla, yTKHK’da ürün sorumluluğuna ilişkin yasal bir dayanak mevcut olmadığından, ürün sorumluluğuna ilişkin yasal dayanağı TBK m. 66/III hükmüne dayandırmak mümkündür³⁶. Adı geçen hükme göre, “Bir işletmede

(satıcı, üretici veya ithalatçı) karşılanmasını öngörmektedir. Örneğin, nakliye, posta veya iletişim masrafları gibi. Tüketici seçimlik haklarını kullanma sebebiyle hiçbir masrafa katlanmak zorunda bırakılmamalıdır. Ayrıca, ayıplı mal bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olabilir. Dolayısıyla, tüketicinin dört seçimlik hakkının yanı sıra Türk Borçlar Kanunu hükümlerine kıyasen tazminat talep etmesi imkânı da mevcuttur. Ancak bunun için, sözleşmeye aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararın ispat edilmesi gerekir.” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade tarzı, kanun koyucunun ayıplı ifaya ilişkin düzenleme ile, kusursuz sorumluluğa dayalı bir ürün sorumluluğu getirmek istediği şeklinde yorumlanabilir; bkz. Gümüş, s. 113.

³⁵ Gümüş, s. 105.

³⁶ Gümüş, s. 108. Yazara göre, “Söz konusu hüküm, İsviçre Hukuku’nda Ürün Sorumluluğu Hakkında Federal Kanun’un yürürlüğe girmediği dönemde İsviçre Federal Mahkemesi’nin ürün sorumluluğu (üreticinin sorumluluğu) sonucu doğuran “menfez çerçevesi YUHFD Vol. XII No. 2 (2015)

adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep oluna zararı gidermekle yükümlüdür”.

Belirtmek gerekir ki, üreticinin sorumluluğunun yeri Borçlar Kanunu olup, üreticinin sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğudur. Zira, sadece satım sözleşmesinin tarafı olan tüketicinin değil; üçüncü kişilerin zararı halinde de üreticinin sorumluluğu nedeniyle tazminat talep edilebilmelidir. Nitekim, imalatçının sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanun Taslağı’nda yer almakta ve taslak, üreticinin sorumluluğu açısından kusursuz haksız fiil sorumluluğu öngörmektedir.

TKHK m. 11/I’de dört bend halinde, malın ayıplı olması halinde tüketicinin sahip olduğu, yenilik doğuran hak³⁷ niteliğindeki seçimlik hakları aşağıda izah edilecektir.

1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme Yasal düzenlemede sadece “dönme” hakkında bahsedilse de, tüketiciye mal sunumunun sürekli borç ilişkisi niteliği taşıdığı durumlarda örneğin, kira sözleşmesi bakımından dönme hakkı yerine “fesih hakkının” varlığı söz konusu olur. Tüketici tarafından dönme hakkının kullanılması, kural olarak şekle bağlı değildir.

kararındaki” –BGE 110 II 466- gerekçeler üzerinden kaleme alınmış bir hükümdür. Dolayısıyla Türk Hukukunda ürün sorumluluğu, TBK m. 66/III üzerinden yapılandırılmak zorunda olup, Bakanlık eTKHK’nın yürürlük döneminde Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik’le (RG 13.6.2003 T., S. 25137) yetkisiz olarak yasa ile düzenlenmesi gereken ürün sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı sorumluluk şartları getirirse de; yTKHK’un yürürlüğü döneminde, yönetmelik ile ürün sorumluluğuna ilişkin düzenleme yapmak için yasal bir dayanak dahi bulunmamaktadır”.;bkz. Gümüş, s. 108-109.

³⁷Gümüş, s. 109; Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 10, İstanbul 2014; Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, B. 3, İstanbul 2010, s. 98. Y. 13. HD. 05.06.2008 T., E. 1735, K. 7867 (www.hukukturk.com). Atamer/Baş, sözleşmeden dönme ve bedelin indirilmesi haklarının yenilik doğuran hak niteliğinde olduğunu belirtirken, onarım ve yenisi ile değiştirme taleplerinin, tüketicinin ifa menfaatine ulaşmasını sağlayan, sözleşmenin aynen ifasına hizmet eden talepler olarak nitelendirmektedir; Bkz. Atamer/Baş, s. 35; Atamer, Yeşim: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 363, dn. 434.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

TKHK m. 11/I, a hükmü, TBK m. 227/I, b.1'e paralel şekilde tüketici- nin, satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme" ifadesini kullanmış olsa da, tüketicinin dönme hakkını kullanırken, mutla- ka satılanı geri vermeye hazır olduğunu satıcıya bildirmesi şart değildir. Sözleşme konusunun satıcıya geri verilmesi, dönme hakkının kullanılma- sının bir sonucu olup, maddenin "sözleşmeden dönme ve sözleşme konu- sunu satıcıya geri verme" şeklinde kaleme alınması daha isabetli olurdu³⁸.

Dönme hakkının kullanılması ile taraflar için doğan tasfiye ilişkisi- nin³⁹ satım sözleşmesi açısından doğan sonuçlarını, TKHK m. 83 hükmü bağlamında şu şekilde özetlemek mümkündür⁴⁰:

Tüketici, dönme hakkını kullandığında, teslim aldığı ayıplı malı satı- cıya geri vermekle yükümlü olup, ayrıca satılandan elde ettiği yararları da satıcıya iade etmek zorundadır; elde etmeyi ihmal ettiği yararları geri ver- me yükümlülüğü bulunmamaktadır. Tüketici, satış bedeli faiziyle birlikte iade edilinceye kadar satılan üzerinde kişisel hapis hakkına –genel alıkoy- ma hakkına- sahiptir.

Satıcı ise, alıcıdan aldığı satış bedelini, faiziyle⁴¹ birlikte tüketiciye geri vermekle yükümlüdür (TBK m. 229/I, b.1). Satılanın tamamen zap- tında olduğu gibi, yargılama giderleri ile satılan için yaptığı giderlerin tü- keticiye ödenmesi gerekir. Ayrıca satıcı, ayıplı mal teslim etmesi sebebiyle alıcının uğradığı doğrudan zarardan, kusuru olmasa bile sorumlu iken

³⁸ Gümüş, s. 111. Yazar, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanırken, mutlaka satılanı iade etmek istediğini satıcıya bildirmesi yönünde ortaya çıkan anlamın, eBK m. 202/II'nin "dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla satımın feshedilmesi" şeklindeki ifadenin TBK m. 227/I, b. 1'e ve yTKHK m. 11/I, a'ya aynen taşınmasından kaynaklan- dığını belirterek, eBK m. 202/II'nin mehzasını oluşturan İBK m. 205/T'de, alıcının bir seçimlik hak olarak, "dönüştürme davası ile satışı bozma/kaldırma hakkından bahsettiğini ileri sürmektedir; bkz. Gümüş, s. 111.

³⁹ Öğretide, sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçlarını açıklayan ve genel kabul gören görüş, yeni dönme görüşü (dönüşüm teorisi) olup bu görüş, dönme ile satış sözleşmesinin ortadan kalkmayarak bir tasfiye ilişkisine dönüşeceğini ve satıcının satılanının iadesini, bu akdi iade talebine dayalı olarak isteyebileceğini savunmaktadır. Yargıtay ise kararlar- ında, yasal borç ilişkisi teorisini benimsemiş gözükmektedir. Bu görüş, dönmeye birlikte borç ilişkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını, taraflar arasında tasfiyeye yönelik kanundan doğan bir borç ilişkisinin meydana geldiğini benimsemektedir.

⁴⁰ Gümüş, s. 111-112.

⁴¹ Gümüş, buradaki faizin yasal anapara faizi olduğunu vurgularken bkz. Gümüş, s. 112, dn. 124, Atamer/Baş, satıcı tacir olduğu için , ticari faiz oranının esas alınacağını belirte- rek, burada bir temerrüt faizinin varlığını kabul etmektedir; bkz. Atamer/Baş, s. 48.

(TBK m. 229/I, b. 3), alıcının uğradığı diğer zararlardan yani, dolaylı zararlardan kusuru varsa sorumlu olacaktır (TBK m. 229/II). Dönme hakkının kullanılması halinde, tüketicinin malı kullanmış olması sebebiyle satıcının, bir indirim talep edebilmesi mümkün değildir.

TKHK m. 11/V'e göre, "Tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden yapılan indirim tutarı derhâl tüketiciye iade edilir". Bu düzenleme, tüketicinin dönme üzerine ödediği bedelin, tüketiciye derhal iadesini öngörürken, bu yükümlülüğün ihlali idari para cezası gibi bir cezai yaptırıma bağlanmamıştır. Gümüş, bu düzenlemenin bir "yasal temerrüt kuralı" olarak okunması gerektiğini belirterek, dönme ile birlikte satıcının iade borcunun ifası bakımından temerrüde düştüğünün kabul edilmesi gerektiğini haklı olarak savunmaktadır⁴².

TKHK m. 11'de, tüketicinin dönme hakkını sınırlayan bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, TBK m. 227 b. 4'ün dönme hakkının sınırlandırılması ilişkin düzenlemesi uygulama alanı bulabilir⁴³. Dolayısıyla, dönme hakkını ancak, önemli ayıplarla sınırlı olarak kabul etmek yerinde olur.

TKHK m. 11/II, c. 1 hükmünün zıt anlamından anlaşıldığı üzere, tüketici dönme hakkını sadece satıcıya karşı kullanabilir; üretici ve ithalatçıya karşı kullanamaz. Tasfiye sonucu doğan borçlardan üretici ve ithalatçının, satıcı ile müteselsilen dahi olsa bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu husus, TKHK m. 11/II'nin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir: "Sözleşmeye aykırılıktan, sözleşme tarafı olarak öncelikle satıcının sorumlu olması esastır. Ancak, tüketici satıcının ortadan kaybolduğu durumlar da dâhil olmak üzere, ayıpsız misli ile değiştirme veya ücretsiz onarım haklarını üreticiye veya ithalatçıya karşı da kullanabilir. Üretici veya ithalatçı ile tüketici arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Tüketici, üreticiye veya ithalatçıya karşı bir ödeme yapmadığı için sözleşmeden dönme hakkını kullanarak, satıcıya ödemiş olduğu parayı üretici veya ithalatçıdan geri alması veya bedel indirimi hakkını kullanması mümkün değildir. Tü-

⁴² Gümüş, s. 112.

⁴³ TBK m. 227 b. 4 hükmüne göre hakim, dönme hakkının kullanılması halinde "durum bunu haklı göstermiyorsa satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir". Bu hüküm, doktrinde çok eleştirilen bir hüküm olup, hakimin sözleşme tarafı gibi bir seçimlik hakkı kullanmasının, sözleşme özgürlüğü ve irade serbestisi ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmektedir; bkz. Atamer/Baş, s. 46.

ketici bu haklarını ancak satıcıya karşı kullanabilir. Buna karşılık ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirmenin üreticiden veya ithalatçıdan istenmesi anlamlıdır. Zira elinde yeni mal bulunan veya o malı gereği gibi onaracak olan üretici veya ithalatçıdır. Dolayısıyla bu hallerde, sözleşmelerin nisbiliği ilkesini aşarak tüketicinin doğrudan üreticiye veya ithalatçıya gidebilmesi kabul edilmiştir”.

2. Satılan alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme

TKHK m. 11/I, b hükmü, tüketicinin ikinci seçimlik hakkı olarak, satılan alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme hakkını düzenlemiştir. Daha önce ifade edildiği üzere, bu hüküm satış sözleşmesi dışında mal sağlamaya yönelik tüm tüketici sözleşmelerinde uygulama alanı bulur. Tüketici, bu hakkı kullandığında sözleşmeyi sona erdirmeksizin satış bedelinde ayıpla orantılı bir indirim sağlar. Tüketici bu hakkını, bedeli ödemediği önce veya sonra kullanabilir. Bedel indirim talebi üzerine satıcı, ödenen bedelden indirilen tutarı tüketicilere iade etme borcu altına girer.

TKHK m. 11/I, b'nin “ayıp oranında” ifadesi, indirilecek bedeli hesaplamada nispi metodun uygulanmasını benimsemiştir. Buna göre :

$$\frac{\text{ayıpsız malın objektif değeri}}{\text{ayıplı malın objektif değeri}} = \frac{\text{kararlaştırılan bedel}}{\text{ödenen bedel}}$$

Adı geçen hüküm, emredici nitelik taşıdığından tarafların anlaşarak, “satılanın ayıpsız objektif değeri ile satılanın ayıplı durumu arasındaki farkı” esas alan mutlak metodun, bedel indirim tutarının hesabında kabul edilmesi mümkün değildir⁴⁴. Özellikle, önemli olmayan ayıplar ve tüketicinin kendisinin kolaylıkla kendisinin giderebileceği ayıplar bakımından, nispi metodun benimsenmesi yerinde olmuştur. Bu metod, satımın ucuz veya pahalı olmasını indirecek miktara da yansıtması yani, satımın sağladığı karı göz önünde tutması bakımından en adil metodtur⁴⁵.

TKHK m. 11/V'e göre, “Tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden yapılan indirim tutarı derhâl tüketicilere iade edilir”. Bu düzenleme, tüketicinin bedel indirimi talebi üzerine yapılan indi-

⁴⁴ Gümüş, s. 114.

⁴⁵ Tandoğan, H. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 2008, s. 197.

rim tutarının tüketiciye derhal ödeneceğini öngörürken, bu yükümlülüğün ihlali idari para cezası gibi bir cezai yaptırıma bağlanmamıştır. Gümüş, bu düzenlemenin bir “yasal temerrüt kuralı” olarak okunması gerektiğini belirterek, bedel indirimi hakkının kullanılmasıyla birlikte satıcının iade borcunun ifası bakımından temerrüde düştüğünün kabul edilmesi gerektiğini haklı olarak savunmaktadır⁴⁶. Tüketicinin, bedel indirimi seçimlik hakkı ile birlikte tazminat talebi ise, TBK m. 112’ye dayanır.

TKHK m. 11/II, c. 1 hükmünün zıt anlamından anlaşıldığı üzere, tüketici bedel indirimi hakkını sadece satıcıya karşı kullanabilir; üretici ve ithalatçıya karşı kullanamaz. İade borcundan üretici ve ithalatçının, satıcı ile müteselsilen dahi olsa bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu husus, TKHK m. 11/II’nin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir: “... Tüketici, üreticiye veya ithalatçıya karşı bir ödeme yapmadığı için sözleşmeden dönme hakkını kullanarak, satıcıya ödemiş olduğu parayı üretici veya ithalatçıdan geri alması veya bedel indirimi hakkını kullanması mümkün değildir”.

3. Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme

TKHK m. 11/I, c’de öngörülen bu seçimlik hak, TBK m. 227/I, b. 3’e benzer şekilde kaleme alınmıştır. Hükümde, “satılan” ifadesi kullanılsa da, satış sözleşmesi dışında mal sağlama amaçlı diğer tüketici sözleşmelerinde de bu hak kullanılabilir.

TKHK m. 11/I, c hükmünde bir açıklık olmasa dahi, ücretsiz onarım hakkının kullanılabilmesi için bu onarımın teknik ve fiziksel olanaklar dahilinde objektif olarak mümkün olması ve onarımın işlem hayatında hakim dürstlük kurallarına göre beklenebilir olması gerekmektedir. Bu sonuç, 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi m. 3’de, ücretsiz onarımın imkansız veya orantısız olduğu durumlarda talep edilemeyeceği şeklinde ifade edilmiştir.

TKHK m. 11/I, c hükmü, ayıbın giderilmesinin aşırı bir masrafı gerektirmemesini öngörmektedir. Özellikle, ayıplı malın sözleşmeye uygun hale getirilmesi için yapılması gereken masrafların örneğin, malın nakil, işgücü ve materyal masraflarının satıcı tarafından ücretsiz karşılanması gerekmektedir⁴⁷. Aşırı masrafın varlığı, beklenebilirliği ortadan kaldıran

⁴⁶ Gümüş, s. 114.

⁴⁷ Atamer/Baş, s. 41.

yani, orantısızlık oluşturan hallerden birisi olup, dürüstlük kuralına göre, aşırı masraf gerekmesi dahi ayıbı gidermenin satıcıdan beklenebilir olmadığı diğer hallerde de tüketici, satıcıdan ayıbın giderilmesini isteyememeli.

Aslında, “orantılık” ölçüdü, ayıplı hizmetlere ilişkin olarak, TKHK m. 13’de yer almaktadır. Adı geçen hükme göre, “Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanabilir. Orantısızlığın tayininde malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurma hakkının tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır”. Bu düzenleme, 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi’nin 3. maddesinden alınmıştır. Bu düzenlemeye göre, ücretsiz onarım aşırı bir masraf gerektirmese dahi, satıcı için başka orantısız güçlükler neden olması halinde tüketici, ücretsiz onarım hakkını kullanamaz; sadece sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim seçimlik haklarından birisini kullanabilir⁴⁸.

TKHK m. 11/I, son cümlede, “satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu Direktif’in 3. maddesinden farklı olarak, imkansızlık veya orantısızlık halinde tüketicinin, kendisine tanınan dört seçimlik haktan istediğini kullanabileceğini kabul etmektedir⁴⁹.

Hükümün gerekçesi, onarımın objektif olarak imkan dahilinde olması gerektiğini belirtirken, somut örnekler ile hükme açıklık getirmeye çalışmaktadır : “Üçüncü fıkrada yapılan düzenleme ile ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarının kullanılmayacağı durumlar belirlenmiştir. Her ne kadar tüketici seçimlik haklarından birini kullanmakta serbestse de özellikle ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme haklarının kullanılması bazı hallerde satıcıyı zor durumda bırakabilir. Buna göre onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme imkânsız ise bu talep-

⁴⁸ Atamer/Baş, Yönerge’nin dönme ve bedel indirimi seçimlik hakları ile diğer seçimlik hakları arasında kurduğu birincilik- ikincilik ilişkisini sadece dönme hakkı bakımından kurmakta ve Yönerge’ye dayalı ilke kıyası ile “önemli ayıplarda” ancak dönme hakkının kullanılabileceğini belirtmektedir; bkz. Atamer/Baş, s. 47.

⁴⁹ Gümüüş, s. 116. Ancak, yazara göre, TKHK m. 83 uyarınca, TBK m. 227/IV hükmü, satış sözleşmesi niteliğindeki mal sağlamaya yönelik tüketici sözleşmelerinde uygulama alanı bulur.

lerin ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. İmkânsız olmasa bile, ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme satıcı açısından orantısız güçlükleri beraberinde getirecek ise tüketici yine bu haklarını kullanamaz. İmkânsızlığın tespiti kolaydır. Örneğin malın misliyle değiştirilmesi hakkının kullanılması durumunda istenen malın ayıpsız mislini tedarik etmek mümkün değilse bu hak istenemez. Tamir edilmesi objektif açıdan imkânsız olan bir mal için de bu talep kabul edilemez. Buna karşılık satıcı için “orantısız güçlükleri” beraberinde getirecek olmanın ne anlama geldiğini tayin etmek daha zordur. Bu konuda 1999/44 sayılı AB Yönergesi Kanuna da aynen aktarılmış olan üç kriter belirtmiştir. Bunlar; malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun doğurup doğurmayacağı gibi unsurlardır. Örneğin malın tamir edilmesi, ayıpsız mislinin verilmesi ile mukayese edildiğinde çok daha masraflı olacaksa tüketicinin tamirde ısrarcı olması kabul edilmeyecektir. Satın alınan bir vidanın dişlerinde bozukluk varsa vidanın tamiri yerine ayıpsız misli ile değiştirilmesi daha uygundur. Buna karşılık satın alınan bir çamaşır makinesinin bir vidasının bozulması halinde, başka bir çamaşır makinesi talep edilmesi orantısızlık savunması ile karşılaşır. Bu hallerde vidanın değiştirilmesi uygun olan çözümdür”.

Nitekim Yargıtay bir kararında⁵⁰, tüketicinin satın aldığı araçta bulunan yol bilgisayarının Türkçe menü içermemesi nedeniyle tüketicinin, araçtan beklediği faydanın azaldığını belirtmiş ancak, tüketicinin aracın yenisi ile değişimi veya araç için ödediği bedelin iadesi talebini, taraflar arasındaki hak ve menfaat dengesini bozan ve TMK m. 2’ye aykırılık teşkil eden bir durum olarak nitelendirerek tüketicinin, diğer seçimlik hakları kullanması gerektiğine hükmetmiştir.

TKHK m. 11/II, c. 1 ve 2’de, “Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir. Bu fıkradaki hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur. Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz.” şeklindeki düzenleme çerçevesinde tüketici, ücretsiz onarım talebini satıcı, üretici veya ithalatçının tümüne veya herhangi birine karşı kullanabilir ve bu talepten doğan borcun ifası konusunda

⁵⁰ Y. 13. HD., 13.09.2011 T., E. 2011/1892, K. 2011/13831 (www.legalbank.net); aynı yönde bkz. Y. 13. HD. 20.01.2014 T., E. 2013/21305, K. 2014/1268.
YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

satıcı, üretici veya ithalatçı müteselsilen sorumludur. Bir başka deyişle, ücretsiz onarım borcunun ifasından bu seçimlik hak kendisine karşı kullanılmayan diğer sorumlular, yasal borca katılma çerçevesinde tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olacaklardır⁵¹.

TKHK m. 11/II, c. 3’de, “Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz.” hükmü getirildiğinden, malların hammaddelerini ya da ara mallarını üretenler, TKHK m. 3/I, n’ye göre “üretici”, malların hammaddelerini ya da ara malklarını ithal edenler, TKHK m. 3/I, e’ye göre “ithalatçı” sıfatını haiz olsalar da, TKHK m. 11/II, c. 1-2 gereği tüketiciye karşı satıcının yanında müteselsilen sorumlu olmazlar. Zira bu kişilerin, TKHK m. 11/II, c. 3 anlamında malın kendileri tarafından piyasaya sürülmesi mümkün değildir⁵². Ayrıca hükmün lafzı, satıcının nitelik vaadine dayalı sorumluluğundan dolayı üretici ve ithalatçının müteselsilen sorumlu olmayacağını belirtir⁵³.

TKHK m. 11/IV’e göre, “Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi durumunda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azami otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur. Ancak, bu Kanununun 58 inci maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin, tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içinde yerine getirilir. Aksi hâlde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir”. Hükümde sözü edilen “yöneltilme” ifadesi, onarım isteme seçimlik hakkının kullanılmasına ilişkin yenilik doğuran işlem niteliğindeki tek taraflı irade beyanının, “gönderme” anı olarak değil, “varma” anı olarak anlaşılmalıdır⁵⁴. Hükümde, tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içinde gerçekleşmezse, tüketicinin diğer seçimlik haklarını, kalan zamanaşımı süresi içinde (yasal zamanaşımı süresini aşan bir garanti süresi yoksa) kullanabileceği belirtilmiştir. Kanun koyucunun bu hususa ilişkin olarak, 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi’nin, “makul bir süre” yi esas alan ölçütünden uzaklaştığını belirtmek

⁵¹ Gümüş, s. 117.

⁵² Gümüş, s. 117.

⁵³ Gümüş, s. 118; Atamer/Baş, s. 54.

⁵⁴ Gümüş, s. 118.

gerekir. Ancak hakimin, somut ihtilafın özelliğine göre makul sürenin ne anlama geldiğini takdir etmesi gerekecektir.

TKHK m. 56/III'e göre, "Tüketici bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen seçimlik haklarından onarım hakkını kullanmışsa, malın garanti süresi içinde tekrar arızalanması veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hâllerinde 11 inci maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Satıcı tüketicinin talebini reddedemez. Bu talebin yerine getirilmemesi durumunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur". Kanun koyucu bu hüküm ile, "zorunlu garanti" kurumuna yer vermiştir. Gümüş, bu şekilde kanun koyucunun üretici ve ithalatçı için tüketici ile bir garanti sözleşmesi akdetme yükümlülüğü öngörmesini eleştirmekte ve kanun koyucunun satış sözleşmesinin bir parçası olan yasal tekeffül sorumluluğu ile satış sözleşmesinden bağımsız akdi garanti sorumluluğu kavramlarını karıştırdığını ifade etmekte⁵⁵ ve hükmün şu şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir⁵⁶: Tüketici yasal tekeffül sorumluluğu dışında zorunlu garanti taahhüdü çerçevesinde üretici veya ithalatçıdan aynı tazminat olarak onarım istemişse ve bu talep hiç ve yasal süresi içinde yerine getirilmemişse veya onarılan arıza tekrarlanmışsa, tüketici yasal tekeffül sorumluluğu çerçevesinde, "satıcı" ya karşı sahip olduğu seçimlik hakları kullanır. Seçimlik hakkın satıcıya karşı kullanılmasından doğan borçtan üretici ve ithalatçı, ancak satıcı tarafından yerine getirilmezse sorumlu olur. TKHK m. 56 anlamında üretici ve ithalatçı, TKHK m. 11/II, c. 3'e göre, üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulamayacağından, malların hammaddelerini ya da ara mallarını üretenler, TKHK m. 3/I,n'ye göre "üretici", malların hammaddelerini ya da ara mallarını ithal edenler, TKHK m. 3/I, e'ye göre "ithalatçı" sıfatını haiz olsalar da, TKHK m. 56 kapsamında tüketiciye karşı sorumlu olmazlar⁵⁷.

⁵⁵ "Yasal tekeffül sorumluluğu tüketiciye bir kısım seçimlik haklar ve bunlara bağlı tazminat alacağı sağlarken; akdedilmiş sözleşmeye (garanti belgesine) dayalı garanti sorumluluğu tüketici için malın onarımı ve değişimine dayalı "ayın" olarak ifade edilen bir tazminat alacağı öngörür. Bu nedenle, yTKHK m. 56/3'de ayıplı ifadan doğan seçimlik hak olarak onarım hakkından bahsetmesi uygunsuzdur."; bkz. Gümüş, s. 119.

⁵⁶ Gümüş, s. 119.

⁵⁷ Gümüş, TKHK m. 56/III hükmünün, TKHK m. 11 ile organik bağlantı içinde okunması durumunda, şu sonuca varılacağını ifade etmektedir : "Tüketici onarım seçimlik hakkını – *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme

TKHK m. 11/I, ç hükmü değiştirme isteme hakkını “misli” kavramının ortaya koyduğu gibi tür borcu üzerinden tanımlamıştır. Oysa, 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi m. 3/III’de mevcut seçimlik hak, “malın sorunsuz diğeri ile değiştirilmesi” denilmek surtiyle, hem parça hem de tür borcu için kullanılabilir şekilde tanımlanmıştır. TBK m. 227/I, b. 4’de de, “imkan varsa” parça satışında da alıcının, ayıplı satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini talep edebileceğine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. TKHK nun tüketiciyi koruma amacı göz önünde tutularak söz konusu seçimlik hakkın, parça borcu için de kullanılabilirliğini kabul etmek gerekir⁵⁸.

Hakim doktrin, ayıplı ifa durumunda ücretsiz ayıpsızıyla değiştirme talebini aynen ifa talebinin devamı niteliğinde bir alacak hakkı olarak nitelendirmektedir⁵⁹. Ancak, biz burada da söz konusu seçimlik hakkın, yenilik doğuran hak niteliğinde olduğunu kabul ediyoruz.

Ücretsiz ayıpsızıyla değiştirme hakkı, mal sağlamanın eser sözleşmesiyle gerçekleştiği sözleşmelerde mümkün olacağından, TKHK m. 11/IV hükmü gereği eserin otuz iş günü içerisinde yeniden meydana getirilip teslimi mümkün olmalıdır. Aksi halde, tüketici diğer seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Ücretsiz ayıpsızıyla değiştirme hakkının kullanılabilmesi için bu hakkın kullanılması imkansız olmamalı ve TKHK m. 11/III’de vurgulandığı gibi satıcı için bir orantısızlığa neden olmamalı, satıcının malı değiştirmesi beklenebilir olmalıdır. Nitekim Yargıtay, ayıp nedeniyle değiştirilmesi talep edilen aracın modeline uygun bir aracın, satıcının elinde bu-

satıcı, üretici veya ithalatçıya karşı- kullanırsa ve yasada sayılan sebeplerle arıza giderilmezse, tüketici diğer seçimlik haklardan istediğini sadece “satıcıya” karşı kullanabilir. Seçimlik hakkın kullanılmasından doğan borçlar, satıcı tarafından yerine getirilmizse, üretici veya ithalatçı da sorumlu olur. Bu yorum halinde hükmün, garanti taahhüdüne dayalı sorumlulukla hiçbir bağlantısı kalmamakta ve-gereksiz bir ikinci yasal tekeffül sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.”, Gümüş, s. 120; bkz. Atamer/Baş, s. 55 vd.

⁵⁸ Hükmün lafzı ile okunması halinde, “özellikle eser sözleşmesinin ve kira sözleşmesinin konusunu her halde parça borcu oluşturacağından, bu tür tüketici sözleşmesinde ayıpsızıyla değiştirilmesini isteme hakkını kullanamayacaktır.”, Gümüş, s. 121.

⁵⁹ Bkz. Atamer, Yeşim : “Tüketici Satım Sözleşmesine İlişkin TKHK m. 4,- Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri Batıder, Y. 2007, C. XXIV, S. 1, s. 81-106; s. 89 dn. 16 da belirtilen yazarlar.

dn. 16.

lunmaması halinde, İİK m.24 hükmü gereği, aracın ilamdaki değerinin, değer yazılı değilse veya ihtilafli ise, rayiç değerinin esas alınabileceği görüşünü savunmuştur⁶⁰.

TBK m. 227/III'e göre, "Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir." Bu düzenleme, kıyasen mal sağlama amaçlı tüketici sözleşmelerinde de uygulanmalıdır.

TKHK m. 11/II düzenlemesi gereği, tüketici sahip olduğu ücretsiz ayıpsızıyla değiştirme veya onarım haklarından birisini, satıcı, üretici ve ithalatçıdan herhangi birine karşı kullanabilir. Nitekim, TKHK m. 14 hükmü de bu sonucu doğrulamaktadır. Seçimlik hak kendisine karşı kullanılmayan diğer sorumlular, yasal borca katılma çerçevesinde müteselsilen sorumlu olurlar.

TKHK m. 11/II, c. 3'de, "Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz." hükmü getirildiğinden, malların hammaddelerini ya da ara mallarını üretenler, TKHK m. 3/I,n'ye göre "üretici", malların hammaddelerini ya da ara malklarını ithal edenler, TKHK m. 3/I, e'ye göre "ithalatçı" sıfatını haiz olsalar da, TKHK m. 11/II, c. 1-2 gereği tüketiciye karşı satıcının yanında müteselsilen sorumlu olmazlar. Zira bu kişilerin, TKHK m. 11/II, c. 3 anlamında malın kendileri tarafından piyasaya sürülmesi mümkün değildir⁶¹. Ayrıca hükmün lafzı, satıcının nitelik vaadine dayalı sorumluluğundan dolayı üretici ve ithalatçının müteselsilen sorumlu olmayacağını belirtmektedir⁶².

TKHK m. 11/IV'e göre, "Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi durumunda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azami otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur. Ancak, bu Kanununun 58 inci maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin, tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içinde yerine getirilir. Aksi hâlde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir". Hükümde sözü edilen "yönelme" ifadesi, tüketicinin ücretsiz ayıp-

⁶⁰ YHGK 20.03.2013 T, E. 2012/12-807, K. 2013/390 (www.legalbank.net).

⁶¹ Gümüş, s. 117.

⁶² Gümüş, s. 118; Atamer/Baş, s. 54.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

sızıyla değiştirme hakkını kullanmasına ilişkin yenilik doğuran işlem niteliğindeki tek taraflı irade beyanının, “gönderme” anı olarak değil, “varma” anı olarak anlaşılmalıdır. Hükümde, TKHK’un 58 inci maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin olarak, tüketicin tüketicinin ücretsiz ayıpsızıyla değiştirilmesi talebi, yönetmelikte belirlenen süre içinde gerçekleşmezse, tüketicinin diğer seçimlik haklarını, kalan zamanaşımı süresi içinde -yasal zamanaşımı süresini aşan bir garanti süresi yoksa- kullanabileceği belirtilmiştir.

Tüketici, ayıplı malın ayıpsızıyla değiştirilmesi seçimlik hakkını kullandığında, mal nedeniyle ortaya çıkmayan değer kayıplarını (örneğin, değiştirilmesi istenen otomobilin ayıbın etkisi olmaksızın gerçekleşen kaza nedeniyle değer kaybına uğraması) satıcıya ödemek zorundadır⁶³. Ancak Yargıtay, kullanım nedeniyle ortaya çıkan değer kaybı nedeniyle satıcı lehine yararlanma bedeli ve eskime tazminatı alacağına imkan tanımamaktadır⁶⁴.

VI. ZAMANAŞIMI

TKHK m. 12/I ayıplı ifa durumunda, malın tesliminden⁶⁵ itibaren başlayan iki yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür : “Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir”. Hükümün ifadesinden açıkça anlaşıldığı üzere, iki yıllık zamanaşımı süresinin uzatılabilmesi mümkün olmakla birlikte (bu uzatma genellikle satıcının bir garanti taahhüdü ile gerçekleşmektedir), uzatma süresi genel zamanaşımı süresi olan on yılı geçemez. Satıcı, garanti taahhüdü niteliğinde verdiği garanti belgesinde, genel zamanaşımı süresini aşan bir taahhütte bulunduğu, satıcının taahhüt ettiği sürenin sonuna kadar sorumluluğu deva eder. Ancak, bu garanti taahhüdünün ayıplı mal hükümlerinden doğan taleplere ilişkin zamanaşımını uzatma etkisi, on yıl ile sınırlıdır.

⁶³ Gümüş, s. 124; Y. 13. HD. 20.1.2011 T., E. 2010/8728, K. 2011/485 (Gümüş, s. 124, dn. 135).

⁶⁴ Bkz. YHGK, 18.9.2006 T., E. 2006/6251, K. 2006/11865 (www.kazanci.com).

⁶⁵ Tüketici, zilyedliğin havalesi yoluyla zilyedliği elde etse bile, dolaysız zilyedliği elde etmeden (teslim gerçekleşmeden) iki yıllık zamanaşımı süresi işlemeyecektir.

TKHK tüketici için ihbar külfetini ortadan kaldırdığından, yasada öngörülen iki yıllık zamanaşımı süresinin, aynı zamanda ayıp ihbarında bulunma külfetinin üst sınırını oluşturma işlevi söz konusu değildir.

TKHK m. 12/I, c. 2’de, bu sürenin konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda taşınmazın teslim tarihinden itibaren beş yıl olduğu ifade edilmiştir. Bu zamanaşımı süresinin de, on yıla kadar uzatılabilmesi mümkündür.

TKHK m. 12/II’ye göre, “ Bu Kanunun 10 uncu maddesinin üçüncü fıkrası saklı olmak üzere ikinci el satışlarda satıcının ayıplı maldan sorumluluğu bir yıldan, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda ise üç yıldan az olamaz”. Hükmün düzenleniş tarzından, söz konusu zamanaşımı sürelerinin tarafların anlaşmasıyla uzatılabileceği anlaşılmaktadır.

TKHK m. 12/III’de “Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz.” düzenlemesi yer almaktadır. Örneğin, otomobil galerisinden satın alınan bir otomobilin, kilometresinin düşürülmesi veya pert olduğu halde bu hususun gizlenmesi durumunda hile ile gizlemenin varlığından söz edilir.

Hükmün lafzında “zamanaşımı hükümleri uygulanmaz ifadesinin, TBK m. 231/II’ye paralel şekilde, “on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır” şeklinde anlaşılması gerekir. Zira, lafzi yorum, zamanaşımı süresine tabi olmayan seçimlik haklar ve kullanılmalarına bağlı talep hakları yaratacaktır⁶⁶. Burada önemli olan husus, satıcının ağır kusurlu⁶⁷ olduğu her durumda üretici ve ithalatçıya yönelik talepler on yıllık zamanaşımına tabi olurken; satıcının kusurlu olmadığı durumda üretici veya ithalatçıya yönelik talepler için on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanmayacak oluşudur.

⁶⁶ Gümüş, “Üçüncü fıkra yapılan düzenleme ile malın ayıbına karşı sorumlu tutulanların ayıbı tüketiciden ağır kusur ya da hile ile gizlenmesi durumunda zamanaşımı süresinden faydalanamayacağı hüküm altına alınmıştır.” şeklindeki gerekçenin bir değeri bulunmadığını haklı olarak vurgulamaktadır; bkz. Gümüş, s. 128.

⁶⁷ Yargıtay, tüketicinin çalınıtı aracının zaptı nedeniyle gizli ayıp iddiasıyla açtığı davada (Y. 13. HD. 8.2.2011 T., E. 2010/11455, K. 2011/1725, Kırmızı, Mustafa : Açıklamalı-İçtihatlı-Dilekçe Örneklı Tüketici Hukuku, B. 1, Ankara 2011, s. 131) ve satın alınan dairenin bulunduğu sitede reklamlarda vaad edilen siteye özel park ve spor kompleksinin gerçekte kamuya açık alan olması sebebiyle açılan davada (Y. 13. HD. 27.1.2011 T., E. 2010/11333, K. 2011/1991, Kırmızı, s. 130) ayıbın tüketiciden hile ve kusur ile gizlenmesine bağlı olarak on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanmasına karar vermiştir; ayrıca bkz. Y. 13. HD., 13.3.2014 T., E. 2013/4550, K. 20147237; Y. 4. HD., T. 23.3.2011, E. 2011/2068, K. 2011/3032 (www.legalbank.com).

Genel olarak yargıtay uygulamasına bakıldığında yargıtayın, gizli ayıbın söz konusu olduğu her durumda hile ile gizleme vardır şeklinde kararlarına rastlamak mümkündür⁶⁸. Ancak, üretim hatasının varolduğu bir durumda, üreticinin bu hususu mutlaka bilmesi gerekmektedir. Bu durumda üretici bakımından, hile ile gizlemenin varlığından söz edilebilirse de, TKHK'un satıcıyı sorumlu tutan düzenlemesi karşısında, üretim hatasının satıcı tarafından bilinmesinin zorunlu olduğunu savunmak son derece güçtür.

KAYNAKÇA

Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, B. 3, İstanbul 2010.

Atamer, Yeşim: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005.

Atamer, Yeşim: "Tüketici Satım Sözleşmesine İlişkin TKHK m. 4.-Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri BATİDER, Y. 2007, C. XXIV, S. 1, s. 81-106.

Atamer, M. Yeşim/Baş, Ece: "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", İBD Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, Özel Sayı 1, 2014.

Göle, Celal: Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlar, Ankara 1983.

Gümüüş, Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I (Madde 1-46), İstanbul 2014.

Kırmızı, Mustafa: Açıklamalı-İçtihatlı-Dilekçe Örneklili Tüketici Hukuku, B. 1, Ankara 2011.

Öz, Turgut: "Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz Satımında Ayıplı İfa – Eksik İfa Ayırımı", 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ses Çözümleri ve Makaleleri, "Tüketici Hukuku Açıklamaları", İstanbul 2013.

⁶⁸ Yargıtay, üretim hatasının varlığının rahatlıkla tespit edilebilecek nitelikte olması gereken servis, tüketiciyi sonuç alınamayan tamirlerle oyalaması ve arızanın belli periyotlarla tekrarlanmasını hile ve ağır kusur olarak nitelendirmektedir; bkz. YHGK, 18. 2.2004 T., E. 2004/4-29, K. 2004/83 (www.kazanci.com).

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 2008.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 10, İstanbul 2014.

TÜKETİCİ HUKUKU'NDA SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU VE UYGULAMASI

(THE OBLIGATION TO ENTER INTO A CONTRACT AND PRACTICE OF IT IN
CONSUMER LAW)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU*

ÖZET

Sözleşme yapma zorunluluğu, sözleşme özgürlüğü kavramının istisnası niteliğindedir. Sözleşme yapma zorunluluğu Kamu Hukuku veya Özel Hukuk kaynaklı olabilir. Özel Hukuk kaynaklı sözleşme yapma zorunluluğu; açık kanun hükmünden kaynaklanan ve açık kanun hükmünden kaynaklanmayan sözleşme yapma zorunluluğu şeklinde ortaya çıkar. Çalışma konumuz açık kanun hükmünden kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu niteliğinde olduğu kabul edilen TKHK.¹ m. 6'dır. Bu hüküm "Satıştan Kaçınma" başlığını taşıyor olsa da, hükümde satıştan kaçınma yasağı, hizmet sağlamadan kaçınma yasağı ve sözleşmede ağırlaştırıcı koşullar öngörme yasağı düzenlenmektedir. Bu çalışmada, hükümde yer alan her bir yasak, yasakların hukukî nitelikleri, uygulama alanları ve yasaklara aykırılığın yaptırımları ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma zorunluluğu, satıştan kaçınma yasağı, hizmet sağlamadan kaçınma yasağı, sözleşme koşullarını ağırlaştırma yasağı.

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: gulsahhamamcioglu@maltepe.edu.tr

¹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun No: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, Resmi Gazete: 28.11.2013/28835.

ABSTRACT

The obligation to enter into a contract is the exception of the concept of freedom of contract. The obligation to enter into a contract can be sourced either public law or private law. The obligation to enter into a contract that based private law can be resulting from explicit legal provision and also resulting from inexplicit legal provision. The aim of this study, Consumer Protection Code Art. 6, is a form of the obligation to enter into a contract based open legal provision. These provision that is headlined as "Avoidance Sales", contains ban of avoidance of sale, ban of avoidance of providing services and ban of aggravating circumstances of the contract. This study also contains bans, the legal nature of these bans, its application area and also sanctions against these bans.

Keywords: *Freedom of contract, the obligation to enter into a contract, ban of avoidance of sale, ban of avoidance of service providing, ban of aggravating circumstances of contract.*

I. GENEL OLARAK SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Türk Borçlar Kanunu'nda² sözleşme özgürlüğü m. 26'da düzenlenmiş olup, bu hüküm uyarınca taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Aslında sözleşme özgürlüğü kavramı hükümde tanımlanandan çok daha geniş bir kavramdır. Sözleşme özgürlüğü; sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşme konusunu ve buna bağlı olarak sözleşme tipini seçme, sözleşmenin şeklini seçme ve sözleşmede değişiklik yapma ya da sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğünü de içine alan geniş bir kavramdır³. Ancak bugün sözleşme özgürlüğü hiçbir istisna kabul etmeksizin uygulama alanı bulmaz. Ekonomik bakımından zayıf olanın tüketicinin korunması düşüncesi,

² Türk Borçlar Kanunu, Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, Resmi Gazete Tarihi: 4.2.2011/27836.

³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 362; Tandoğan, I/1, s. 9; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 24; Eren, s. 300; Hatemi/Gökyayla, s. 60; Schwenger, § 26, N. 1; Erman, s. 603 vd; Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, 22.2.2012 T, 2011/11-693 E, 2012/88 K (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.2.2015).

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

yirminci yüzyılın ilk yarısından sonra yaşanan ekonomik krizlerin etkisiyle kuvvetlenmiş, buna bağlı olarak sözleşme özgürlüğüne bir takım istisnalar getirilmeye başlanmıştır⁴.

Kanun, sözleşme özgürlüğünü olumlu veya olumsuz şekilde sınırlar⁵. Kanunun sözleşme özgürlüğünü olumlu şekilde sınırlaması; sözleşme yapma zorunluluğu şeklinde, edimlerin değerini bazı şartlara tâbi tutma şeklinde veya bazı sözleşme türlerini kamu otoritesinin iznine bağlı kılma şeklinde ortaya çıkar. Diğer yandan olumsuz sınırlama, sözleşmeleri hükümsüz saymak şeklinde ortaya çıkar (TBK. m. 27). Çalışma konumuzu oluşturan sözleşme yapma zorunluluğu da sözleşme özgürlüğüne getirilmiş olumlu sınırlama teşkil eder ve burada hukuk düzeni adeta taraflara “*Bu sözleşmeyi yapmak zorundasın*” der.

II. GENEL OLARAK SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU

Sözleşme özgürlüğünün Kamu Hukuku’ndan ve Özel Hukuk’tan doğan istisnaları bulunmakta olup sözleşme özgürlüğü kavramının karşısında yer alan bu karşıt kavrama “*Sözleşme yapma zorunluluğu*” denir. Özel Hukuk sahasında kural sözleşme özgürlüğü olsa da bu özgürlüğün istisnası olan sözleşme yapma zorunluluğu Kamu Hukuku’ndan veya Özel Hukuk’tan doğabilir. Özel Hukuk’tan doğan sözleşme yapma zorunluluğu ise kendi içinde açık kanun hükmünden kaynaklanan ve açık kanun hükmünden kaynaklanmayan sözleşme yapma zorunluluğu şeklinde ortaya çıkar.

A. KAMU HUKUKU’NDAN DOĞAN SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU

Kamu Hukuku’ndan doğan sözleşme yapma zorunluluğu, özellikle kamu hizmeti gören kamu idare ve kurumlarının ya da bunlara bağlı kuruluşlarının veyahut imtiyaz yoluyla bu hizmetleri yerine getiren işletmelerin, kanda açıkça sözleşme yapma zorunluluğu yükleyen bir hüküm bulunmasa bile hizmetten yararlanmak isteyenlerin gerekli şartları taşıyarak başvurusu halinde, başvuran kişilerle sözleşme yapmak zorunda olmaları anlamına gelir⁶. Örneğin Devlet Demir Yolları yahut Belediyeler⁷ vb. başvuran

⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 364.

⁵ Bu ayırım için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 364.

⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 365; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 194 (Yazarlar aynı zamanda, bu gibi kuruluşların çoğu zaman tekel niteliğinde olduğunu ve bu nedenle bu *YUHFD Vol. XII No. 2 (2015)*

ve sözleşme şartlarını haiz herkes ile sözleşme yapmak zorundadır. Bugün Yargıtay, Özel Hukuk kişileri ile andığımız kişiler arasındaki hukukî ilişkinin Özel Hukuk ilişkisi olduğunu kabul etmekte ancak sözleşme yapma zorunluluğunun hukukî dayanağı noktasında belirgin bir sonuca varamamaktadır⁸.

B. ÖZEL HUKUK'TAN DOĞAN SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU

Özel Hukuk bakımından sözleşme yapma zorunluluğu iki şekilde ortaya çıkar. Sözleşme yapma zorunluluğu ya kanunda açık hükümle düzenlenmiştir ya da kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen sözleşme yapma zorunluluğunun varlığı kabul edilir. Belirtelim ki kanundaki açık hükümle düzenlenmiş sözleşme yapma zorunluluğuna Özel Hukuk sahasında pek sık rastlanmaz. İşte çalışma konumuzu oluşturan TKHK. m. 6'nın da tartışmalı olmakla birlikte bu anlamda sözleşme yapma zorunluluğunu düzenleyen kanun hükmü niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁹. Bu konuya geçmeden önce şu hususa dikkate çekmek gerekir ki sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin kanunî düzenlemenin olmadığı hallerde dahi, Özel Hukuk sahasında sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olması ihtimal dâhilindedir. Çalışma konumuzu teşkil eden Tüketicinin Korunması Hak-

kuruluşlar bakımından Özel Hukuk esaslarına dayalı bir sözleşme yapma zorunluluğunun olduğunu belirtmektedir); Eren, s. 304; Ayrıca bkz. Erman, s. 605 vd.

⁷ Belediyenin sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay HGK, 10.12.2003 T, 693/740 (Karar için bkz. Yavuz, s. 462 vd).

⁸ VonTuhr/Peter bu ihtimalde sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olmadığını, bir sözleşmenin değil, Kamu Hukuku ilişkisinin söz konusu olduğunu savunmaktadır (VonTuhr/Peter, s. 278; Benzer şekilde Merz, § 6, N. 277, s. 148); Yargıtay'ın söz konusu ilişkiyi Özel Hukuk ilişkisi kabul ettiği kararları için bkz. Yargıtay 13. HD, 29.9.2011 T, 2011/5231 E, 2011/13318 K; 13. HD, 29.4.2002 T, 2002/2684 E, 2002/4736 K (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.2.2015). Bu durumda Özel Hukuk ilişkisi olduğu yönünde Ayrancı, s. 236; Diğer yandan taraflardan birinin tüketici olduğu ve diğer tarafın sürekli ve düzenli aralıklarla mal veya hizmet sağlayan konumunda olduğu sözleşmeler, TKHK. m. 52'de abonelik sözleşmesi adı altında düzenlenmiş olup, satıcı veya sağlayıcının kamu tüzel kişisi de olması (TKHK. m. 3/1, j) ihtimal dâhilinde olduğundan, tüketicinin taraf olduğu bu ilişkinin Özel Hukuk sahasına dâhil olduğu kabul edilmelidir.

⁹ Aslan, s. 340 (Aslan tam olarak bu yönde görüş bildirmemekle birlikte söz konusu hükme ilişkin açıklama yaptığı yerde TBK. m. 8 hükmüne yer vermiştir); Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6 hükmünün sözleşme yapma zorunluluğu niteliğinde değil, TBK. m. 8'in tekrarı niteliğinde olduğu yönünde bkz. Serozan, s. 583.

kinda Kanun'da düzenlenmiş sözleşme yapma zorunluluğuna geçmeden önce, kısaca açık kanun hükmünden kaynaklanmayan sözleşme yapma zorunluluğuna değinelim.

1. Kanun Hükmünden Kaynaklanmayan Sözleşme Yapma Zorunluluğu

a. Genel Olarak

Özel Hukuk sahasında sözleşme yapma zorunluluğunun çoğu zaman açık kanun hükmünden kaynaklanmadığını belirtmiştik. Ancak bu yönde açık hüküm olmasa da sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olabilir. Nitekim açık kanun hükmü olmasa da sözleşme yapma zorunluluğunun varlığı doktrinde kabul edilmekle birlikte tartışma, bu zorunluluğun hukukî dayanağına ilişkindir. Bilhassa tekel niteliğindeki işletmelerin haklı sebepleri olmadıkça sözleşme yapmaktan kaçınamayacakları yoksa sözleşme özgürlüğü hakkının kötüye kullanılmış olacağı, yine yapmaktan kaçınılan edimin hayatî nitelikte olmasının fark yaratmadığı, normal bir edim için de sözleşme yapma zorunluluğunun gündeme gelebileceği belirtilir¹⁰. Diğer taraftan kamuya açık yerler bakımından sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu, aynı edime başka bir yerden ulaşmak mümkün olsa dahi, edime ilişkin sözleşme yapmaktan kaçınılması halinde maddi olmasa da manevi zararın söz konusu olabileceği kabul edilmektedir¹¹.

b. Sözleşme Yapma Zorunluluğunun Hukukî Dayanağı

Sözleşme yapma zorunluluğunun bir kanun hükmünden kaynaklanmadığı durumlarda, bu zorunluluğun hukukî dayanağının ne olduğu ve zorunlulu-

¹⁰ Merz, § 6, N. 289, s. 154; Schwenzler, § 26, N. 15; Medicus/Lorenz, §12, N. 84, s. 43; Ayrancı, sözleşme kurma yükümlülüğünü doğuracak şekilde sözleşme kurmaya ilişkin irade beyanında bulunan kişinin öncelikle zaruri bir ihtiyaç içinde bulunmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Yazar, devamla ihtiyaç giderilmediği takdirde kişinin kişisel bütünlüğünün veya malvarlığının tehlikeye düşmesi ihtimalinin olması gerektiğini ve yaşamsal maddelerin temini zorunluluğu olduğunu belirtir. Yine yazar ayrımcılığın söz konusu olduğu durumlarda edimin yaşamsal ihtiyaç olmasına da gerek olmadığını belirtmiştir (Ayrancı, s. 242).

¹¹ Merz, § 6, N. 289, s. 154; Medicus/Lorenz, §12, N. 84, s. 42.

ğa uymamanın yaptırımı doktrinde tartışmalıdır¹². Konuya ilişkin görüşler şöyle sınıflandırılabilir.

aa. Sözleşme Yapma Zorunluluğunu Türk Borçlar Kanunu m. 8/II Hükümüne Dayandıran Görüş¹³

Türk Borçlar Kanunu m. 8/II aynen “*Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır*” şeklindedir. Doktrinde bir görüş, bu hükmün içeriğine dâhil “*Fiyat göstererek mal sergilenmesi öneri sayılır*” şeklindeki ifadeden hareketle sinema, tiyatro, otel, lokanta, büfe gibi kamuya sunulan hizmetler ve satışları TBK. m. 8/II anlamında herkese açık öneri kabul ederek, bu tip yerlere başvuran kişilerin kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmuş olduğu sonucuna varmaktadır. Ancak öneri sayılan bu irade beyanın bağlayıcı olmadığı, işin özelliğinden ve durumun gereğinden anlaşılırsa öneren önerisi ile bağlı olmayacaktır (TBK. m. 8/I)¹⁴.

Diğer taraftan her somut olayda özellikle TBK. m. 8/II’ de yer alan “*Fiyatını göstererek mal sergilenmesi*” unsuru bulunmayacağından hatta çoğu zaman arz edilen hizmetler bakımından fiyatın gösterilmesi söz konusu olmadığından, sözleşmenin kabul beyanıyla kurulduğunu kabul etmek mümkün olmayabilir. Arz edilen hizmetin fiyatı da gösterilmişse, hükmün lafzında sadece mal sergilenmesinin düzenlenmiş olmasının ileri sürülmesi, amaçsal (teleolojik) yorum ilkeleriyle bağdaşmayacağından,

¹² Tartışma için ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 401; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu sözleşme yapma zorunluluğunun hukukî dayanağında ilişkin olarak 10.12.2003 T, 2003-4-693 E, 2003/740 sayılı kararının özet kısmında aynen şu ifadeleri kullanmıştır: “*Fiili tekel durumunda bulunan özel kişilerden bir eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının sahip oldukları mallarla, arz edecekleri hizmet yönünden, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu gibi kişilerin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları hukuka ve bilhassa ahlâka, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapmak yükümlülüğü söz konusu olur*” (www.kazancı.com, Erişim Tarihi: 10.3.2015).

¹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 366; Görüşe ilişkin açıklama için ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 401 vd.

¹⁴ Örneğin evinin camına aylık kira bedelini yazarak kiralık ilanı asılmasında, bedeli göstererek mal sergilendiği ve gelen kişinin kabul beyanıyla sözleşmenin kurulacağı kabul edilmez. Zira bu durumda işin özelliği veya durumun gereği evini kiraya vermek isteyen taraf için kiracının bir takım özelliklerinin önem arz ettiği, kabul eden herkes ile kira sözleşmesi yapmayacağı anlaşılmaktadır.

fiyatla sergilenen hizmet için de TBK. m. 8/II uygulanma alanı bulmalıdır ki bu halde de sözleşme yapma zorunluluğu değil önerinin bağlayıcılığı devreye girer (TBK. m. 3)¹⁵.

bb. Sözleşme Yapma Zorunluluğunu Türk Borçlar Kanunu m. 49/II Hükümüne Dayandıran Görüş¹⁶

Sözleşme yapma zorunluluğunun hukukî niteliğine ilişkin bir başka görüş, kamuya açık yerlerin ve özellikle tekel¹⁷ konumundaki işletmelerin sözleşme yapmaktan kaçınmalarını ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verme saymakta (TBK. m. 49/II) ve bu ihtimalde haksız fiilin varlığını kabul etmektedir. Aslında bu görüşün temelinde, sözleşme yapma zorunluluğunu dürüstlük kuralı (TMK¹⁸ m. 2) yerine daha somut bir kanun hükmüne dayandırma düşüncesi yatar. Türk Borçlar Kanunu m. 49/II uyarınca zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa da ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren, bu zararı gidermek zorundadır. Demek ki sözleşme yapmaktan kaçınan tarafın bu davranışı ahlâka aykırı fiil kabul edilecek olursa zarar gören, zararını bir miktar para şeklinde ya da aynen tazmin şeklinde talep edebilecektir. Eğer zarar gören aynen tazmin talep etmişse hâkim, satıcının kabul beyanı yerine geçecek bir karar verir ve bu yolla sözleşme kurulmuş olur. Zarar gören taraf aynen tazmin yerine nakden tazmin de talep etmiş olabilir ki bu halde zarar veren taraf bir miktar paraya mahkûm edilir. Zira TBK. m. 51/I uyarınca hâkim tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereği ve özellikle kusurun ağırlığını nazara alarak belirleyecektir¹⁹.

¹⁵ Önerinin bağlayıcılığı hakkında bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 86; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 59.

¹⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 365; Tandoğan, Cilt I/1, s. 11; Eren, s. 304; Ayranacı, s. 247; Schwenger, § 26, N. 13; Medicus/Lorenz, §12, N. 84, s. 42; Görüşe ilişkin açıklama için ayrıca bkz. Erman, s. 607 vd; İnceoğlu, s. 402 vd.

¹⁷ Tekel durumu söz konusu olduğunda da sözleşme yapma zorunluluğunun dürüstlük kuralından kaynaklandığı yönünde bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 197.

¹⁸ Türk Medenî Kanunu, Kanun No: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, Resmi Gazete: 8.12.2001/24607.

¹⁹ Maddi tazminat, zarar veren tarafın zarar gören tarafın malvarlığındaki eksilmeyi aynen veya nakden tazmin etme yükümlülüğü anlamına gelir. Maddi tazminatın amacı zarar veren olay meydana gelmeseydi, zarar gören tarafın malvarlığının alacağı durumu aynen veya nakden yeniden sağlamaktır (Ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 449 vd. Eren, 724 vd).

Şu hususun altını çizmek gerekir ki, kişiyi TBK. m. 49/II uyarınca sözleşme yapmaktan kaçınma fiilinden sorumlu tutmak için bu kişinin kusurunun kast derecesinde olması gerekir ve kusurun kast derecesini ispat oldukça zor olacaktır²⁰. Bu anlamda kast, zarar veren tarafın hukuka aykırı sonucu bilerek istemesidir. Yani sözleşme yapmaktan kaçınan tarafın bu davranışta bulunurken, kaçınmasının hukuka aykırı olduğunu bilmesi ve istemesi gerekmektedir.

cc. Sözleşme Yapma Zorunluluğunu Türk Medenî Kanunu m. 24 Hükümüne Dayandıran Görüş²¹

Sözleşme yapma zorunluluğunun hukukî dayanağına ilişkin diğer bir görüş özellikle kişinin cinsiyeti, milliyeti, ırkı ya da inancı nedeniyle kendisiyle sözleşme yapmaktan kaçınılması halinde, bu durumun TMK. m. 24'ün yani kişilik hakkının ihlal edilmesi teşkil edeceğini savunmaktadır. Zira TMK. m. 24 uyarınca hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Bu durumda sözleşme yapmaktan kaçınan tarafa, kişilik hakkına saldırıya son verilmesi davası açılabilmesi ve hâkimin sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran karar verebileceği belirtilmektedir. Yine sözleşme yapmaktan kaçınma davranışı kişilik hakkına aykırılık teşkil ediyorsa kaçınan aleyhine maddi ve manevi tazminata hükmedilebilecektir (TMK. m. 25).

dd. Sözleşme Yapma Zorunluluğunu Dürüstlük Kuralına Dayandıran Görüş²²

Sözleşme yapma zorunluluğunun hukukî dayanağına ilişkin son görüş; kamuya hizmet sunan veya tekel durumundaki işletmelerin öneriyi, dürüstlük kuralından kaynaklanan bir kabul zorunluluğunun olduğunu belirtir. Dürüstlük kuralından kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğuna aykırı

²⁰ Diğer yandan burada yine sözleşme yapma zorunluluğundan değil TBK. m. 49/II'nin uygulanmasının gündeme geldiği söylenebilecektir (VonTuhr/Peter, s. 284).

²¹ Schwenzer, § 26, N. 13.

²² Tandoğan, Cilt I/1, s. 10; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 196; Kılıçoğlu, s. 76; Hate-mi/Gökyayla, s. 61; İnceoğlu, s. 403; Ayrancı, s. 243; Görüşe ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 403; Sözleşme yapma zorunluluğunu dürüstlük kuralına dayandıran Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 3. HD, 14.6.2004 T, 2004/5997 E, 2004/6790 K; Yargıtay HGK, 10.12.2003 T, 2003/4-693 E, 2003/740 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.3.2015).

hareket ise TBK. m. 112 anlamında zarar tazminini gerektirir ve bu ihtimalde de kabul borcunun aynen ifasına yönelik olarak mahkemeden bir karar alınması ve bu yolla sözleşmenin kurulması mümkündür. Bu takdirde hâkim hükmüyle sözleşme kurulmuş olacağından mal veya hizmeti vermekten kaçınan taraf ifaya zorlanabilecek ve artık haksız fiil hükümlerine göre değil borca aykırılık hükümlerine göre tazminat ödemek zorunda kalacaktır.

OĞUZMAN/ÖZ, şu hususa dikkat çekmektedirler²³. Yazarlara göre, bu noktada dürüstlük kuralının rolü, bir tarafın sözleşmeyi kurmak için öneri yapması halinde, diğer tarafın kabul beyanında bulunmamasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmasında ortaya çıkar. Yoksa kabul beyanı olmadığı sürece sözleşme kurulmayacaktır. Fakat sözleşme yapma zorunluluğuna aykırı davranıştan kaynaklanan zararın tazmini gündeme gelebilecektir.

dd. Kanaat

Kanaatimizce sözleşme yapma zorunluluğunu dürüstlük kuralına dayandıran görüş diğerlerine nazara daha isabetlidir. Zira kamuya arz edilen hizmetlerde hizmetin fiyat gösterilmeksizin sergilenmesi TBK. m. 8/II hükmünün uygulanmasına engel olurken, sözleşme yapmaktan kaçınma fiilinin ahlâka aykırı kabul edilmesi ihtimalinde kusurun kast derecesini ispat güçlük arz edecektir. Yine sözleşme yapmaktan kaçınmanın mutlak hak niteliğindeki kişilik hakkına saldırı teşkil etmesi her ihtimalde mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, dürüstlük kuralından kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğuna aykırı hareket eden tarafı TBK. m. 112 uyarınca sorumlu tutmak daha mantıklı bir yoldur. Bu yolla davacı hem sözleşmenin kurulmasına yönelik hem de sözleşmeden doğan edimin yerine getirilmesine ilişkin talebini aynı davada ileri sürebilecek, sözleşmenin kurulmasıyla amacın tam olarak sağlanamayacağı ihtimallerde aynen ifa yerine zarar tazmini yoluna gidilebilecektir.

2. Kanun Hükmünden Kaynaklanan Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Özel Hukuk sahasında kanunun açık hükmüyle sözleşme yapma zorunluluğu nadir de olsa söz konusu olabilir ki aşağıda ayrıntılarıyla aktaracağı-

²³ Açıklamalar için bkz. *Oğuzman/Öz*, Cilt I, s. 197 vd.

mız ve çalışma konumuzu oluşturan TKHK. m. 6, bunun tipik örneklerinden kabul edilir²⁴. Özel Hukuk sahasında sözleşme yapma zorunluluğunun düzenlendiği hükme AvK.²⁵ m. 37 ve m. 42 örnek gösterilebilir. Zira bu hükümlerde baro başkanı tarafından görevlendirilen avukatların haklı bir sebep bulunmadıkça sözleşme yapmaktan kaçınamayacakları düzenlenmiştir²⁶. Diğer taraftan Eşya Hukuku alanında zorunlu geçit (TMK. m. 747) veya zorunlu su hakları (TMK. m. 761) sözleşme yapma zorunluluğunun²⁷ açıkça kanunda düzenlendiği haller arasında sayılabilir. Bu hallerde bedel karşılığı, taşınmaz maliki geçit veya suyun taşınması için taşınmazında irtifak hakkı tesis edilmesine katlanmak, başka bir söylemle kabul beyanında bulunmak zorundadır.

Sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin bu genel bilgilerden sonra TKHK. m. 6'da düzenlenen ve bünyesinden birden fazla yasak barındıran sözleşme yapma zorunluluğuna geçebiliriz.

II. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN M. 6 UYARINCA SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "*Satıştan Kaçınma*" başlıklı 6. maddesi aynen şöyledir: "*(1) Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz. (2) Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz. (3) Ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenler; aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep yoksa; bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlamaz. (4) Bakanlık ve belediyeler, bu madde hükümlerinin uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle yükümlüdür.*"

Bu hüküm, her ne kadar "*Satıştan Kaçınma*" başlığını taşıyor olsa da hüküm tahlil edildiğinde, hükmün birinci fıkrasında mal satışından kaçın-

²⁴ Aslan, 340; Bu hükmün TBK. m. 8/II ile aynı nitelikte olduğu yönünde bkz. Serozan, s. 583.

²⁵ Avukatlık Kanunu, Kanun No: 1136, Kabul Tarihi: 19.3.1969, Resmi Gazete: 4.7.1969/13168.

²⁶ Ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 398, 399.

²⁷ İrtifak hakkının tapuya tescil edilmesi yani tasarruf işlemi için, bu işlemin temelinde yatan bir borçlanma işleminin varlığı bu noktada zorunludur (TMK. m. 781). *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

ma yasağının; ikinci fıkrasında hizmet sağlamadan kaçınma yasağının; üçüncü fıkrasında sözleşmenin kurulmasında ağırlaştırıcı koşullar öngörme yasağının düzenlenmiş olduğu görülmektedir²⁸. Dolayısıyla hükmün başlığı içeriğine göre aslında oldukça dardır. Şimdi hüküm yer alan her bir yasağa ayrı ayrı bakalım.

A. MAL SATIŞINDAN KAÇINMA YASAĞI

1. Genel Olarak

Mal satışından kaçınma yasağını düzenleyen TKHK. m. 6'nın birinci fıkra hükmü 4077 sayılı kanun²⁹ zamanında 2003 yılında değişikliğe uğramış ve yeni kanunla son halini almıştır. Bu fıkranın tarihi gelişim içinde nasıl değişikliğe uğradığını tahlil etmek bakımından, fıkranın 2003 değişikliği öncesi ve sonrası nasıl düzenlenmiş olduğuna bakalım.

4077 sayılı TKHK. m. 5/I, 2003 değişikliği öncesi aynen şu şekildeydi: “Üzerinde “numunedir” veya “satılık değildir” ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi, onun stokta bulunduğu anlamına gelir. Satıcı teşhir ettiği malların satışından kaçınmaz. Satılmadığı halde satılmış gibi gösteremez.”

4077 sayılı TKHK. m. 5/I, 2003 değişikliği sonrası şu şekilde değiştirilmiştir: “Üzerinde “numunedir” veya “satılık değildir” ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi, halinde satıcı bu malların satışından kaçınmaz.”

Nihayet 6502 sayılı TKHK. m. 6/I şöyledir: “Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz.”

Hükümlerden görüleceği üzere, 2003 değişikliği öncesi hükümde yer alan “...stokta bulunduğu anlamına gelir...” ifadesi, 2003 değişikliği ile hükümden çıkarılmış, 6502 sayılı kanunla da 2003 değişikliği sonrası hükme çok benzer bir düzenleme yapılmıştır. Hükmün günümüze kadar

²⁸ Bu hükmün başlığının “Satıştan Kaçınma” yerine “Sözleşme Yapmaktan Haksız Olarak Kaçınma” olması gerektiği yönünden bkz. Aydoğdu, s. 105.

²⁹ Mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun No: 4077, Kabul Tarihi: 23.2.1995, Resmi Gazete: 8.3.1995/22221.

değişen ifadelerine baktığımızda şu hususların irdelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır: 2003 değişikliği ile “...stokta bulunduğu anlamına gelir...” ifadesinin hükümden çıkarılmasının sonucu nedir? Acaba satıcının sözleşme yapma zorunluluğu hem teşhir ettiği hem de teşhir etmediği malı kapsar mı? Satıcı teşhir ettiği malın her bedeninin bulundurmaya zorunda mıdır? Satıcı malı nerede teşhir ettiğinde sözleşme yapma zorunluluğu gündeme gelir? Ve yine teşhir edilen mal aslında satılık değilse satıcı bu durumda nasıl hareket etmelidir?

Bu soruların cevaplandırılmasına geçmeden önce şu hususu belirteyim. Gerek 2003 değişikliği öncesi ve gerekse değişiklik sonrasında hükümde yer alan “*Ticari kuruluş*” ifadesi yeni hükümde kullanılmamıştır. Bu değişikliğin isabetli olduğu söylenebilir. Zira ticari kuruluş denince akla Türk Ticaret Kanunu’na³⁰ tâbi ticari işletmeler gelmekteydi. Oysa doktrinde ticari kuruluşun ticari işletmeden daha geniş bir kavram olduğu, esnaf işletmelerinin de ticari kuruluş kavramına dâhil olduğunun kabul edilmesinin gerektiği belirtmekteydi³¹.

a. Satıcının “Teşhir Ettiği Mala” İlişkin Sözleşme Yapma Zorunluluğu
Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6/1 açıkça satıcının vitrin, raf veya açıkça görülebilen bir yerde teşhir ettiği mala ilişkin sözleşme yapma zorunluluğunun olduğunu düzenlemektedir. Demek ki satıcı, teşhir ettiği mala ilişkin kendisine öneride bulunan tüketicinin karşısında kabul beyanında bulunmak zorundadır. Yoksa malın vitrinde olduğundan ve bu nedenle vitrini bozmayacağından ya da malın teşhir malı olduğundan bahisle sözleşme yapmaktan kaçınamayacaktır. Nitekim teşhir edilen mala ilişkin satıcının sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu tartışmasızdır çünkü satıcı malın satılık olmadığını teşhir etme sırasında belirtmiş olsun ya da işin niteliğinden malın satılık olmadığı anlaşılabilir³². Teşhir edilen mala ilişkin olarak burada bir faraziye yaratılmıştır. Zira satıcının teşhir ettiği ve teşhir ederken satılık olmadığını belirtmediği malın aslında satılık olmadığını iddia ve ispat etmesi mümkün değildir³³.

³⁰ Türk Ticaret Kanunu, Kanun No: 6102, Kabul Tarihi:13.1.2011, Resmi Gazete: 14.2.2011/27846.

³¹ Yavuz, s. 444; İnceoğlu, s. 407.

³² Ayrıca bkz. aş. II-A-1-f.

³³ İnceoğlu, s. 408.

Aşağıda sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olması için satıcının malı vitrinde, rafta veya açıkça görülebilen bir yerde teşhir etmesinin gerekliliği değerlendirilecek ve satıcının teşhir ederek öne çıkardığı mal bakımından aynı zamanda malı bulundurma zorunluluğunun olduğuna işaret edilecektir³⁴. Ancak satıcı malı nerede teşhir ederse etsin, öne çıkarсын ya da çıkarmasın, malı bir şekilde tüketicinin görebileceği şekilde teşhir ediyorsa, teşhir edilen mal bakımından sözleşme yapma zorunluluğu vardır³⁵. Teşhir edilen ve öne çıkarılan mal bakımından ise bu defa hem sözleşme yapma zorunluluğu hem de malı bulundurma zorunluluğu devreye girecektir³⁶.

b. Satıcının “Teşhir Etmediği Mala” İlişkin Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Sözleşme yapma zorunluluğu niteliğindeki eTKHK. m. 5, 2003 senesinde değiştirilmiş³⁷ ve değişiklik öncesi özellikle hükümde yer alan “...stokta bulunduğu anlamına gelir” ifadesi hükümden çıkarılmış, hükümde sadece “...satıcı malların satışından kaçınmaz” ifadesine yer verilmiştir. Yine hükmün son halinde “...satışından kaçınılamaz” ifadesine yer verilmemiştir.

ZEVKLİLER/AYDOĞDU, 2003 değişikliği öncesinde hükümde “*Stokta bulunma karinesinin*” düzenlendiğini belirtmekteydi³⁸. Yazarlara göre kanunkoyucu bu şekilde bir hükümle aslında mal elinde bulunmasına rağmen satıcının satıştan kaçınmasını engellemeye çalışıyordu ve 2003 değişikliği ile stokta bulunma karinesini düzenleyen ifade hükümden çıka-

³⁴ Ayrıca bkz. aş. II-A-1-e.

³⁵ Köksal, vitrinde teşhir edilen malın depoda tükenmesi halinde, tüketicinin bazı durumlarda malın temin edilmesini beklemek zorunda kalmasının gerekebileceğini, bu durumda tüketicinin beklemek zorunda kalması halindeki zararı ile malın vitrinden çıkarılması için yapılacak harcama arasında dengeleme yapılması gerektiğini belirtmektedir (Köksal, s. 36). Kanımızca bu şekilde bir dengeyin olup olmadığını değerlendirmeye gerek olmaksızın bu noktada tüketici koruma düşüncesi ağır basmalı ve teşhir edilen mal bakımından sözleşme yapma zorunluluğunun varlığı kabul edilmeli, yoksa satıcının vitrin bozma masrafı nazara alınmamalıdır.

³⁶ Bkz. aş. II-A-2-b.

³⁷ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No: 4822, Kabul Tarihi: 6.3.2033, Resmi Gazete: 14.3.2003/25048.

³⁸ Zevkliler/Aydoğdu, s. 151; Yeni kanun zamanında da aynı karinenin varlığını devam ettirdiği yönünde bkz. Aydoğdu, s. 109.

rılmış, satıcının teşhir ettiği malı satmaktan kaçınmayacağı vurgulanmıştır. Yazarlar devamla, hükmün değiştirilmesiyle sadece vurgulamanın kaldırılmış olduğunu, satıcının teşhir ettiği ve elinde bulunan malın satışından kaçınamayacağı sonucunun mantiken çıktığını belirtmekteydi³⁹. Nitekim *AYDOĞDU*, 6502 sayılı kanun zamanında da bu karinenin varlığını devam ettirdiğini belirtmektedir⁴⁰.

Belirtelim ki sözleşme yapma zorunluluğunu düzenleyen eTKHK. m. 5'te ve yine TKHK. m. 6'da "*Stok*" teriminin kullanılmasından vazgeçilmesi kanımızca yerindedir. Zira stok terimi Özel Hukuk'a dâhil bir terim değildir. Nitekim satıcının teşhir etmediği mala ilişkin sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu sonucuna varmak için de "*Teşhir etmek stokta bulundurmak anlamına gelir*" şeklinde bir düzenlemeye de ihtiyaç yoktur. Hükmün bugünkü halinde yer alan "...*satışından kaçınılamaz*..." ifadesi bu sonuca varmak için yeterlidir. Zira Roma Hukuku'nda bu yana var olan temel kural olan "*Nev'i telef olmaz (Genus non perit)*" kuralı bu noktada satış sözleşmesi bakımından devreye girer. Demek ki satıcı çeşit borcuna konu malı teşhir ediyorsa, tüketiciyle sözleşme yapmak zorundadır. Bu durumda tüketicinin dürüstlük kuralına uygun talebini, tüketici talep ettiği anda karşılayamayan satıcı çeşit borcuna konu malı temin ederek tüketiciye teslim etmek zorunda kalacaktır.

Kanımızca da satıcının sözleşme yapma zorunluluğu hem teşhir ettiği mala⁴¹ hem de teşhir etmediği mala ilişkindir. Satıcı teşhir edilen malın teşhir malı olmasından bahisle mala ilişkin satış sözleşmesi yapmaktan imtina edemeyeceği gibi teşhir etmediği ancak elinde bulundurduğu mala ilişkin sözleşme yapmaktan imtina edemez.

Diğer yandan bu noktada akla şu soru gelmektedir. Acaba satıcı teşhir ettiği maldan kaç adet bulundurmak zorundadır? Burada elbette kıstas dürüstlük kuralı olmalı (TMK. m. 2) ve satıcının teşhir ettiği maldan kaç adet bulundurmak zorunda olduğu dürüstlük kuralına göre tespit edilmelidir⁴². Dürüstlük kuralına uygun bir yorum ise satıcının ekonomik kapasitesiyle ölçülü mal adedinde işaret etmektedir. Yoksa satıcının, teşhir ettiği maldan örneğin yüz adet satın almak isteyen tüketici talebini karşılamasını

³⁹ Zevkliler/Aydoğdu, s. 151; Aynı yönde Yavuz, s. 447.

⁴⁰ Aydoğdu, s. 119.

⁴¹ Satıcının teşhir ettiği mala ilişkin sözleşme yapma zorunluluğu için bkz. yuk. II-A-1-a.

⁴² Zevkliler/Aydoğdu, s. 151; Yavuz, s. 450; Aydoğdu, s. 110; İnceoğlu, s. 411.

beklemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Ancak satıcının az miktardaki talepleri karşılayabilecek adette malı bulundurması gerekmektedir⁴³. Yoksa tüketiciyi koruma gayesiyle düzenlenmiş bu hüküm, sözleşme konusunun çeşit borcu olmasından hareketle, bu çeşit dünya üzerinde tükenmediği sürece satıcının malı sağlamanın zorunlu olduğu anlamına gelmez ve satıcıya bu şekilde bir borç yüklenemez. Örneğin zincir mağazanın teşhir ettiği ancak yeteri adet elinde olmayan mala ilişkin tüketici talebi karşısında, tüketicinin teşhir edilen maldan yüz adet talep etmesi halinde, satıcının malın üretildiği ülkeden malı temin gibi bir zorunluluğu da yoktur.

c. Teşhir Edilen Malın Diğer Bedenlerine İlişkin Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin TKHK. m. 6'ya ilişkin olarak bir tartışma da satıcının teşhir ettiği malın her bedenini bulundurma zorunluluğunun olup olmadığıdır. *GÜMÜŞ*, bu konuda satıcının sadece teşhir ettiği malı satma zorunluluğunun olduğunu savunmaktadır⁴⁴. İnceoğlu ise satıcının teşhir ettiği malın her bedeninin bulundurma zorunda olduğunu, aksinin kabulünün satıcının sözleşme koşullarını ağırlaştırma yasağına (TKHK. m. 6/III) aykırılık teşkil edeceğini savunmaktadır⁴⁵. Gerçekte salt lâfzî yoruma bağlı kalındığında 2003 değişikliği sonrası satıcının teşhir ettiği malın her bedenini bulundurma zorunluluğunun ortadan kalktığı savunulabilir. Hatta *GÜMÜŞ*, satıcının sözleşme yapma zorunluluğunun teşhir edilen mal ve teşhir edilen maldan misli ile elinde bulundurulmuş ile sınırlı olduğunu yani tüketicinin talep ettiği malın bedeni veya numarası satıcının elinde yoksa satıcının malı sipariş edip elde ettikten sonra tüketiciye satmakla yükümlü olmadığını belirtmektedir⁴⁶.

Kanaatimizce satıcının teşhir ettiği malı bulundurma zorunluluğunun olup olmadığını tespit için hükmün konuluş amacına (ratio legis) bakmak gerekir. Gereğe baktığımız zaman hükmün konuluş amacına ilişkin

⁴³ Köksal, malın teşhir edilmesinin o maldan satıcının deposunda yeterli kadar bulundurguna karine teşkil ettiğini, fakat bu noktada dikkatli yorum yapılması gerektiğini, katı bir uygulamanın satıcı açısından haksızlığa sebebiyet vereceğini, depodaki geçici eksikliği varlığının haklı sebep sayılması gerektiğini belirtmektedir (Köksal, s. 35).

⁴⁴ Gümüş, s. 76.

⁴⁵ Yavuz, s. 450; İnceoğlu, s. 411.

⁴⁶ Gümüş, s. 76.

olarak gerekçeden sonuç çıkarmak mümkün değildir⁴⁷. Amaçsal yorum ise bizi şu sonuca götürmektedir. Kanunkoyucu satıcının, herkesin objektif olarak beğenisini kazanmış ve zaten bu beğeniyle tükenmiş malları vitrinde teşhir etmeye devam etmesini engellemek istemektedir. Zaten özellikle vitrinin amacı tüketicinin mağazanın içine girmesini sağlamaktır. Çünkü bir şekilde tüketici mağazaya girdiğinde diğer malları da inceleyecek ve bu yolla satıcı teşhir etmediği mallarını satma ihtimalini arttıracaktır. Satıcının objektif beğeni kazanmış malı teşhir etmeye devam etmesi adeta mağaza dışındaki tüketiciye olta atarak, tüketiciyi mağaza içine çekme sonucunu doğurmakta, oltaya yakalanan tüketici ise mağaza içinde satış ve pazarlama tekniği eğitimi almış satıcı temsilcileri vasıtasıyla satıcının diğer mallarına da yönelebilmektedir. Diğer yandan hükmün üçüncü fıkrasında satıcının, malı kendisi tarafından belirlenen ebatta satmaya zorlaması yasaklanmıştır. Bu nedenle malı teşhir eden satıcı teşhir ettiği malın tüm bedenlerini elinde bulundurmakla yükümlüdür, aksinin kabulü TKHK. m. 6/III ve hükmünün konuluş amacına aykırılık teşkil eder. Demek ki satıcı malı teşhir ettiğinde, malın diğer bedenlerini de bulundurma zorunluluğu işler. Bu durumda satıcının teşhir ettiği malın diğer bedenleri bulunmasa da satıcı söz konusu malı temin etmek zorunda olacaktır. Aksi halde korunacak bir hukukî yarar olmayacaktır. Yine günümüzde zincir mağazaların varlığı karşısında satıcıların sadece kendi bulundurduğu malla sorumlu olmasını kabul, tüketiciyi koruma amacından uzaklaşmak anlamına gelmektedir.

Diğer taraftan malın her bedenini bulundurma zorunluluğunun hiçbir istisnaya yer vermeyerek uygulanması bazı ihtimallerde adaletsiz sonuçlar yaratabilecektir. Bu nedenle hükmün uygulanması yumuşatılmalıdır. Aşa-

⁴⁷ Madde gerekçesi aynen şöyledir: “*Bu madde, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5 inci maddesi ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Sadece maddenin ifade şekli düzeltilmiştir./ Birinci fıkraya göre satışa arz edilen malın, satılık olmadığı belirtilmedikçe satışından kaçınılamaz. Benzer şekilde ikinci fıkraya göre haklı bir sebep olmaksızın hizmet sağlamaktan kaçınılamaz./ Üçüncü fıkraya göre, aksine teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep yoksa; a) Bir mal veya hizmetin satışı, o mal veya hizmetin satıcı tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara bağlanamayacağı, b) Bir mal veya hizmetin satışı, başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlanamayacağı açıkça vurgulanmıştır./ Maddeye yeni eklenen dördüncü fıkrada yer alan düzenleme ile Bakanlık ve belediyelerin, bu maddenin uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle ayrı ayrı görevli oldukları hüküm altına alınmıştır*” (Bkz. Tokbaş/Özer/İmrek, s. 37).

ğıda ayrıntılı tetkik edeceğimiz üzere hizmet sağlanmasından, haklı sebeplerin varlığı halinde kaçınılabilir (TKHK. m. 6/II)⁴⁸. Bu hükmün mal satışı bakımından da uygulanması gerektiği doktrinde kabul edilmiştir⁴⁹. Eş söylemle satıcı mal satışından da haklı sebeplerin varlığı halinde kaçınılabilir. Bu durumda satıcı malı teşhir etse de bazı ihtimallerde satıcının bulundurma zorunluluğu işlemeyecektir. Örneğin sezon indirimlerinde tüketici vitrinde teşhir edilen malların diğer bedenine ulaşamayacağı kabulüyle hareket eder. Nitekim çoğu satıcının indirim dönemlerinde mal teşhir etmedikleri, vitrinlerinde yer alan mankenlere üzerinden indirim, sale, discount yazan ve işin niteliğinden satılık olmadığı anlaşılan kıyafetler giydirdiği gözlemlenmektedir. Yine eski sezon mallarının satıldığı mağazalarda da (örneğin outlet mağazalarında) satıcının bulundurma zorunluluğunun varlığı kabul edilmez. Kanımca bu gibi ihtimallerde satıcının mal satışından kaçınmak için haklı sebeplere sahip olduğu kabul edilmelidir.

d. Teşhir Etme Kavramı

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6/I malın teşhir edilmesi halinde sözleşme yapma zorunluluğunun gündeme geleceğini düzenlemektedir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde teşhir etmek “*Göstermek, ortaya çıkarmak, sergilemek, halkın gösterimine sunmak*” şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁰. Bu tanımdan yola çıkarak, hükümde satıcının mağazasında bulunan her mala ilişkin değil sadece teşhir ettiği mala ilişkin sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu anlaşılmaktadır. Zira satıcının mal teşhir ederek malı öne çıkarmasındaki gaye, teşhir edilen malın diğer mallar nazaran objektif beğeni kazanmış olması ve buna bağlı olarak tüketiciyi mağaza içine çekebilmesi ya da mağaza içinde teşhir edilerek bu defa tüketiciyi öne çıkarılan malın olduğu tarafa çekebilmesidir. Dolayısıyla teşhir edilmeyen mallar bakımından, satıcının bulundurma zorunluluğu gündeme gelmez. Ancak satıcı öne çıkarmadan mağazada bulundurduğu her mal bakımından sözleşme yapmak zorundadır.

⁴⁸ Bkz. aş. II-B-1-c.

⁴⁹ Bkz. aş. II-B-1-c.

⁵⁰ www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 31.3.2015).

e. Teşhir Edilen Yer

4077 sayılı kanun zamanında hüküm malın “*vitrinde, rafta ve açıkça görülebilir herhangi bir yerde*” teşhir edilmesi halini düzenlemekteyken, yeni hükümde “*elektronik ortamda*” teşhir edilme de sayılmıştır. İlk önce vitrin, raf veya açıkça görülebilir yerde teşhir edilme kavramlarına sonrasında yeni hükümle getirilen internet ortamında teşhir edilme kavramına bakalım.

aa. Vitrinde Teşhir Etme

Vitrin, Türk Dil Kurumu sözlüğünde şöyle tanımlanır: “*Bir dükkân veya mağazanın dışarıdan camla ayrılan ve mal sergilemek için kullanılan yeri*”⁵¹. Vitrin, satıcının malları arasında objektif olarak çoğunluğun beğeneceği malların teşhir edildiği yerdir ve satıcının vitrinde mal teşhir etmesinin amacı tüketicilerin vitrindeki malı görüp mağazadan içeriye girmesini sağlamaktır ve vitrin satıcının satış başarısını etkileyen önemli bir faktördür. Hal böyle olunca satıcının vitrininde teşhir ettiği ve tüketicinin satış sözleşmesi yapmasına neden olan mal bakımından sözleşme yapma zorunluluğu vardır. Satıcı diğer mallarına nazaran öne çıkararak teşhir ettiği malın her bedenini bulundurmakla yükümlü olduğu gibi bu malın dürüstlük kuralının gerektirdiği kadar mislini, bulundurmakla da yükümlüdür.

bb. Rafta Teşhir Etme

Türk Dil Kurumu Sözlüğünde raf “*Üstüne öteberi koymak için duvara veya bir dolabın içine birbirine paralel olarak tutturulmuş, genellikle geniş, uzun tahta veya metal levha*” şeklinde tanımlanmıştır⁵². Satıcıların satışa konu mallarını mağazaları içinde raflara yerleştirdiği görülmektedir. Hatta günümüzde mağazalarda tüketici, satıcıya veya satıcının temsilcisine ihtiyaç duymaksızın dolaşmakta, malların bulunduğu raflardan dilediği malı alıp deneyebilmektedir. Dolayısıyla “*Satıcı mağaza içindeki tüm raflarda yer alan her malın her bedenini stoğunda bulundurmamak zorundadır*” şeklinde bir sonuca varmak mümkün değildir. Kanımızca satıcının bulundurma zorunluluğu için önemli olan söz konusu malın satıcı tarafından teşhir edilerek öne çıkarılmasıdır. Yine günümüzde bazı mağazalarda hiç vitrin bulunmazken, objektif beğeni kazanan bazı malların bu defa raflarda

⁵¹ www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 7.3.2015).

⁵² www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 7.3.2015).
YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

öne çıkarılarak teşhir edildiği görülmektedir. Zaten satıcıyı tüm raflarda yer alan her malın her bedeninden bulundurma zorunluluğuna tâbi kılmak dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Bu ihtimalde satıcı mal eksildiği anda hemen eksilen malı temin etmek yükümlülüğü altına sokulmuş olur ki bu yönde bir yükümlülük satıcıya yüklenemez.

Örneğin ayakkabı mağazalarında bugün tüm modellerin raflarda teşhir edildiği söylenebilir. Çoğu zaman rafın en üstünde ayakkabı yer alır, altında ise kutular halinde diğer numaralar yer alır ve satıcının her ayakkabı modelinin her numarasını eksildikçe temin yükümlülüğü yoktur. Ancak satıcı diğer ayakkabılara nazaran bir modeli öne çıkararak rafta teşhir ediyorsa, örneğin ayakkabıyı mağazanın ortasında, ışıklandırılmış bir rafta tek başına teşhir ediyorsa işte teşhir ederek öne çıkardığı bu modelin her numarasını bulundurmamak zorundadır. Zira bu ihtimalde rafta teşhir etme aynı vitrinde teşhir etme etkisi doğurmakta, hatta mağazanın dışındaki tüketiciyi dahi etkilemektedir. Ancak altını çizelim ki satıcı rafta teşhir ettiği her mala ilişkin sözleşme yapmak zorundadır ancak sadece öne çıkararak teşhir ettiği malın her bedenini bulundurmamak zorundadır.

cc. Açıkça Görülebilen Yerde Teşhir Etme

Kanunkoyucu sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olması için vitrin veya rafta teşhir etmeyi yeterli görmemiş, malın açıkça görülebilen bir yerde teşhir edilmesi halinde de sözleşme yapma zorunluluğu olduğunu düzenlemiştir. Burada raf veya vitrinde teşhir ediliyor olmasa da öne çıkarılmış bir malın mağazanın herhangi bir yerinde teşhir edilmesi düzenlenmiştir. Eş söylemler sözleşme yapma zorunluluğunun varlığı için, teşhir etme ve özellikle tüketiciyi ikna edebilmek için teşhir etme unsuruna ihtiyaç vardır. Yoksa tıpkı rafta bulundurmada olduğu gibi satıcının diğerlerine nazaran öne çıkarmadığı ancak mağazasında bulundurduğu malın her bedeni bulundurma zorunluluğu yoktur. Aksini kabul, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Ancak önemle tekrar edelim ki satıcı teşhir ettiği her mala ilişkin sözleşme yapmak zorundadır, sadece öne çıkararak teşhir ettiği malın her bedenini bulundurmamak zorundadır.

Yukarıda TKHK. m. 6'nın konuluş amacına değinmiştik. Vitrinde teşhir edilen mal nasıl ki tüketicinin mağazadan içeriye girmesine sebep oluyorsa, mağazanın rafında ya da açıkça görülen bir yerde öne çıkarılarak teşhir edilen mal da tüketicinin mağaza içinde başka bir reyonu geçme-

sine sebebiyet vermektedir. Bu nedenle tek başına malın açıkça görülebi-
len bir yerde duruyor olması değil, malın teşhir edilerek öne çıkarılması,
bulundurma zorunluluğu için gereklidir.

dd. İnternet Ortamında Teşhir Etme

Malın teşhir edileceği yerlere 6502 sayılı yeni kanun, internet ortamını da eklemiştir. Bu hükmü “*internet ortamı*” eklenmesi doktrinde GÜMÜŞ tarafından eleştirilmiştir⁵³. Yazar, internet ortamının hükmün konuluş amacıyla uyumsuz olduğunu, hükmün maddi mallara ilişkin olduğunu belirtmektedir. Yazara göre tüketici, teşhir edilen malı doğrudan inceleyebilecek, malın durumu, boyutları ve nitelikleri hakkında genel bilgiye sahip olabilecek olup internet ortamında bu yönde bilgi sahibi olması mümkün olmadığından, internet ortamında teşhir edilen mallar bakımından bu hüküm uygulama alanı bulmamalıdır.

İnternet ortamında teşhir edilen mala ilişkin olarak satıcının sözleşme yapma zorunluluğunun olup olmadığını değerlendirelim. Satıcı, internet ortamında teşhir ettiği malın mesafeli sözleşme yoluyla satılmasına ilişkin sisteme de sahipse tüketicinin kabulüyle sözleşme kurulacak ve bu noktada satıcının teslim zorunluluğu devreye girecektir. Bugün internet üzerinden yapılan mesafeli satışlarda (TKHK. m. 48)⁵⁴ sunulan mala ilişkin satış sözleşmesi kurulduktan sonra satıcılar malın aslında elinde olmadığından bahisle para iadesi yoluna gidebilmektedir. Bu durumda artık taraflar arasında sözleşme kurulmuş olmasına, hatta bedel ödeme borcunu yerine getiren tüketiciye rağmen sözleşme borcunu ifa etmeyen satıcı söz konusudur. Nitekim mesafeli sözleşmelere ilişkin kanundaki düzenleme tüketicilere koruma sağlamaktadır. Zira TKHK. m. 48 uyarınca tüketici on dört gün içinde cayma hakkına sahip olduğu gibi, satıcı veya sağlayıcının

⁵³ Gümüş, s. 76.

⁵⁴ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 48 uyarınca mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

otuz gün içinde mal veya hizmeti teslim etmemesi halinde tüketicinin sözleşmeden dönmesi mümkün kabul edilmiştir⁵⁵.

Ancak mesafeli satışa ilişkin sisteme sahip olmayan satıcının acaba teşhir ettiği mala ilişkin sözleşme yapma zorunluluğu var mıdır? Örneğin satıcı internet sitesinden yine satışa konu markanın en çok beğenilen malını teşhir ediyorsa ve bu yolla tüketicinin satıcının mağazasına gitmesine yol açıyorsa, internette gördüğü malı satıcının mağazasında bulamayan tüketici karşısında acaba satıcının bu defa internet ortamında teşhir ettiği mal bakımından sözleşme yapma zorunluluğu var mıdır? Kanımızca bu soruya olumlu cevap verilmelidir zira hükmün konuluş amacı bizi bu sonuca götürmektedir. İnternette teşhir edilen malı gören ve yine bu nedenle oltaya takılan tüketici talebi karşılanmalı ve sözleşme yapma zorunluluğunun varlığı kabul edilmelidir. Bu sonuçla sorumlu olmak istemeyen satıcının tükenen malı internet ortamında teşhire devam etmemesi gerekir.

f. Teşhir Edilen Mal Kavramı

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6'ya baktığımızda hükümde teşhir edilen mal kavramına yer verilmiş olduğu görülür. Burada üzerine düşünülmesi gereken husus ise teşhir edilen şeyin mutlaka maddi bir mal olmasının zorunlu olup olmadığıdır? Acaba satıcının madden teşhir etmediği ancak fotoğrafla teşhir ettiği mala ilişkin de sözleşme yapma zorunluluğu var mıdır? Yine bu hüküm acaba Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun korumasına dâhil konut ve tatil amaçlı taşınmazları ya da motorlu taşıt araçlarını kapsar mı?

aa. Madden Teşhir Edilemeyen Mal

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6 açıkça teşhir edilen mala işaret etmektedir. Hatta doktrinde *GÜMÜŞ*, bu hükmün maddi mallara ilişkin olduğunu da savunmaktadır⁵⁶. Kanımızca satıcının teşhir ettiği maldan sadece madden teşhir ettiği mal anlaşılmamak gerekir. Yukarıda hükmün konuluş amacına değinmiş ve konuluş amacının, objektif olarak beğeni kazanan malı teşhir ederek mağazaya bir şekilde tüketiciyi çeken satı-

⁵⁵ Hüküm, dönme değil fesih ibaresini kullanmış olsa da kanımızca ifasına hiç başlanmamış sözleşmeler bakımından sözleşmenin sona erdirilmesini ifade bakımından fesih terimi hatalıdır (TKHK. m. 48/III).

⁵⁶ Gümüş, s. 76.

cı karşısında tüketicinin korunması olduğuna işaret etmiştik⁵⁷. Bu durumda madden mal teşhir etmeyen ancak sattığı malı fotoğrafta teşhir eden satıcının sözleşme yapma zorunluluğu ya da fotoğraftaki malı temin etme zorunluluğu var mıdır? Kanımızca tüketiciyi koruma amacı ve hükmün konuluş amacı bu soruya olumlu cevap vermeyi gerektirmektedir. Zira örneğin vitrinde madden hiç mal teşhir etmeyen buna karşın malları fotoğraflarla teşhir ederek tüketiciyi mağazasına çeken, sonrasında fotoğraftaki ürünün tükendiğini söyleyen satıcının karşısındaki tüketici korunmalı ve dürüstlük kuralı çerçevesindeki tüketici talebi karşılanarak mal satıcı tarafından temin edilmelidir.

bb. Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz

Değerlendirilmesi gereken bir başka husus sözleşme yapma zorunluluğunu düzenleyen hükmün Tüketici Hukuku korumasına dâhil konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar bakımından uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bilindiği üzere taşınmaz mülkiyetinin kazanılması buna ilişkin sözleşmenin resmî şekilde yapılmasına bağlıdır (TMK. m. 706). Resmî şekil ise tapu memuru tarafından yerine getirilmektedir (TapK.⁵⁸ m. 26). Hal böyle olunca, geçerliliği şekle bağlı sözleşme bakımından sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilemeyecektir. Yine TKHK. m. 41'de düzenlenen ön ödemeli konut satışı bakımından da aynı değerlendirme yapılmalıdır. Ön ödemeli konut satışının noterde taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılması zorunlu tutulmuştur. Bu nedenle maket üzerinde beğendiği konut amaçlı taşınmaza ilişkin satış sözleşmesini yapmaktan imtina eden satıcıya karşı tüketici, örneğin noter aracılığıyla satıcıyı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmaya zorlayamayacağından, bu tür sözleşmelerde kanımızca sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilemez.

cc. Araç

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/h'de mal tanımı yapılmış ve taşınır eşyanın kanun kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Buradan hareketle ticari ve mesleki olmayan amaçlarla satın alınan tüm araçlar kanun kapsamındadır. Ancak araçlara ilişkin borçlanma işlemlerine ilişkin olarak

⁵⁷ Bkz. yuk. II-A-1-c.

⁵⁸ Tapu Kanunu, Kanun No: 2644, Kabul Tarihi: 22.12.1934, Resmi Gazete: 29.12.1934/2892.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

Kara Yolları Trafik Kanunu⁵⁹ bir takım hükümler öngörmektedir. Anılan kanunda tescil edilmiş araçların her türlü satış ve devirlerinin noterler tarafından yapılması gerektiği aksi halde satış sözleşmesinin geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla konut ve tatil amaçlı taşınmazlar bakımından yaptığımız değerlendirme tescil edilmiş araçlar bakımından da geçerlidir ve şekil zorunluluğunun varlığı sözleşme yapma zorunluluğunun bu tür mallarda uygulanmasını engeller. Ancak tescil edilmemiş araçların satışları şekle tâbi değildir. Bu nedenle henüz tescil edilmemiş aracı teşhir eden satıcı bakımından sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olacaktır.

g. Malın Üzerinde Bulunan “Satılık Değildir” İbaresini

Satıcının sözleşme yapma zorunluluğunun gündeme gelmemesi için tek şart, teşhir edilen malın teşhir edilme sırasında satılık olmadığı belirtilmesidir. Aslında burada bir faraziye getirilmiştir. Eş söylemlerle satıcı teşhir ettiği malın aslında satılık olmadığını ispat etme imkânından yoksundur⁶⁰. Satıcı vitrin, raf veya açıkça görülebilir bir yerde herhangi bir mal teşhir ediliyorsa ve bu mal aslında satılık değilse mutlaka bu malın “*Satılık olmadığını belirten*” bir ibareye yer vermelidir. Aksi halde teşhir edilen malın satılık olmadığını ileri süremeyecektir. Hükümde malın satılık olmadığını belirtilmesi zorunluluğu düzenlenmiştir, bu durumda satıcı malın üzerine “*Satılık değildir, satılmıştır, örnektir, numunedir, dekor amaçlıdır*” şeklinde bir ibareyle sözleşme yapma zorunluluğundan kurtulabilecektir⁶¹.

Sonuç olarak satıcının teşhir ederek öne çıkardığı mal elinde bulunmuyorsa ya da malın diğer bedenleri tükendiye, satıcı vitrini anında değiştirilmeli ya da buna imkân olmadığı hallerde vitrine diğer bedenlerinin tükenmiş olduğu yönünde uyarı yazmalıdır. Teşhir edilen malı vitrinden kaldırma veya bu yönde uyarı yazmak külfet niteliğinde olup bu külfeti yerine getirmeyen satıcı bakımından sözleşme yapma zorunluluğu devreye girecektir. Bu külfetle, satıcı firmaların ciddiyeti ve tüketici haklarına hassasiyeti sağlanacaktır.

Diğer taraftan söz konusu mağazada hiç bir şekilde satılmayan, dekor amaçlı olduğu açıkça anlaşılan mallara ilişkin satıcının sözleşme yap-

⁵⁹ Kara Yolları Trafik Kanunu, Kanun No: 2918, Kabul Tarihi: 13.10.1983, Resmi Gazete: 18.10.1983/18195.

⁶⁰ İnceoğlu, s. 408.

⁶¹ Zevkililer/Aydoğdu, s. 152; Yavuz, s. 447; Aydoğdu, s. 109; İnceoğlu, s. 409.

ma zorunluluğu elbette yoktur. Bu noktada TBK. m. 8/I'in "... işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinin olmadığından anlaşılması" ifadesi devreye girer ve bu tür teşhir edilen mallar bakımından sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olmaz. Ancak örneğin kıyafet satan bir mağaza vitrininde teşhir edilen ayakkabı, dekor amaçlı kullanılmış olsa bile, tüketici vitrinde gördüğü ayakkabının satılık olduğu algısına sahip olacağından, satıcı söz konusu ayakkabının satışından kaçınamayacaktır. Bu ihtimalde malın fiyatının belirsiz olması sorun teşkil edebilir. Uyuşmazlık halinde satış bedeli TBK. m. 233 uyarınca belirlenecektir. Zira TBK. m. 233 uyarınca alıcı (tüketici) satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır. Bunun dışından kıyafet satan satıcının mağazasının vitrininde yer alan örneğin köpek heykelinin satılık olmadığı, bunun dekor amaçlı olduğu anlaşılabilirliğinden, köpek heykeli bakımından sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olmayacaktır.

h. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6'nın Hukukî Niteliği ve Özellikle Türk Borçlar Kanunu m. 8 ile Karşılaştırılması

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6'nın hukukî niteliği tartışmalıdır. Baskın görüş bu hükümde sözleşme yapma zorunluluğunun düzenlenmiş olduğunu savunmaktayken⁶², aksi görüş bu hükmün TBK. m. 8/II ile aynı nitelikte olduğunu savunmaktadır⁶³. Bu tartışmada sonuca varmak için her iki hükme de daha yakından bakalım.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6 her şeyden önce sadece tüketici ve satıcı veya sağlayıcı arasındaki hukukî ilişkilerde uygulanan bir hüküm olup, yine burada malın fiyatının teşhir edilme sırasında gösterilmesine gerek yoktur. Fiyatın gösterilmesi zorunlu olmadığından bu anlamda tek başına mal teşhir etmek öneri niteliğinde değildir. Tüketici malı satın almak istediğinde önerisini yapacak ve bu noktada satıcının kabul zorunluluğu devreye girecektir. Yine burada sözleşme yapma zorunluluğu, teşhir edilen veya teşhir edilmeyen mala ilişkin olabilir. Örneğin üzerinde bedeliyle teşhir edilen malın vitrinde "S" bedeninin teşhir ediliyor olması ihtimalinde tüketici "L" bedeni almak istiyorum dediği anda, satıcı bakı-

⁶² Zevkliler/Aydoğdu, s. 151; Yavuz, s. 451; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 197; Başoğlu, s. 86; Kılıçoğlu, s. 76; Gümüş, s. 75; Aydoğdu, s. 109; İnceoğlu, s. 405.

⁶³ Aslan, s. 340; Serozan, s. 583.

mından sözleşme yapma zorunluluğu teşhir edilmeyen “L” beden bakımından söz konusu olur. Diğer taraftan vitrinde teşhir edilen mal üzerinde bedeli yazmasa dahi, mağazaya girip “Alıyorum” diyen tüketici karşısındaki satıcı bakımından da sözleşme yapma zorunluluğu vardır ki bu ihtimalde tüketici bedeli belirlenmesi yetkisini karşı tarafa bırakmıştır ve tartışmaksızın razı olma söz konusu olur. Bedelin belirlenmesi söz konusu olduğunda yukarıda andığımız TBK. m. 233 hükmü uygulama alanı bulur ve tüketici malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır. Yine TKHK. m. 6’da teşhir edilen malın üzerinde satılık olmadığına dair bir uyarı yoksa satıcı malın satılık olmadığını ileri süremez, eş söylemle bu hükümde bir faraziye düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu m. 8 “Bağlayıcı olmayan öneri ve herkese açık öneri” başlığı altında bir sözleşme yapma zorunluluğu düzenlenmemektedir. Öncelikle bu hüküm alıcı ve satıcı arasındaki ilişkilerde uygulama alanı bulur. Hüküm uyarınca fiyatını göstererek mal sergilenmesi aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır. Demek ki burada malın teşhir edilme sırasında mutlaka fiyatının gösterilmesi gerekmektedir. Sergilemenin herkese karşı yapılan öneri olduğu düzenlenmiştir. Bu sergilemenin öneri sayılmasının sebebi de zaten fiyatın gösterilmiş olmasıdır. Bu öneriye karşılık alıcı kabul ettiğinde sözleşme kurulmuş olacaktır. Sözleşmenin kurulması bakımından öneri sadece sergilenen mala ilişkindir, yoksa satıcının sergilemediği diğer mallarına ilişkin sözleşme, alıcının kabul beyanı ile kurulmaz. Fiyat göstererek mal sergilenmesinin açıkça ve kolayca aksi anlaşılmadıkça öneri niteliğinde olduğu düzenlenmiştir. Demek ki bunun aksini ispat mümkündür. Satıcı fiyat göstererek mal sergilemenin öneri olmadığını ispatlayabilir, eş söylemle burada faraziye değil karine vardır. Yine TBK. m. 8/I uyarınca işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinin olmadığına anlaşılmaması halinde önerinin bağlayıcılığı söz konusu olmaz.

2. Mal Satışından Kaçınma Yasağına Aykırı Davranışın Yaptırımı

Sözleşme yapma zorunluluğunun TKHK. m. 6’da olduğu gibi kanun hükmünden kaynaklandığı durumlarda tüketici aynen ifa davası açabilir⁶⁴.

⁶⁴ Yavuz, s. 454; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 197; Gümüş, s. 76; İnceoğlu, s. 414.

Tüketicinin aynen ifa davası açması halinde hâkim, satıcının irade beyanı yerine geçen hüküm verecek ve bu yolla sözleşme kurulmuş olacaktır. İrade beyanında bulunma borcu aslında yapma borcunun bir türüdür ve borçlunun irade beyanında bulunmakla yükümlü olduğu hallerde hâkimin hükmü irade beyanı yerine geçer⁶⁵. Hâkim, bu davada öncelikle sözleşme yapma zorunluluğunun var olup olmadığını ön sorun olarak inceleyecek (HMK. m. 163) ve satıcının irade beyanı yerine geçen hüküm kurduktan sonra aynı zamanda satıcıyı malı teslim mahkum edecektir⁶⁶.

Doktrinde hâkimin borçluyu bir irade beyanında bulunmaya mahkûm eden ifa hükmünün icraya konulmasına gerek olmadığı belirtilse de⁶⁷, sözleşme yapma zorunluluğu bakımından hâkimin satıcının kabul beyanı yerine geçen hüküm vermesi; satıcı ve tüketici arasındaki satış sözleşmesi yani borçlanma işleminin kurulması sonucunu doğuracaktır. Yoksa bu davada hâkim aynı zamanda satış konusu malın (taşınır) mülkiyetinin tüketiciye geçmiş olduğu yönünde karar veremez. Zira burada hâkim hükmüyle kurulmuş sözleşmenin ifası için ayrıca bir hukukî işlemin (tasarruf işleminin) yapılması gerekmektedir. Bu durumda satıcı bakımından tasarruf işleminin yapılması zorunluluğu devreye girer ve ilamın icrası malın teslimini gerektirir. Rızayla malı teslim etmekten imtina eden satıcıdan cebri icra teşkilatıyla malın alınıp tüketiciye teslim edilmesi gerekmektedir ve mal tüketiciye teslim edilmediği sürece mülkiyet tüketiciye geçmeyecektir. Ancak tüketicinin ilk önce sözleşmenin kurulması için satıcının irade beyanı yerine geçen davayı açması, satıcının iradi olarak tasarruf işlemini yapmaktan imtina etmesi halinde ayrıca bir dava açarak sözleş-

⁶⁵ Tandoğan, Mes'uliyet, s. 412; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 443; Başıoğlu, s. 85; Eren; 1031; Alman ve İsviçre Hukuk'larında davalının irade beyanında bulunmaya mahkûm edilirse, hüküm beyan yerine geçer şeklinde kural bulunmasına rağmen (Alman Usul Kanunu § 896; İsviçre Federal Usul Kanunu m. 78) Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu yönde açık bir hüküm olmasa da HMK. m. 105 anlamında davalının bir şeyi yapmaya mahkum edilmesi mümkün kabul edilebilir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun No: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, Resmi Gazete: 4.2.2011/27836).

⁶⁶ Ön sorun bir davanın incelenip karar bağlanmasından önce aydınlanması gereken sorundur (HMK. m. 163).

⁶⁷ Tekinay/Akman/Burcoğlu/Altop, s. 147; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 444; Başıoğlu, s. 85; Eren, s. 1032 (Önsözleşme, bilhassa taşınmaz satış vaadine dayalı tescile zorlama (TMK. m. 716) davalarında irade beyanına mahkumiyet asıl sözleşmenin yerine geçer ve hakim aynı zamanda mülkiyetin geçmesine de karar verir. Taşınmaza ilişkin bu talepte ayrıca ilamın cebri icrasına gerek yoktur).

menin yerine getirilmesi için eda davası açmasına gerek yoktur. Usul ekonomisi gereği tüketici açacağı tek dava ile hem sözleşmenin kurulmasını hem de malın kendisine teslim edilmesini talep edebilecektir.

Diğer taraftan hâkim sözleşmenin kurulmuş sayılması şeklinde hüküm verse de tüketici, sözleşmenin geç kurulmuş olmasından doğan bir zararı varsa bunun tazmini talep edebilecektir. Zira bu ihtimalde tüketici edime kavuşacaksa da istediği zamanda kavuşamayacağından gereği gibi ifa edilmemiş bir borç söz konusu olur. Görüldüğü üzere bu durumda, yani satıcının sözleşme yapma zorunluluğuna aykırı davranışı TBK. m. 112 anlamında temerrüt veya imkansızlık teşkil etmezken, ifanın gereği gibi yapılmadığı bir hali teşkil etmektedir⁶⁸. Bu durumda TBK. m. 112 uygulama alanı bulacağından borcun gereği gibi ifa edilmemiş olmasından doğan zarar, kusuru olmadığını ispat edemeyen satıcı tarafından tazmin edilecektir. Nitekim sözleşmenin geç kurulmuş olmasından (gereği gibi ifa edilmemiş olmasından) doğan bu zarar olumlu zarar kalemidir. Örneğin satıcının, satıştan kaçınması nedeniyle tüketici satın almak istediği elbiseye zamanında kavuşamamış ve gideceği toplantıda elbise kiralamak zorunda kalmışsa, kira bedelini sonrasında sözleşmenin geç kurulmasından doğan olumlu zarar olarak talep edebilecektir.

Diğer yandan tüketicinin dava açtığı sırada aynen ifa davası açması anlamını yitirmişse ya da davanın sonuçlanması uzun zaman süreceğinden dava sonunda aynen ifa anlamını yitirecekse veyahut tüketici ihtiyacını başka bir yerden gidermişse tüketici, aynen ifa davası açmak yerine yine TBK. m. 112'den doğan ve borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğan tazminat talebini ileri sürebilir. Tüketicinin talep edebileceği TBK. m. 112 uyarınca olumlu zarar kalemidir. Olumlu zararın içeriğini ispatı güçlük arz etse de kalite açısından aynı özelliklerde malın ikame alım bedeli olumlu zarar kalemini teşkil etmektedir. Örneğin satıcının sözleşme yapmaktan kaçınması nedeniyle aynı kalitede bir elbiseye ilişkin tüketicinin ikame alım bedeli ile satışından kaçınılan elbise bedeli arasındaki fark tüketicinin olumlu zarar kalemini teşkil edecektir. Çeşit borcunda orta kalite ölçüsü bu defa satış yapan eşdeğer firmanın malı seçilerek yapılmalıdır. Yoksa tüke-

⁶⁸ Temerrüt be imkânsızlık dışında kalan haller için “*Borcun gereği gibi ifa edilmemesi*” ifadesini kullananlar için bkz. Tandoğan, Mes’uliyet, s. 402; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 425; Eren, s. 1045; Gündoğdu, s. 58; Hatemi/Gökyayla, s. 256.

tici sözleşme yapma zorunluluğuna konu lüks firmanın malı ile fiyat farkını isteyemeyecektir (TBK. m. 86).

Bazı hallerde satıştan kaçınan satıcıya karşı tüketici aynen ifa davası açmış olmasına rağmen hâkim kararından önce ifanın imkânsızlaşmış olması da ihtimal dâhilindedir. Ya da tüketici aynen ifa davası açmadan önce ifa zaten imkânsızlaşmıştır⁶⁹. Belirtelim ki satış sözleşmeleri bakımından, satış konusu malın çeşit borcu olması halinde imkânsızlığın söz konusu olması uzak bir ihtimal olacaktır. Diğer yandan özellikle hizmet sağlama sözleşmelerinde tüketicinin imkânsızlık karşısında olması daha muhtemel olacaktır. Borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olduğu hal bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiş bir sorumluluk hükmü olmadığından yine TBK. m. 112 uygulama alanı bulur. Bu hüküm uyarınca kusuruyla ifa imkânsızlığına sebep olan borçlu, alacaklının olumlu zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür⁷⁰. Özellikle satıcının satışından kaçındığı mala ilişkin aynen ifa davası açılmasından sonra satıcı malı bir başkasına satmış ve mülkiyetini devretmişse veya yurt dışından gelen özel bir mal olması ve tekrar temin edilmesinin imkânsız olması ihtimalinde, kusurlu ifa imkânsızlığı nedeniyle olumlu zarar tazmini söz konusu olacaktır.

Tüketicinin, satıcının sözleşme yapma zorunluluğuna aykırı davranmasından kaynaklı bir manevi zararının söz konusu olması da muhtemeldir. Zira sözleşmenin ihlali bir manevi zarara sebep olmuşsa TBK. m. 114/II atfıyla TBK. m. 56 uygulama alanı bulacaktır. Özellikle tüketicinin dış görünüşü, milliyeti, dini, ırkı nedeniyle satıcının sözleşme yapmaktan kaçındığı hallerde, hâkim hem satıcının kabul beyanı yerine geçen hükümle sözleşmenin kurulduğuna hükmedip hem de bu aykırı davranış aynı zamanda kişilik hakkı ihlali de teşkil edeceğinden tüketici lehine manevi tazminata hükmedebilir.

Satıcının sözleşme yapma zorunluluğunu düzenleyen bu hükme ilişkin aynen ifa davası veya tazminat davası açan tüketicinin bu iddiasını nasıl ispat edeceği üzerinde düşünülmelidir. Aşağıda TKHK. m. 6'ya aykırı davranan satıcılar bakımından işletilmesi mümkün olan idarî para cezası

⁶⁹ İmkânsızlık aynen ifaya hükmedilemeyecek haller arasındadır. Aynen ifaya hükmedilemeyecek haller için ayrıca bkz. Başoğlu, s. 149.

⁷⁰ Tandoğan, Mes'uliyet, s. 426; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 855; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 460; Eren, s. 1056; Kılıçoğlu, s. 641; Gündoğdu, s. 268; Hatemi/Gökyayla, s. 260.

yolunun işletilmesi ispat kolaylığı sağlayabilir. Nihayet iddiasını ispatlamak isteyen tüketicinin dava açılmadan önce delil tespiti yoluna başvurusu mümkündür (HMK. m. 400/I).

B. HİZMET SAĞLAMADAN KAÇINMA YASAĞI

1. Genel Olarak

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6/II şöyledir: “*Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz*”. 2003 değişikliği öncesi hüküm “*Hizmetlerin satışından da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz*” şeklindeyken, değişiklik sonrası “*Hizmet sağlamada da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılmaz*” halini almıştır. Görüldüğü üzere eski hükümden farklı olarak yeni hükümde “*hizmet satışı*” tabiri yerine “*hizmet sağlama*” terimi isabetli olarak tercih edilmiştir.

a. Hizmet Sağlama Sözleşmesi

Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmadıkça kaçınılamaz şeklinde hüküm getiren TKHK. m. 6, hizmet sağlama sözleşmeleri bakımından bir sözleşme yapma zorunluluğu düzenlemektedir. Ancak hizmet sağlama sözleşmesi terminolojik açıdan çok da doğru değildir ve bu tür sözleşmeyle kanunkoyucunun hangi sözleşmeleri kast ettiği izaha muhtaçtır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un “*Tanımlar*” başlıklı 3. maddesinin d bendinde hizmet “*Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır. Yine aynı maddenin l bendinde tüketici işlemi “*... eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmelerde dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlemi ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır.

Kanunkoyucunun burada satış sözleşmesi dışında kalan ve tüketicinin tarafı olduğu işgörme sözleşmelerini düzenliyor olduğu düşünülebilir. Bilindiği üzere eser, hizmet ve vekâlet sözleşmesi işgörme sözleşmeleridir. Bu hükümlerden hareketle “*hizmet sağlama*” terimiyle kanunkoyucunun tüketicinin taraf olduğu ve mal satışı dışındaki neredeyse tüm hukukî işlemleri düzenlendiği anlaşılmaktadır⁷¹. Ancak bu noktada kanun hükmünde sayılan sigorta, bankacılık sözleşmelerinin işgörme sözleşmesi olmadığı

⁷¹ Hükümün geniş yorumlanması gerektiği hakkında ve de lege ferenda öneri için bkz. Köksal, s. 35; Yavuz, s. 456; İnceoğlu, s. 417.

ğı, bankacılık sözleşmesinin çoğu zaman kredi verme şeklinde ortaya çıkması nedeniyle tüketim ödöncü niteliğinde yani kullandırma amacı güden sözleşme niteliğinde olduğu, sigorta sözleşmesinin ise sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşme niteliğinde olduğu nazara alınmalıdır.

Diğer taraftan yeni kanunla tüketici işlemlerinin bu derece genişletilmesi doktrinde eleştiriye maruz kalmıştır⁷². Bu noktada şu soru akla gelmektedir. Acaba gerek mal satışı gerek kanunda tüketici işlemi olarak düzenlenmiş ve hizmet sağlama olarak isimlendirilmiş tüm sözleşme türleri bakımından bir sözleşme yapma zorunluluğu var mıdır?

Burada ilk olarak şu hususu belirtelim. Eğer kanunkoyucu tüm sözleşme türleri bakımından sözleşme yapma zorunluluğu düzenlemişse hizmeti alan kişilerin kişisel özelliklerinin önem arz etmediği ve birçok kişiye aynı tür hizmetin sunulduğu işğörme sözleşmelerinin madde kapsamında olduğu kabul edilmelidir⁷³. Yoksa tarafların kişisel özelliklerinin önem arz

⁷² 6502 sayılı Kanunun getirdiği yeniliklerden biri de tüketici işlemlerinin genişletilmiş olmasıdır. Buna göre tüketici işlemi, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler dâhil olmak üzere kurulan her türlü sözleşme ve hukukî işlemi ifade eder (TKHK. m. 3). Tüketici işleminin bu denli geniş tutulmasının doğru olup olmadığı üzerine düşünölmelidir. Zira Avrupa Birliği mevzuatına bakıldığında satış sözleşmesinin, paket turların, tüketici kredilerinin koruma altında olduğu görölmektedir (1999/44/EC Malların Satışı ve Garantileri Hakkında; 90/314/EEC Paket Turlar Hakkında; 2008/48/EC Tüketici Kredileri Hakkında Avrupa Birliği Direktifi). Yine sınırlı bir uygulamanın tüketicilerin menfaatlerini daha iyi koruyacağı da unutulmamalıdır. Zira az sayıdaki Tüketici Mahkemesinin neredeyse genel mahkemelere hiç bir sözleşme türünü bırakmadan taraflardan birinin tüketici olduğu her türlü sözleşmenin uyumsuzluğını çözmelerinin beklenmesi çok da mantıklı değildir. Diğer yandan tüketici işleminin bu şekilde genişletilmesinin tüketiciler lehine olduğu yönünde görüşler de vardır (Bu konuda bkz. Aydoğdu, s. 44; Aydoğdu, Kılavuz, s. 21); Gümüş, Adalet Bakanlığının İstanbul'da 9-10 ayda bir duruşma günü veren Tüketici Mahkemelerinin sayısını arttırmak için gerekli çalışmaları başlatması gerektiğini savunmaktadır (Gümüş, s. 10); Nitekim Serozan, 4077 sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun zamanında dahi tüketici işleminin geniş tutulmasının doğru olmadığını belirtmekteydi. Yazar, tüketicinin korunmasının en ileri noktasında götüröldüğu Batı'da dahi mühendisler, mimarlar, muhasebeciler, avukatlar, sanatçılar, kalfalar, kunduracılar, boyacılar, badanaacılar, otomobil tamircileri, tesisatçılar, elektrikçiler, doktorlar ve benzeri iş edimi borçlularına karşı özel tüketici koruma yasalarında korumaya rastlanmadığını, ancak tüketici için turistik gezi düzenleyen acentalar, özel eğitim kursu veren dershaneler ya da sigortacılar hakkında özel yasa korumasına rastlandığına işaret etmişti. Ancak kanunkoyucunun bu uyarıyı nazara almadığı görölmektedir.

⁷³ İnceoğlu, s. 416.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

ettiği işgörme sözleşmeleri bakımından sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu kabul edilemez⁷⁴.

Diğer taraftan örneğin tüketici işlemi olarak sayılmış olsa da vekile istifa ve vekâlet verene azille sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmeye hakkı veren (TBK. m. 512) ve yine kişisel özelliklerin önem arz ettiği vekalet sözleşmesinde sözleşme yapma zorunluluğunun olduğunu kabul etmek oldukça zordur⁷⁵.

Değerlendirilmesi gereken bir sözleşme türü de tüketiciler ve bankalar arasındaki sözleşmelerdir. Tüketicinin bankalarla yaptığı tüketici kredisi (TKHK. m. 22) ve konut finansman sözleşmesi (TKHK. m. 32) bakımından acaba sözleşme yapma zorunluluğu var mıdır? Kredi sözleşmeleri niteliği gereği tüketim ödünç sözleşmesi niteliğindedir ve bu sözleşme türünde ödünç alan tarafın kişisel özellikleri önem taşır. Örneğin ödünç alan tarafın mali durumu oldukça önem arz eder. Kanımızca tüketiciler ve bankalar arasındaki tüketim ödünç niteliğindeki her türlü sözleşmede sözleşme yapma zorunluluğunun olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu tür sözleşmeler bakımından sözleşme özgürlüğü ve bu anlamda sözleşme tarafını seçme özgürlüğü işlemeye devam edecektir. Uygulamada bankaların “Kara Liste” diye tabir edilen kişilerle kredi sözleşmesi yapmaktan imtina ettikleri görülmektedir. Örneğin banka, tüketicinin on yıl önceki bir kredi kartı borcunu bir ya da iki ay gecikmeli ödemiş olması ileri sürülerek tüketici ile kredi sözleşmesi yapmaktan kaçınmaktadır. Bankanın sözleşme yapmaktan kaçınma sebepleri haksız dahi olsa bu gibi durumlarda sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilemez ve tüketici, bankanın sözleşme yapma zorunluluğu olduğundan bahisle aynen ifayı talep edemez ve bankanın sözleşme yapmaktan kaçınması için haklı sebebe ihtiyacı da yoktur.

Sonuçta her türlü işgörme sözleşmesinde değil, işin niteliği izin verdiği ölçüde her türlü işgörme sözleşmesinde tüketicinin önerisi karşısında sözleşme yapma zorunluluğu söz konusudur. Ancak işin niteliğinin izin vermediği durumlarda örneğin sözleşme tarafının kişisel özelliklerinin

⁷⁴ İnceoğlu, s. 417 (Yazar eserinde, hükmün sadece hizmeti alan kişilerin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı, birden çok kişiye aynı tür hizmetin arz edildiği iş görme sözleşmeleri bakımından sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu yönünde değiştirilmesi gerektiği önerisinde bulunmuştur).

⁷⁵ İnceoğlu, s. 416.

önemli olduğu türdeki sözleşmelerde, sözleşme yapmaktan kaçınma haklı neden kabul edilecektir⁷⁶.

b. Teşhir Zorunluluğunun Olmaması

Hizmet sağlamadan kaçınma yasağı bakımından hizmetin teşhir edilmesi zorunluluğu yoktur ki hizmetin teşhir edilmesi malın teşhir edilmesine nazaran çoğu zaman pek de mümkün olmaz. Bu nedenle malın teşhir edilmesini düzenleyen hükme nazaran daha geniş bir uygulaması vardır. Doktrinde hizmet sağlama bakımından da hizmetin teşhir edilmesinin gerekli olduğu ileri sürülse de⁷⁷ hükmün açık düzenlemesi karşısında ve hizmetin niteliğine teşhir kavramı uyumlu olmadığından burada teşhir edilme şartına ihtiyaç olmaksızın düzenlenmiş bir sözleşme yapma zorunluluğu vardır.

Bünyesinde hem mal satışı hem de hizmet sağlama barındırılan ürünler bakımından örneğin modemle birlikte satılan internet aboneliği sözleşmelerinde, sözleşme yapma zorunluluğu vardır ve kanımca özellikle hizmetin ağır bastığı bu tür sözleşmelerde teşhir zorunluluğu olmaksızın sözleşme yapma zorunluluğunun varlığı kabul edilmelidir.

c. Haklı Sebep Kavramı

Hizmet sağlama bakımından, sözleşme yapma zorunluluğunu düzenleyen hükümde haklı sebeplerin varlığı halinde sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olmayacağı düzenlenmektedir. Hizmet sağlamadan haklı sebeplerle kaçınma bahsine geçmeden burada tekrar belirtelim ki hüküm sadece hizmet sağlamadan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamayacağını düzenlese de haklı sebeplerin varlığı halinde mal satışından kaçınmak da mümkün kabul edilmektedir⁷⁸.

Bu noktada haklı sebep kavramının ne olduğuna kısaca işaret edelim. Türk Borçlar Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde haklı sebep kavramı kullanılmış olmasına rağmen (Örneğin TBK. m. 328; m. 349; m. 355; m. 435; m. 639), haklı sebebin ne olduğu hakkında kesin bir tanım yapılmış değil-

⁷⁶ Hizmet sağlamanın geniş yorumlanması halinde haklı sebep kavramının da buna paralel olarak geniş yorumlanmasının gerektiğine ilişkin bkz. İnceoğlu, s. 417.

⁷⁷ Hizmetin teşhir edilmesi halinde bunun hizmet sağlayanın hizmeti sağlamak bakımından yeterli teşkilatının olduğuna karine teşkil edeceği yönünde Köksal, s. 35.

⁷⁸ Gümüş, s. 77.

dir⁷⁹. Kanunkoyucu haklı sebep kavramına ilişkin olarak katı bir kural koymak yerine, her somut olayda, değişken olan bu kavramın varlığı ve yokluğunu tespit noktasında hâkime takdir yetkisi vermiştir. Zira TMK. m. 4 uyarınca kanunun haklı sebepleri nazara almayı emrettiği durumlarda hâkim hukuka ve hakkaniyete göre karar verir. Bugün haklı sebep kavramı çekilmezlik unsuruyla birlikte değerlendirilmekte olup çekilmezlik unsurunu somutlaştırmada da dürüstlük kuralından yararlanılmaktadır⁸⁰. Yine çekilmezlik değerlendirmesi yapılırken, asıl olan, taraf menfaatleri nazara alındığında ortaya çıkan riskin adil biçimde dağıtılmasıdır⁸¹. Demek ki Tüketici Hukuku alanında, satıcının sözleşme yapma zorunluluğu nedeniyle sözleşmeyi yapması halinde, sözleşmenin yapılmış olması satıcı bakımından çekilmezlik yaratıyorsa, satıcı sözleşme yapmaktan kaçınabilir.

Haklı sebep, tüketici işlemlerinde örneğin satıcının bir yakının cenazesi, masaların dolu olması, işletmenin objektif ve eşit uygulanan kendi kuralları (erlerin giremeyeceği, sadece erkeklerin ya da kadınların girebileceği, giyilmesi zorunlu kıyafet, damsız girilemeyeceği şeklindeki kurallar), hizmeti ifa edecek kişinin o gün hastalanması, canlı müzik performansını icra edecek orkestranın yolda kaza geçirmesi vb. şeklinde olabilir⁸². Örneğin Yargıtay bir kararında kaçak kullandığı ve bu nedenle sözleşmesi sonlandırılan su abonelinin aboneliğinin sonlandırılmasının hukuka aykırı olmadığını, hem suyu kullanıp hem de bedel ödememenin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini, hizmet sunanın sözleşme yapma zorunluluğunun haklı nedenle söz konusu olmadığına hükmetmiştir⁸³.

2. Yasağa Aykırı Davranışın Yaptırımı

Mal satışına ilişkin sözleşme yapma zorunluluğuna aykırı davranışın yaptırımına yukarıda işaret etmiştik. Tekrardan kaçınmak için hizmet sağlaya-

⁷⁹ Seliçi, s. 186; Altınok Ormancı, s. 133.

⁸⁰ Seliçi, s. 192; Altınok Ormancı, s. 139. Haklı sebebin hem objektif hem de sübjektif açıdan belli bir ağırlık taşıması, eş söylemle belli bir önem derecesinde olması gerekmektedir. Haklı sebebin objektif ağırlığı dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilir. Sübjektif ağırlık ise şartlara maruz kalan kişi bakımından sebebin ağır olması anlamına gelir (Altınok Ormancı, s. 139, 154).

⁸¹ Seliçi, s. 192.

⁸² Örnekler için bkz. Zevkliler/Aydoğdu, s. 152-153.

⁸³ Yargıtay HGK, 25.9.2013 T, 2012/3-1927 E, 2013/1406 K (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.3.2015).

nın hizmet sağlamadan kaçınmasının yaptırımına burada kısaca değinelim⁸⁴. Hizmet sağlayanın hizmet sağlamadan kaçınması halinde tüketici, mal satışından kaçınmada olduğu gibi aynen ifa davası açabilecek ve hâkim kararı sözleşme yapmaktan kaçınan tarafın irade beyanı yerine geçecek ve bu yolla sözleşme kurulmuş olacaktır⁸⁵. Bu ihtimalde yine tüketicinin sözleşmenin geç kurulmasından doğan bir maddi veya manevi zararı söz konusu olabilir. Örneğin sevdiği yönetmenin o gün vizyondan kalkan filmi sinemada izleyemeyen tüketici için manevi zarar söz konusu olabilir. Diğer yandan hizmetin sağlanmasına ilişkin edim imkânsızlaşmışsa örneğin dünyaca ünlü şarkıcının Türkiye konserine alınmayan tüketici bakımından kusurlu ifa imkânsızlığı ve buna bağlı olarak maddi veya manevi tazminat talebi gündeme gelebilecektir.

Diğer taraftan hizmet sağlama talepli aynen ifa davasında, hâkim hükmüyle hizmet sağlayan bakımından bir yapma borcu söz konusu olacaksa da yapma borcunu yerine getirmeyen hizmet sağlayan karşısındaki tüketicinin yapma borcunun cebri icrasını sağlaması mümkün değildir. Her ne kadar İİK.⁸⁶ m. 343 uyarınca yalnız kendisi tarafından yapılacak bir işin yapılması hakkındaki ilam hükümlerine makbul mazerete müstenit olmayarak muhalefet eden borçlular hakkında üç aya kadar hafif hapis cezasına mahkumiyet düzenlenmiş olsa da bu hüküm cebri icra sonucu doğurmaz. Bu ihtimalde tüketicinin ifanın bizzat hizmet sağlayan tarafından yapılmaması nedeniyle doğan zararı talep etmesi gerekmektedir.

C. MAL SATIŞI VE HİZMET SAĞLAMA SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASINADA AĞIRLAŞTIRICI KOŞULLAR ÖNGÖRME YASAĞI

1. Genel olarak

Satıcının ve hizmet sağlayanın sözleşmenin kurulmasını ağırlaştırması yasağını düzenleyen bu hüküm 2003 yılında değiştirilmiştir. Hüküm değişiklikten önce şöyleydi: “*Satıcı, bir mal veya hizmetin satışını, o mal veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat veya süresi kadar satın alınması ya da başka bir malın veya hizmetin satın alınması koşuluna*

⁸⁴ Bkz. yuk. II-A-2.

⁸⁵ Yavuz, s. 458; Gümüş, s. 77; İnceoğlu, s. 419.

⁸⁶ İcra İflas Kanunu, Kanun No: 2004, Kabul Tarihi: 9.6.1932, Resmi Gazete: 19.6.1932/2128.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

bağlı kılamaz. Malın ya da hizmetin belli miktar, sayı, ebat ya da süre koşuluyla satılması, teamül, ticari örf veya adetten ise, üçüncü fıkra hükmü uygulanmaz.”

Hüküm 2003 değişikliği sonrası şu hali almıştı: “*Aksine bir teamül, ticari örf veya adet yoksa satıcı, bir mal veya hizmetin satışını, o mal veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı veya ebat gibi koşullarla ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınmasına bağlı kılamaz./ Diğer mal satışı ve hizmet sağlama sözleşmelerinde de bu hüküm uygulanır.*

Bugün ise hüküm şöyledir: “*Ticari ve mesleki amaçlarla hareket edenler; aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı sebep yoksa; bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlayamaz”.*

Eski hükümden farklı olarak, yeni hükümde sözleşmenin kurulmasında ağırlaştırıcı koşullar öngörme yasağı hem mal satışı hem de hizmet sağlama sözleşmeleri bakımından bir arada düzenlenmiştir. Hüküm, mal satışına ilişkin ve hizmet sağlamaya ilişkin sözleşme yapma zorunluluğu yanında, satıcının mal satışından veya hizmet sağlayanın hizmet sağlamadan kaçınmak için bir takım koşullar öne sürmesini de engellemeye çalışmıştır. Aslında bu fıkra adeta sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin birinci ve ikinci fıkra işlerlik kazandırmak için getirilmiştir⁸⁷. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6/III, hükmün birinci ve ikinci fıkralarına işlerlik kazandırmak için düzenlenmiş olduğundan, sözleşme yapma zorunluluğunun olmadığı durumlarda hükmün uygulanmayacağı düşünülebilirse de kanımızca bu yönde sonuca varılmamalıdır. Yani sözleşme yapma zorunluluğunun olmadığı tüketici işlemleri bakımından da bu fıkra uygulama alanı bulmalıdır⁸⁸. Zira hükmün konuluş amacı, sözleşme yapan tüketiciyi aslında yapmak istemediği diğer sözleşmeleri yapmaktan korumaktır.

Bu fıkroda iki hal düzenlenmektedir. Bunlar satıcı veya hizmet sağlayanın sözleşme konusuna ilişkin miktar, sayı ve ebat dayatması yasağı ile satış veya hizmet sağlama sözleşmeleriyle birlikte ek yükümlülüklerin dayatılması yasağıdır.

⁸⁷ İnceoğlu, s. 419.

⁸⁸ İnceoğlu, s. 421.

a. Sözleşme Konusunun Miktarını, Sayısını veya Ebadını Dayatma Yasağı

Kanun, satıcının/hizmet sağlayanın tüketiciye sözleşme konusuna ilişkin miktar, sayı veya ebat dayatmasını yasaklamaktadır. Buna göre satıcı/hizmet sağlayan malın/hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktarda satılmasını/sağlanmasını şart koşamaz (Örneğin bu mal 5 kg'dan az satılmaz şeklinde). Yine satıcı/hizmet sağlayan malın/hizmetin kendisi tarafından belirlenen sayıda satılmasını/sağlanmasını şart koşamaz (Örneğin bu mal 10 adetten az satılmaz şeklinde). Son olarak satıcı/hizmet sağlayan malın/hizmetin kendisi tarafından belirlenen ebatta satılmasını/sağlanmasını şart koşamaz (Örneğin bu mal 20 metreden az satılmaz şeklinde). Şu hususu tekrar edelim ki yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere satıcı bu hüküm nedeniyle teşhir ederek öne çıkardığı malın diğer bedenlerinin olmadığını ileri süremeyecek, istenen bedendeki malı sağlamak zorunda kalacaktır⁸⁹. 2003 değişikliği öncesi hükümde yer alan satıcının/hizmet sağlayıcının sözleşmeyi süreye bağlayamayacağı yasağı yeni düzenlemede yer alamasa da özellikle hizmet sağlamanın süreye bağlanamayacağı kabul edilmelidir⁹⁰. Örneğin restoranda beş dakikadan fazla oturulamayacağı ya da oturulan masada bir saatten sonra 50 TL üzeri sipariş vermenin zorunlu olması şartı getirilemez.

Diğer yandan satıcının/hizmet sağlayanın sözleşme konusu mala/hizmete ilişkin, özellikle tüketicinin malı/hizmeti satın almak istediğini beyan ettikten sonra aşırı fiyat dayatması da bu kapsamda değerlendirilir. Yani satıcı/hizmet sağlayan bakımından aşırı fiyat yasağı da vardır⁹¹. Nitekim TKHK. m. 54 uyarınca perakende satışa arz edilen malların veya ambalajlarının yahut kaplarının üzerine kolaylıkla görülebilir ve okunabilir şekilde tüketicinin ödeyeceği tüm vergiler dahil satış fiyatı ve birim fiyatını gösteren, üretim yeri ve ayırıcı özellikler içeren etiket konulması, etiket konulması mümkün olmayan hallerde aynı bilgileri kapsayan listelerin görülebilecek şekilde uygun yerlere asılması zorunludur. Dolayısıyla bu hükmün uygulanması halinde satıcının tüketiciye aşırı fiyat dayatmaya

⁸⁹ Bkz. yuk. II-A-1-c.

⁹⁰ Zevkililer/Aydoğdu, s. 153; Aydoğdu, s. 111.

⁹¹ Yavuz, s. 448; İnceoğlu, s. 409.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

çalışması zor olacaktır⁹². Elbette aşırı fiyat dayatma halinde de sözleşme yapma zorunluluğuna aykırı davranış ve bunun yaptırımını gündeme gelecektir.

b. Diğer Yükümlülükleri Dayatma Yasağı (Kelepçeleme Sözleşmesi Yapma Yasağı)

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6/III' de yasaklanan bir diğer hal kelepçeleme sözleşmesi olarak da nitelendirilen bir malın satışının veya bir hizmetin sağlanmasının bir diğer malın satışına veya bir diğer hizmetin sağlanmasına bağlanmasıdır⁹³. Kelepçeleme sözleşmesi doktrinde Ünal tarafından “Sözleşmede kararlaştırılan hükümlerden dolayı sözleşme taraflarından birinin, ekonomik özgürlüğünün genel ahlâka aykırı sayılacak kadar aşırı derecede sınırlanması ve bu sebeple diğer tarafın keyfine tâbi olur hale gelmesi” şeklinde tanımlamıştır⁹⁴. Tüketici Hukuku bağlamında kelepçeleme sözleşmesi dayatma yasağının kapsamına mal ile diğer bir malın satışı (Örneğin bilgisayar yanında yazıcının satın alınmasını dayatma), mal ile diğer hizmetin sağlanması (Örneğin cep telefonu satın alırken belli bir operatörün abonelik sözleşmesini dayatma) hizmet ile diğer hizmetin sağlanması (Örneğin internet hizmetiyle telefon hizmeti dayatma), hizmet ile diğer mal satışı (Örneğin internet hizmetiyle modem satın alma dayatma) girmektedir.

Bu durumda “Diğer mal” ve “Diğer hizmet” kavramlarının ne olduğu tespit edilmelidir. Bilgisayarın yazıcı ile satılmasında yazıcının diğer mal olduğu tartışmasızdır⁹⁵. Ancak arabanın müzik çalarla satılmasında müzik çaların diğer mal olduğu sonucuna ulaşmak kolay değildir. Diğer mal veya diğer hizmet kavramlarının tespitinde dürüstlük kuralı, ticari örf ve âdetler belirleyici olacaktır. Mal veya hizmetin ekonomik işlevini düzgün bir şekilde yerine getirmesi için bulunması zorunlu olan mal veya hizmetler diğer mal veya diğer hizmet değildir⁹⁶. Araçla birlikte zorunlu

⁹² Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 54/IV uyarınca bakanlık, belediyeler ve ilgili odalar bu madde hükümlerinin uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle görevlidirler.

⁹³ Bileşik, bağlantılı sözleşmenin tüketiciye dayatılmasının çok eskiden beri ahlâka aykırılık butlanına mahkûm edildiği yönünde bkz. Serozan, s. 583; İnceoğlu, s. 423.

⁹⁴ Ünal, s. 110.

⁹⁵ Örnek için bkz. İnceoğlu, s. 424.

⁹⁶ İnceoğlu, s. 424.

olarak navigasyon cihazı satılmasında navigasyon cihazı diğer malen, klima veya müzik çalar diğer mal değildir.

Özellikle bu konuya ilişkin olarak bankalar ile tüketiciler arasındaki kredi sözleşmeleri bakımından 6502 sayılı kanun açık düzenleme yapmıştır. Tüketici kredilerinde TKHK. m. 29 uyarınca ve konut finansman sözleşmelerinde TKHK. m. 38 uyarınca, tüketicinin açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılması zorunluluğu yasaklanmıştır. Görüldüğü üzere, aslında TKHK. m. 6/III' de getirilmiş olan kural, kredi sözleşmeleri bakımından ayrıca düzenlenmiş ve bu düzenlemeyle bir sözleşmenin yapılmasının bir başka sözleşmenin yapılması koşuluna bağlanması yasaklanmıştır.

c. Teamül, Ticari Örf veya Âdetin ya da Haklı Nedenin Bulunması

Sözleşmenin ağırlaştırıcı koşullara bağlanması yasağını düzenleyen hüküm uyarınca bu yasak ancak aksine teamül, ticari örf veya âdet yoksa ya da haklı bir sebep yoksa uygulama alanı bulur. Eş deyişle teamül, ticari örf ve âdet veya haklı sebeplerin varlığı halinde satıcı/hizmet sağlayan sözleşmede ağırlaştırıcı koşul öngörebilir. Örneğin takım elbisede pantolon, ceket, etek veya yeleğin birlikte satılması, otelde birkaç saat kalınsa bile bir günlük ücret alınması, küçük yoğurtların dörtlü halde satılması, paket servis talep edildiğinde sözleşme bedelinin en az belli bir miktar paranın altında olmayacağı vb. durumlar ticari örf ve adet temellidir ve yasağa aykırılık teşkil etmez⁹⁷.

Yine gerek mal satışına ilişkin gerek hizmet sağlamaya ilişkin satıcı veya hizmet sağlayana sözleşme yapma zorunluluğundan kurtulma imkânı veren “*haklı sebep*” kavramı sözleşmenin ağırlaştırıcı koşullara bağlanması yasağında da uygulama alanı bulur ve haklı sebeplerin varlığı halinde satıcı/hizmet sağlayan tüketiciye miktar, ebat, sayı dayatılabilir veya ek yükümlülükler yükleyebilir⁹⁸. Elbette her somut olayda teamül, ticari örf ve adet ya da haklı sebeplerin varlığı hâkim tarafından takdir edilecektir (TMK. m. 4).

⁹⁷ Sayılan bazı örnekler için bkz. Zevkliler/Aydoğdu, s. 154.

⁹⁸ Haklı sebep kavramı için bkz. yuk. II-B-1-c.
YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

2. Yasağa Aykırı Davranışın Yaptırımı

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun emredici nitelikte olduğundan bu hükümlere aykırılık yani ticari teamül, örf ve adet veya haklı sebep bulunmamasına rağmen ağırlaştırıcı koşullar dayatılarak bu koşullar tüketiciye kabul ettirilmişse, dayatılan bu ek koşullar kısmî hükümsüzlük yaptırımına tâbi olur (TBK. m. 27/II) ve sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmı hükümsüz kabul edilerek diğerlerinin geçerliliği bundan etkilenmez⁹⁹. Yani tüketicinin almayı düşündüğü miktarı, sayıyı veya ebadı aşan kısım bakımından ya da dayatılan diğer sözleşme bakımından hükümsüzlük söz konusu olur. Ancak TBK. m. 27/II'nin kısmî hükümsüz olan hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olacağı şeklindeki düzenlemesinin bu ihtimalde uygulama alanı bulmaması gerekir¹⁰⁰. Zira kısmî hükümsüzlüğü düzenleyen TBK. m. 27/II hükmü kısmî hükümsüzlükten zarar gören tarafı korumak üzere düzenlenmiş bir hükümdür ve bu hüküm bazı hallerde amaçsal yorum ilkeleri uyarınca daraltılmalıdır¹⁰¹. Bu durumda satıcının tüketiciye dayattığı ve kısmî hükümsüz olan şart ve sözleşmeler olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacak olduğu yönündeki iddiası dinlenmeyecektir¹⁰². Diğer yandan kanunda bu kısmî hükümsüzlüğün kimin tarafından ileri sürülebileceği noktasında açık hüküm yoktur. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un bütününden bir sonuca varılabilir. Zira kanunun birçok hükmünde (TKHK. m. 17/III; m. 22/III; m. 32/III; m. 41/I, m. 47/IV), düzenlenen hükümsüzlüğün sadece tüketici tarafından ileri sürülebileceğine işaret edilmiştir. Dolayısıyla TKHK. m. 6/III'e dayalı kısmî hükümsüzlük iddiası sadece tüketici tarafından ileri sürülmelidir. Yoksa tüketiciye mala ilişkin fazla miktar dayatan satıcı, dayattığı malın fiyatının artması ihtimalinde kısmî hükümsüzlüğü ileri sürerek fazla miktarın iadesini talep edememelidir. Doktrinde hükümsüzlüğün sadece taraflardan biri tarafından ileri sürülebileceği hallere esnek hükümsüzlük dendiği görül-

⁹⁹ Zevkliler/Aydoğdu, s. 154; Yavuz, s. 462; Aydoğdu, s. 112; İnceoğlu, s. 426.

¹⁰⁰ Zevkliler/Aydoğdu, s. 154; Yavuz, s. 462; Aydoğdu, s. 112; İnceoğlu, s. 426.

¹⁰¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 379; Kocayusufpaşaoğlu, s. 600; Kırkbeşoğlu, s. 59 vd; Eren, s. 342; Schwenzer, § 32, N. 41.

¹⁰² Nitekim benzer şekilde haksız şartlara ilişkin TKHK. m. 5/II'de sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı, bu durumda sözleşmeyi düzenleyen tarafın kesin olarak hükümsüz sayılan haksız şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği açıkça düzenlenmiştir.

mektedir¹⁰³. Diğer yandan kanımızca da benimsendiği üzere, esnek hükümsüzlük gibi bir kavram yaratmaya gerek olmadığı, hükümsüzlüğün kim tarafından ileri sürülebileceğine ilişkin adil sonuca TMK. m. 27/II'nin amaçsal yorumuyla ve yine TMK. m. 2'de yer alan dürüstlük kuralıyla varılabileceği de belirtilmektedir¹⁰⁴.

D. İDARİ PARA CEZASI

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6/IV aynen “*Bakanlık ve belediyeler, bu maddelerin uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle görevlidir*” şeklindedir. Demek ki mal satışından kaçınma yasağının, hizmet sağlamadan kaçınma yasağının ve mal satışı ve hizmet sağlama sözleşmelerini ağırlaştırma yasağının uygulanmasına ve izlenmesine ilişkin işlerin yürütülmesinde bakanlık ve belediyeler görevlidir. Bakanlıktan kasıt Gümrük ve Ticaret Bakanlığıdır (TKHK. m. 3/I, b). Bu hükümdeki herhangi bir yasağa aykırı davranış halinde tüketici satıcıya/hizmet sağlayanaya karşı aynen ifa davası açabileceği ya da tazminat talep edebileceği veyahut ek yükümlülük getiren sözleşme hükümlerinin kesin hükümsüz olduğunu ileri sürebileceği gibi, TKHK. m. 77/I uyarınca idarî para cezası yolunu işletebilecek ve satıcı veya hizmet sağlayan ikiyüz Türk Lirası idari para cezasına çarptırılabilir. Zira TKHK. m. 77/1 aynen “*Bu kanunun6ıncı...maddelerinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için iki yüz Türk Lirası idarî para cezası uygulanır*” şeklindedir.

SONUÇ

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6 “*Satıştan Kaçınma*” başlığı altında üç farklı yasağı düzenlemektedir. Hükümün ilk fıkrasında satıştan kaçınma yasağı; ikinci fıkrasında hizmet sağlamadan kaçınma yasağı; üçüncü fıkrada mal satışı ve hizmet sağlama sözleşmesinde ağırlaştırıcı koşullar öngörme yasağı ve dördüncü fıkrada yasaklara aykırı davranışın yaptırımını olarak idarî para cezası düzenlenmektedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6, Özel Hukuk sahasında sözleşme yapma zorunluluğunun kanunda açık olarak düzenlendiği hü-

¹⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 589 vd; Antalya, s. 103 vd; Aydoğdu, s. 232 (Yazar genel olarak her sözleşme türünde hükümsüzlüğün bu türde olduğunu belirtmiştir).

¹⁰⁴ Hatemi/Gökyayla, s. 88.

küm niteliğindedir ve bu açıdan TBK. m. 8/II ile aynı nitelikte değildir. Zira TKHK. m. 6 uyarınca teşhir edilen malı gören tüketici satıcıya önerisini yönelttiğinde satıcının kabul zorunluluğu devreye girmekteyken, TBK. m. 8/II'de satıcının fiyatıyla mal teşhir etmesi öneri sayılmakta ve alıcının kabul beyanıyla sözleşme kurulmaktadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6 hükmünde düzenlenmiş olan özellikle satıştan kaçınma yasağı birçok soruyu beraberinde getirmektedir. Nitekim çalışmanın yapılması sırasında satıcının sözleşme yapma zorunluluğunun hem teşhir ettiği hem de teşhir etmediği mala ilişkin olup olmadığı ya da satıcının sözleşme yapma zorunluluğunun kaç adet malla sınırlı olduğu cevaplanması gereken soru olarak karşımıza çıktı. Çalışmamızda *satıcının vitrin, raf veya açıkça görülebilen herhangi bir yerde teşhir ettiği tüm mallarına ilişkin sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu sonucuna vardık*. Yine satıcının teşhir ettiği ve özellikle öne çıkardığı malları bakımından sözleşme yapma zorunluluğunun ve bu malı bulundurma zorunluluğunun devreye girdiğini tespit ettik. Hükmün konuluş amacı bizi bu şekilde bir sonuca varmaya sevk etti. Zira satıcı teşhir ederek öne çıkardığı mal sayesinde tüketicileri çekmekte, satıcının, diğer mallarını da satış sözleşmesine konu etme ihtimali bu yolla artmaktadır. Demek ki satıcı özellikle öne çıkararak teşhir ettiği her malın bedenini bulundurma ya da temin etmek zorundadır. Satıcının teşhir ettiği maldan kaç adet bulundurması gerektiği sorusunun cevabı ise dürüstlük kuralından yararlanarak verilecek bir cevabı gerektirmektedir.

Nitekim satıcının satıştan kaçınma yasağına veya hizmet sağlayanın hizmet sağlamadan kaçınma yasağına aykırı davranışı halinde tüketicinin aynen ifa davası açması mümkündür. Bu durumda hâkim kararı ilk önce satıcı veya hizmet sağlayanın kabul beyanı yerine geçer ve sözleşme bu yolla kurulmuş olur. Ayrıca tüketici bu ihtimalde sözleşmenin geç ifasından doğan zararın tazminini talep edebilir. Diğer taraftan davanın açıldığı sırada ya da hükmün verildiği sırada edim imkânsızlaşmışsa aynen ifa talebi tazminat talebine dönüşür. Buradaki tazminat, tüketicinin olumlu zararı niteliğindeki maddi tazminat veya manevi tazminat şeklinde olabilir.

Hükümde düzenlenmiş son yasak tüketicinin yapmak istediği sözleşmede ağırlaştırıcı koşullar öngörme yasağıdır. Bu ihtimalde ise Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un emredici karakteri devreye girer ve yasağa aykırı sözleşme hükmü TBK. m. 27/II nedeniyle hükümsüz kabul

edilir. Ancak bu ihtimalde hükümsüzlük sadece tüketici tarafından ileri sürülebilecek ve satıcı/hizmet sağlayanın hükümsüz hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğu iddiası dinlenmeyecektir.

KAYNAKÇA*

ALTINOK ORMANCI: *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, İstanbul 2011.

ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, İstanbul 2012.

ASLAN, Yılmaz: *Tüketici Hukuku*, Bursa 2014.

AYDOĞDU, Murat: *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara 2015.

AYDOĞDU, Murat: *Tüketici Kılavuzu- Hukuk Rehberi*, İstanbul 2014 (Metin içinde “Aydoğdu, Kılavuz” şeklinde kısaltılmıştır).

AYRANCI, Hasan: “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, 2003, s. 229-252.

BAŞOĞLU, Başak: *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi*, İstanbul 2012.

EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2012.

ERMAN, Hasan: “Borçlar Hukuku’nda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 38, S. 1-4, Y. 1973, s. 601-620.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I (Madde: 1-46)*, İstanbul 2014.

GÜNDOĞDU, Fatih: *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukukî Sonuçları*, İstanbul 2014.

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul 2015.

İNCEOĞLU, Murat: “Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açından Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul 2000, s. 391-429.

* Dipnotlarda kaynaklara atıf yapılırken ilk önce Türkçe kitaplara, sonrasında yabancı kitaplara, en son makalelere atıf yapılmış olup, dipnotlardaki atıf sırası eserlerin basım yılı nazara alınarak eskiden yeniye doğru yapılmıştır.
YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

KILIÇOĞLU, Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, İstanbul 2011.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul 2008.

KÖKSAL, Mehmet: *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, İstanbul 1995.

MEDICUS, Dieter/LORENZ, Stephan, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, München 2012.

MERZ, Hans: *Vertrag und Vertragsschluss*, Freiburg 1992.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, İstanbul 2011.

SCHWENZER, Ingeborg: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bern 2006.

SELİÇİ, Özer: *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul 1977.

SEROZAN, Rona: “Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi”, *Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi*, C. XI, S. 171/2, Mart 1996, s. 579-598.

TANDOĞAN, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1*, İstanbul 2008.

TANDOĞAN, Haluk: *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*, İstanbul 2010 (Metin içinde “Tandoğan, Mes'uliyet” şeklinde kısaltılmıştır).

TEKİNAY, Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP Atilla: *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993.

TOKBAŞ, Hakan/ÖZER, Emel/İMREK, Mehmet: *Karşılaştırma Tablolu Eski ve Yeni Kanun Maddeleri ile Yeni Tüketicinin Korunması Kanun*, Ankara 2013.

ÜNAL, Akın: *Kelepçeleme Sözleşmeleri (Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması)*, Ankara 2012.

VON TUHR, Andreas/PETER, Hans: *Allgemeiner Teildes Schweizerischen Obligationenrechts*, Zürich 1979.

YAVUZ, Nihat: *Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara 2010.

ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat: *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara 2004.

HUKUKUMUZDA HAKSIZ ŞARTLAR VE SONUÇLARI

(UNFAIR CONTRACT TERMS IN TURKISH LAW AND THEIR LEGAL CONSEQUENCES)

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL*

ÖZET

Bu makalede öncelikle tüketicilerin bir şekilde akdetmek zorunda kaldıkları sözleşmelerde yer alan haksız şartların neler olduğu ve bu şartların nasıl bertaraf edilmesi gerektiği yönünde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm bulan hususlara açıklık getirilmesi hedeflenmektedir. Bununla birlikte, tüketicinin korunması amacıyla sözleşmede yer alan haksız şartların TKHK kapsamında incelenmesinin yanı sıra, 2012 yılında mevzuatımızda önemli değişiklikler ve yenilikler getiren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bahsi geçen genel işlem koşullarının da incelenmesi amaçlanmaktadır. Hem TKHK hem TBK hükümlerinin bir arada değerlendirilerek, tüketicilerin hangi şartlar altında korunmasının daha uygun olacağı uygulamada ve somut olaylar bazında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, tüketicinin korunması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu, genel işlem koşulları, haksız şartlar.

ABSTRACT

This article aims first to shed light on unfair contract terms, which consumers are bound to enter into for one reason or another; and then, to clarify the provisions set forth under the Turkish Act on Consumer Protection with a view on how to set unfair contract terms aside. In addition to examining the unfair contract terms pursuant to the ACP from a consumer

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, **e-mail:** sakipek@hotmail.com

protection point of view, the article further studies general contract terms as regulated under the Turkish Code of Obligations, which introduced several important amendments and novelties to our legislation in 2012. The provisions of both the ACP and TCO shall be evaluated collectively to present the most favorable conditions for consumer protection on the basis of practice and specific cases.

Keywords: *Consumer, protection of consumers, Turkish Act on Consumer Protection, Turkish Code of Obligations, general contract terms, unfair contract terms.*

I. GİRİŞ

Günümüzde giderek küreselleşen ortamda, ekonomik ve teknolojik gelişmeler ışığı altında ihtiyaçlarını karşılamak üzere dış dünyaya açılan tüketicilerin, kendisinden daha örgütlü üretici, satıcı ve sağlayıcılar karşısında çoğu zaman koruma altına alınması, haklarının korunması ve maruz kaldığı haksızlıkların giderilmesi gereksinimi ortaya çıkmıştır.

Diğer taraftan bu derece geniş bir pazara mal ve hizmet sunan üretici, satıcı ve sağlayıcıların da sahip oldukları mal ve hizmetlerin üretim, pazarlama ve satışında ortak bir metin ile çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanan kayıtlar ileri sürerek işlemlerini kolaylaştırma gayreti içinde oldukları görülmektedir. Böyle bir gayret sayesinde üretici, satıcı veya sağlayıcılar, her bir tüketici ile karşılıklı müzakere etmeksizin önceden hazırlanmış olan ve herkesle aynı koşullarla akdedilen sözleşmelerini yapma yolunu tercih etmektedirler.

Başlangıçta, taraflar arasında oldukça kullanışlı bir şekilde istifade edilen bu tür sözleşmelerde, zaman içerisinde, sözleşmenin güçlü yanını temsil eden üretici, satıcı ve sağlayıcıların kendi lehine, buna karşılık tüketiciler aleyhine sözleşme metnine koymuş olduğu hükümler sebebiyle tüketiciler birçok açıdan mağdur duruma düşmüştür. Sözleşme özgürlüğü ve bu özgürlüğün uzantısı anlamında olan sözleşmenin içeriğinin serbestçe belirlenmesi anlayışı, zaman içerisinde satıcı ve sağlayıcılar tarafından tek taraflı olarak kullanılmaya başlanmış, kendi menfaatlerini koruma altına

almaya kadar genişletilirken, karşısındaki tüketicinin menfaatlerini tehlikeye düşürecek oranda düzenlenmeler yapılmıştır.

20.yy ortalarından itibaren, sosyal devlet anlayışı ile zayıf konumda olan tüketicilerin, güçlü tarafta bulunan satıcı ve sağlayıcılar karşısında korunması gerektiği görüşü hâkim olmaya başlamıştır. Bilindiği üzere dünyada tüketicilerin korunması gerektiği, başlangıçta 1962 yılında Kennedy tarafından açıklanan dört temel tüketici hakkı, 1985 yılında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen “Tüketici Hakları Deklarasyonu” ile genişletilerek sekiz temel hak olarak ifade edilmiştir. Bu temel haklar sayesinde, piyasa dengelerinin bozulmasına fırsat vermeden, tüketicilerin korunması, bilinçlendirilmesi ve örgütlenmesi hedeflenmiştir. Aslında bilinçli ve örgütlü bir tüketici kitlesi her zaman serbest piyasa koşulları altında daha iyi seçimler yapmak suretiyle üretici, satıcı ve sağlayıcılar arasındaki rekabet ortamının da sağlıklı işlemesine katkıda bulunmaktadır.

Bu çalışma, öncelikle tüketicilerin bir şekilde akdetmek zorunda kaldıkları sözleşmelerde yer alan haksız şartların neler olduğu ve bu şartların nasıl bertaraf edilmesi gerektiği yönünde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da hüküm bulan hususlara açıklık getirmeyi hedeflemektedir. Bununla birlikte tüketicinin korunması amacıyla sözleşmede yer alan haksız şartların TKHK kapsamında incelenmesinin yanısıra, 2012 yılında mevzuatımızda önemli değişiklikler ve yenilikler getiren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bahsi geçen Genel İşlem Koşullarının da incelenmesi amaçlanmaktadır. Hem TKHK hem TBK hükümlerinin bir arada değerlendirilerek, tüketicilerin hangi şartlar altında korunmasının daha uygun olacağı uygulamada ve somut olaylar bazında incelenecektir.

Bütün bu genel değerlendirmeler ışığı altında, öncelikle hukuk sistemimizde sözleşmeler ve sözleşme serbestîsi ilkesi irdelenecek, ardından TKHK’da yer alan haksız şartlar incelenmeye çalışılacak, son olarak TBK’da belki de esasa ilişkin en önemli değişiklikler arasında yer alan GİK’nın, tüketicinin korunması açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

II. HUKUKUMUZDA SÖZLEŞME KAVRAMI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk hukuk sisteminde borç ilişkisini doğuran kaynaklar genel anlamda üçe ayrılmaktadır. Bunlar; sözleşmeler, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme

şeklinde ifade edilmektedir. Ancak şüphesiz ki borç ilişkisini doğuran diğer başka Kanunlarda düzenlenmiş kaynaklar da bulunmaktadır.

Sözleşmeler, günlük hayatımızda önemli bir yer tutmakta, taraflar arasında karşılıklı hak ve sorumlulukları belirlemektedir. Bu doğrultuda sözleşmenin tanımını yapmaya çalışılırsak; sözleşmeyi, tarafların belirli bir hukuki sonuca, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan iki veya çok taraflı hukuki işlem olarak ifade etmek mümkündür¹.

Türk Borçlar Kanunu sözleşmelere ilişkin getirdiği tanımda, “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur” demek suretiyle sözleşmenin iki taraflı bir hukuki işlem olduğu, borç ilişkisinde alacaklı ve borçlu tarafının karşılıklı irade beyanlarının bulunması gerektiğini vurgulamıştır.

Görüldüğü üzere sözleşmelerde borçlu ve alacaklı olarak nitelendirilen iki taraflı bir işlem tesis edilmektedir. Taraf iradelerinin serbestçe açıklandığı ve bu iradelerin karşılıklı bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik olduğu da anlaşılmaktadır. İrade serbestisi ve buna bağlı olarak sözleşme serbestisi, sözleşmeler açısından en temel unsurdur. Sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların bir araya gelerek karşılıklı, birbirine uygun serbest iradelerini ortaya koyarak sözleşme hükümlerini kararlaştırmaları gerekmektedir.

Ancak gelişen ekonomik ilişkiler sebebiyle bunun her zaman mümkün olamadığı, satıcı veya sağlayıcının her zaman tüketici ile bir araya gelerek sözleşme hükümlerini bir arada kararlaştırmalarını sağlayacak ortamının yaratılmadığı bilinmektedir. Buna ilave olarak çoğu zaman tüketicilerin, satıcı veya sağlayıcının önceden tek taraflı olarak hazırlamış olduğu sözleşmeyi kabul ya da reddetme imkânından başka seçeneğinin kalmadığı durumlar yaşanmaktadır. Standart sözleşmeler olarak da ifade edilen bu tür sözleşmelerde aynı konuda ileride birçok kişi ile akdedilmesi düşünülen hükümleri içeren sözleşmeler bir mal veya hizmeti sunan taraftan tek taraflı hazırlanmaktadır. Bu derece dayatmacı bir anlayışla ihti-

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Bası, Ankara 2013, s.200; Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993, s.43.
YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

yacı olan mal ve hizmete kavuşmak maksadıyla talep eden kişinin iki seçenek arasında sıkışıp kalması söz konusu olmaktadır.

Hâlbuki sözleşmelerin temelinde bir bağlanma iradesi ile karşı tarafa “öneri” sunan tarafın, karşı akitten almış olduğu “kabul” iradesi ile sözleşmenin akdedilmesi mantığı yatmaktadır. Hukukumuzda bu irade beyanlarından önce açıklanana “öneri”, diğerine ise “kabul” adı verilmektedir². Yukarıda belirtilen şekilde satıcı veya sağlayıcının öneri olarak tüketiciye sunduğu irade karşılığında tüketicinin iradesinin yalnızca kabul veya reddetme seçeneklerinden başka alternatifi kalmamaktadır. Oysaki tüketicinin irade serbestisi ile sözleşmenin esaslı noktalarında görüş bildirme, sözleşmenin içeriğine dâhil olma şeklinde ifade edilen hakkının bulunduğu göz ardı edilemeyecek bir gerçektir.

Sözleşmelerin geçerliliği bakımından, TBK m.12’de ; “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.” demek suretiyle şekil serbestisinin kural olarak uygulanacağına işaret etmektedir³. Ancak sözleşmeleri akdederken şekil şartı öngörülmemiş ise de ispat yükü açısından HMK’ya göre belli bir meblağı aşan, kapsamı çok geniş ve önemli olan sözleşmelerin içerik ve ilkelerinin kanıtlamanın sağlanması bakımından yazılı olarak tespit edilmesi gerekmektedir.

III. TKHK KAPSAMINDA SÖZLEŞMELERDE YER ALAN HAKSIZ ŞARTLAR

Sözleşmelerde yer alan haksız şartlara geçmeden önce haksız şartın ne anlama geldiğinin belirlenmesi ve tanımının yapılması gerekir. Haksız şartlar; hukukumuzda ilk defa 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda 2003 yılında 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 6. maddesinde hüküm

² **Öneri**, sözleşmenin kurulması amacıyla taraflardan birinin teklifini içeren ve karşı tarafa yöneltilen irade beyanıdır. Bir teklifin öneri olarak nitelendirilmesi için, önerinin karşı tarafa yöneltilmiş olması, sözleşmenin bütün esaslı noktalarını taşıması ve öneriyi yapının bu öneri ile bağlanma iradesine sahip olması gerekmektedir. **Kabul** ise, bağlanma iradesi ile yapılan öneriye karşılık sözleşmenin diğer tarafınca öneriyi yapana yöneltilen ve sözleşmenin öneriye uygun olarak kurulması arzusunu kesin ifade eden irade beyanıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s.250; Reisoğlu, Sefa; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 64 vd; Akıncı, Şahin; Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2011, s. 69.

³ Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1987, s. 390.

bulmuştur. Buna göre; *“Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır.”* şeklinde kaleme alınmıştır⁴. 13.6.2003 tarihli ve 25137 sayılı “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” ise haksız şartı, tüketici sözleşmelerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak ve dürüstlük kuralına aykırı biçimde konulmuş her türlü şart olarak nitelendirmiştir.

⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.3.2012 tarih 2012/13-23 E. ve 2012/255 K. sayılı kararında Kanun maddesine atıfla; “...Somut uyumsuzluğu ilgilendirmesi sebebiyle **“haksız şart”** ve **“genel işlem koşulları”** hakkında genel bir açıklama yapılmasında yarar vardır. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” başlığı altında düzenlenen 6. maddesinin 1. fıkrasında; “... Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olan sözleşme koşulları haksız şarttır.” hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin 2. fıkrasında “... Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.” hükmü öngörülmüş; 3. fıkrasında ise, “... Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması sebebiyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.” düzenlemesine yer verilmiştir. **Bu açık hüküm karşısında, standart sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarından haksız olanlarının tüketici için bağlayıcı olmadığı kuşkusuzdur. Şu halde hükmün uygulanması alanı, diğer bir ifadeyle haksız şartın tüketiciyi bağlamamasının koşulları, standart bir sözleşmede genel işlem şartının bulunması ve bunun tüketici aleyhine haksız şart içermesidir.** Genel işlem şartlarının unsurları ise, ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafça önceden tek yanlı olarak hazırlanıp belirlenerek tüketiciyle müzakere edilmemesi, genel ve soyut nitelikte olması ve çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanmasıdır. **Bu noktada, genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmaması durumunda, ilke olarak tüketici aleyhine haksız şart olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır. Tüketici aleyhine haksız şart içeren böyle bir genel işlem şartının da, tüketiciyi bağlamayacağı her türlü duraksamadan uzaktır** (HGK'nun 22.9.2010 gün ve E:2010/13-466, K:410 Sayılı ilamı). Bu kapsamda tüketici, imzaladığı bir sözleşmede yer alan haksız şartların iptalini dava edebileceği gibi, elbette, sözleşmenin haksız şartına dayanarak kendisinden talepte bulunan satıcı veya sağlayıcıya karşı şartın haksızlığını ve geçersizliğini def'i yoluyla her zaman ileri sürebilir. Tüketici haksız şart sebebiyle uğradığı zararları talep edebileceği gibi, bu haksız şartlar gereği ödemek zorunda kaldığı bedeli de, şartın haksızlığının ve geçersizliğinin mahkemece saptanması sonucu olarak geri alabilir (İlhan, Cengiz; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s.112).

TKHK m.6 devamında, sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olduğu her sözleşmede yer alan haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmadığı, sözleşme şartının önceden hazırlandığı ve özellikle standart sözleşmede yer alması sebebiyle tüketicinin içeriğine etki edemediği sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilmiştir. Sözleşme bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sözleşmenin standart sözleşme olduğu sonucuna varılması durumunda, sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferiden bir hükmünün müzakere edilmiş olmasının sözleşmenin kalan kısmına madde hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Satıcı veya sağlayıcı, standart sözleşmede yer alan şartın münferiden tartışıldığını iddia etmesi durumunda bunu ispat etmekle yükümlü tutulmuştur⁵.

Tüketicinin korunması alanında gerek ülkemizde ve gerekse dünyada yaşanan gelişmeler, tüketicinin korunması bağlamında topyekûn bir düzenlemenin yapılmasını, konunun yeniden ele alınmasını ve koruma tedbirlerinin gözden geçirilmesini gündeme taşımıştır. Kanun koyucu bu gereksinimden yola çıkarak 07.11.2013 tarihli 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe sokmuştur. Bu Kanunun 5. maddesinde, “*Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.*” şeklinde bir düzenlemeye kavuşmuştur. Kanun koyucu bu yeni tanımda eski Kanun hükmünde haklı olarak eleştiri getirilen “iyi niyet kuralı” ifadesinin yerine isabetli olarak “dürüstlük kuralını” tercih etmiştir.

Bu maddede Kanun koyucunun bir hükmün haksız şart olup olmadığı konusunda getirmiş olduğu iki adet kıstas mevcuttur. Bunlar; tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen hususların varlığı ile sözleşmede yer alan hükmün tarafların karşılıklı hak ve borçlarında dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde tüketici aleyhine dengesizlik yaratmasıdır. Burada teknik anlamda müzakereden bahsedebilmek için tarafların sözleşme şartlarını birlikte gözden geçirmeleri yeterli görülmemekte, sözleşme şartlarını hazırlayan tarafın, karşı tarafın görüş ve teklifleri doğrultu-

⁵ Altop, Atilla; Türk Borçlar Kanununu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof.Dr. Ergon Çetingil ve Prof.Dr.Rayegan Kender’e Armağan, İstanbul 2007, s. 253.

sunda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapmaya hazır olması hususu aranmaktadır.

Kural olarak, TKHK ile sınırları çizilen haksız şartlar, TBK ile hüküm altına alınan GİK'dan "*ileride benzer mahiyette birçok sözleşmede kullanılma amacı*" noktasında ayrılmaktadır. TKHK, haksız şartları, yukarıda belirtilen iki kıstas dâhilinde kapsamına alırken bu sözleşmelerin ileride birçok kişiye yönelik olarak kullanılıp kullanılmayacağı konusuna hiç değinmemiştir.

TKHK m.5'de tanımlanan haksız şart kavramı, TBK m. 20'de tanımı verilen GİK'dan "*önceden*" hazırlanma noktasında da ayrılmaktadır. TKHK kapsamında, tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan haksız şartların önceden hazırlanması gibi koşul aranmaması rağmen, TBK kapsamında GİK, kanun hükmü gereği bu koşulların önceden hazırlanması hususunu aramaktadır⁶.

6502 sayılı TKHK m.5/II'de belirtildiği üzere, "*Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.*" hükmü ile tüketici ile akdedilen sözleşmeye dâhil edilen haksız şartların kesin hükümsüz olduğunu vurgulanmış ve isabetli bir şekilde sözleşmenin ayakta tutulabilmesi maksadıyla bu şartlar haricindeki hükümlerin geçerliliğinin korunduğu ifadesine yer verilmiştir.

Yeni TKHK'da haksız şartlar alanında yapılan bu düzenleme, TBK m.25'de; "*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*" hükmü ile getirilen "*içerik denetimine*" işaret etmektedir. Bu hüküm sayesinde Kanunlar arasında bir nebze olsa da eş güdüm sağlandığı görülmektedir. Benzer bir düzenleme, TBK m.23 ile TKHK'nun m.5/IV arasında sağlanmıştır. Bu maddede "*yorum yolu ile denetim*" hedeflenmiş, sözleşmede yer alan hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi durumunda bu hükmün tüketici lehine yorumlanacağı kabul edilmiştir. Ancak TBK'da yer alan "*yürürlülük denetimi*", TKHK'da kapsam dışında bırakılmıştır.

⁶ Antalya, Gökhan; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 297.
YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

İki Kanun arasında en önemli ayırımın TKHK’da düzenlenen haksız şartlara ilişkin hükümlerin taraflardan birinin tüketici, karşı tarafın ya da sözleşmeyi düzenleyen satıcı veya sağlayıcı olduğu tüketici işlemlerinde uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık, TBK ile getirilen GİK daha geniş anlamda tarafların tüketici-tacir olmasına bakılmaksızın bütün sözleşmeler bakımından geçerli olduğu anlaşılmaktadır.

6502 sayılı TKHK’nun haksız şartları düzenleyen 5. maddesinin III. fıkrasında; “Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.” hükmü yer almaktadır. Madde içerisinde sadece “standart sözleşme” ifadesinin kullanılması yerinde olmamıştır. Çünkü uygulamada yalnızca standart sözleşmeler bakımından geçerli olacağı ve diğer sözleşmelerin kapsam dışında kalabileceği tehlikesi ortaya çıkmıştır. Oysa bir sözleşmenin tamamı genel işlem koşulu niteliğinde hükümlerden oluşmayıp, kısmen genel işlem koşullarını içerse bile, Kanun hükmünün bu koşulların denetimi bakımından uygulanması gerekir.

IV. TBK KAPSAMINDA SÖZLEŞMELERDE YER ALAN GENEL İŞLEM KOŞULLARI

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda belki de esasa yönelik en önemli yenilik “Genel İşlem Koşullarının” ilk defa düzenlenmiş olmasıdır⁷. Genel işlem koşulu, sözleşmenin taraflarından birinin ileride çok sayıda benzer mahiyette sözleşmede kullanmak üzere önceden tek başına hazırlayıp düzenleyerek sözleşmenin yapılması esnasında karşı tarafa sunduğu standartlaştırılmış sözleşme hükümleridir⁸. GİK, niteliği itibarıyla yalnızca sözleşmelerde uygulama alanı bulmaktadır. Tek taraflı işlemler bakımından GİK’den bahsetmek mümkün değildir. Ancak bu tek taraflı işlemler bir sözleşmenin hükümlerini değiştiriyor ya da yürürlükten kaldırıyor ise TBK’nun GİK’e ilişkin hükümlerine başvurmak söz konusu olabilecektir.

⁷ Türk Borçlar Kanunu ile getirilen bu yenilikler, Kaynak Kanun olan Alman Medeni Kanununda 2002 yılında yapılan değişikliklerden bir kısmının esas alınması suretiyle kaleme alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.Bası, İstanbul 2010, s. 71.

⁸ Eren, s.215; Havutçu, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 74.

Sözleşmenin tam iki tarafa ya da eksik iki tarafa borç yükleyen nitelikte olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁹.

Klasik borçlar hukukunun temelinde bireysel sözleşme modeli yatmaktadır¹⁰. Bu anlayış ile borçlu ve alacaklı karşılıklı gelerek sözleşmeye konu edimin ifasını gerçekleştirmektedirler. Mal ve hizmetlerin değişiminde esas alınan bireysel sözleşme modeli zaman içinde değişim göstermiştir. Bu noktada genel işlem koşullarının ortaya çıkma nedenlerine baktığımızda, aslında endüstriyel devrimin bir ürünü olduğu anlaşılmaktadır.

Klasik bireysel sözleşmenin yanında bir de standart sözleşme modeli hayatımıza girmiştir. Bu tür bir standartlaşma, gelişen dünya ekonomik ilişkilerinde bir takım mal ve hizmetleri üretilip kitlelere sunan satıcı veya sağlayıcıların her gün oldukça çok miktarda sözleşmeyi her bir müşterisi ile birebir müzakere etme şansının bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Böylesine bir durum yaşansaydı, her bir müşteri ile farklı müzakereler sonucunda içerik açısından farklı sözleşmelere taraf olması, müzakereler esnasında çok büyük zaman kaybetmesi gibi bir takım olumsuz durumlar meydana gelebilecektir¹¹. Bu ve benzeri sakıncaları gidermek amacıyla aynı konuda aynı içerikte standart sözleşmelerin yapılması diğer bir ifade ile tamamı genel işlem koşulundan oluşan sözleşmelerin akdedilmesi zarureti doğmuştur¹². Kuşkusuz tamamı genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerden oluşmamakla birlikte, az ya da çok, kısmen genel işlem koşulu

⁹ Antalya, s. 294.

¹⁰ Bu sözleşmelerde, “Bireysel sözleşme ile kararlaştırılan her zaman adildir.” (*qui dit contractuel, dit juste*) ilkesi hâkimken, buna karşılık standart sözleşmelerde “denkleştirici adalet (*iustitia commutativa*) ve dağıtıcı adalet (*iustitia distributiva*) ilkesi hâkimdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, s. 289.

¹¹ Standart sözleşme hükümlerine dayanarak sözleşme akdeden taraflar arasında özellikle bankalar, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim malları üreticileri, motorlu taşıt üretimi, pazarlaması ve satışı vb. yapanlar öne çıkmaktadır. Bunlar tarafından önceden hazırlanan standart sözleşmelerde karşı tarafın kim olduğuna bakılmadan soyut ve tek yanlı hükümler kullanılmaktadır. Önceden hazırlanan bu sözleşmelerin gelecekte çok sayıda, aynı şekil ve tipteki hukuki işlemlerde kullanılması amaçlanmaktadır. Antalya, s. 290.

¹² Genel işlem koşullarının, çeşitli hukuk sistemleri içerisinde ya özel bir kanunla düzenleme yoluna gidilmesi yöntemi belirlenmiş ya da medeni veya borçlar kanununun gibi genel kanunların içerisinde ele alınmıştır. Örneğin Almanya’da 1977 yılında özel bir kanunla düzenlenmiş olan Genel İşlem Koşulları daha sonra Alman Medeni Kanununun içerisine alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 216.

niteliğinde hüküm içeren sözleşmeler de günümüzde sıklıkla karşımıza çıkmaktadır.

2003 yılından itibaren hukukumuzda dâhil olan haksız şartlara ilişkin hususların, TBK'nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinden sonra daha geniş bir uygulama alanı bulacağı kuşkusuzdur. Konusu ve kapsamı gereği tüketicinin korunması anlayışından hareket eden TKHK'dan daha ileri bir seviyede genel işlem koşullarının TBK'da düzenlenmesi yerinde olmuştur.

TBK'da genel işlem koşulları, bir bütün olarak ele alınmış ve tüketici, tacir, özel hukuk tüzel kişisi-kamu hukuku tüzel kişisi gibi bir ayırım gözetilmeksizin geniş bir yelpazede uygulama alanı bulacak şekilde düzenlenmiştir. TBK'da yer alan genel işlem koşullarının şartlar ve somut olayların özellikleri uygun olduğu ölçüde tüketici sözleşmelerine de uygulanabileceği düşünülmektedir¹³. Kuşkusuz tüketici işlemleri bakımından öncelikle TKHK hükümleri uygulanacak, ancak TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde veya daha geniş koruma sağlanan durumlarda TBK hükümleri devreye girecektir.

Diğer taraftan TBK ile GİK'na yargısal yönden denetim imkânı getirilmiştir. Kanun koyucunun bu denetim mekanizmasını kurmasının sebebi standart sözleşmenin tarafları arasında mümkün olduğu ölçüde eşitliğin sağlanması, eşit olmayan sözleşmeler bakımından görece zayıf olanın sosyal devlet anlayışı ile korunmasıdır¹⁴.

GİK'na ilişkin hükümler niteliği bakımından emredici hükümler arasında yer almaktadır. Kanun koyucu da TBK'da düzenlenen GİK koşullarının (TBK.m.20-25) emredici mahiyette olduğunu Kanun gerekçesinde açıkça ifade etmiştir. TBK'da genel işlem koşullarının yorumlanması, tabii olduğu geçerlilik kuralları, bu kurallara aykırılığın yaptırımları sözleşmenin taraflarının kim olduğuna bakılmaksızın bütün sözleşmeleri kapsayacak şekilde emredici mahiyette düzenlenmiştir. Buna göre gerekçede; *“...genel işlem koşullarının tâbi olduğu geçerlilik kuralları, bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konuların açıklığa kavuşturulması amacıyla, bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesi zorunlu görülmüştür.”* ifadesi yer almıştır. Görüldüğü üzere yeni kanunda genel işlem koşullarının

¹³ Aynı yönde görüş için bkz. Eren, s. 217.

¹⁴ Antalya, s. 291.

bütün sözleşmeleri kapsayacak şekilde, emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesinin zorunluluğu hissedilmiş, bunun üzerine kapsayıcı bir düzenleme kaleme alınmıştır¹⁵.

Yeni TBK'dan önce hukuk mevzuatımızda, oldukça sınırlı sayıda ve dar kapsamda da olsa genel işlem koşullarına ilişkin bir takım hükümler yer almakta, yargı kararlarına zayıf tarafın korunması maksadıyla hâkimin sözleşmeye müdahalesi haklı görülmekteydi. Yeni TBK'da benzer doğrultuda genel işlem koşulu ihtiva eden sözleşmelerde, sözleşme serbestisinin yeniden tesis edilmesi, tarafların özgür iradelerinin sözleşme hükümlerine yansımaları, görece zayıf olanın korunması, dürüstlük kuralına aykırılığın giderilmesi, emredici hukuk kurallarına uyulması ve kamu düzeninin yeniden sağlanması yolunda hükümler getirildiği görülmektedir.

TBK'nun genel işlem koşullarını nasıl değerlendirdiği incelenecek olursa, öncelikle TBK m.20'de kapsamlı bir tanım yapıldığı görülmektedir. Buna göre; *"Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir."* denilmektedir.

Bu tanıma göre sözleşmeye ait bir hükmün GİK özelliği taşıması için şu özellikleri bünyesinde barındırması gerekmektedir;

- GİK, sözleşme hükmü olmalıdır.
- Bu hükümler sözleşmenin kurulmasından önce düzenlenmiş olmalıdır.
- Düzenleyenin, bu hükümleri birden fazla sözleşmede kullanma niyeti olmalıdır.
- GİK düzenleyen tarafından sözleşmede kullanılmak niyetiyle karşı tarafa sunulmuş olmalıdır.
- GİK pazarlık konusu edilmemiş olmalı ve karşı tarafın bu koşulları değiştirme imkânı bulunmamalıdır.

¹⁵ Sözleşmenin zayıf konumunda olan tarafın korunması maksadıyla diğer ülke kanunlarına özel hükümlerin dahil edildiği görülmektedir. Genel işlem koşullarını düzenleyen bu hükümler esasen zayıf olanı koruma amacı güttüğünden hukuki nitelikleri itibarıyla emredici hukuk kurallarıdır. Bu sebeple karşı tarafı korumaya yönelik, emredici mahiyetteki bu hükümleri aksinin kararlaştırılması söz konusu olamaz. Diğer bir ifade ile genel işlem koşulları emredici hukuk kurallarına aykırı olamaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 220. *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

Bu maddede öne çıkan husus, sözleşmeyi akdeden tarafların iradelelerinin gerçek manada sözleşmeye yansımastır. Diğer bir ifade ile genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin geçerliliği ve bağlayıcılığı, sözleşmeyi hazırlayan tarafın iradesinin tam olarak yansıdığı bu tür sözleşmenin, karşı tarafça da kabul edilmesi gerekliliğine bağlıdır¹⁶.

Genel işlem koşullarının tespitinde dikkate alınacak en önemli kıstas, sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme hükümlerini önceden tek taraflı olarak belirleme imkânına sahip olup olmadığı ve pazarlık konusu edilip edilmediği noktasında düğümlenmektedir. TBK'ya göre GİK'in pazarlık konusu edildiğine ilişkin kayıtlar, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmamaktadır. Bu yönde TBK m. 20/III; "*Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz*" hükmü önemli bir düzenlemedir.

TBK m.20'de tanımı yapılan genel işlem koşuluna uyan sözleşme hükümlerinin, sözleşmenin kapsamında olduğunu değerlendirebilmek için bu hükümlerin, taraflar arasında sonuca etkili şekilde müzakere edilmemiş olmaları hususu da ayrıca dikkat edilmesi gereken bir kıstastır¹⁷.

TBK m.20 devamında, "*Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.*" demek suretiyle GİK bakımından herhangi bir şekil şartının getirilmediği anlaşılmaktadır.

TBK'nun kapsamlı olarak ele almış olduğu genel işlem koşulları hükümlerinde, üç tür denetim mekanizması getirdiği görülmektedir Bunlar; yürürlülük, yorum ve içerik denetimidir.

TBK m.21'de getirilen düzenleme yürürlülük denetimine¹⁸ işaret etmektedir ve burada önemli olan hususun GİK'in sözleşmenin içeriği olup olmadığının belirlenmesidir¹⁹. GİK'in sözleşme içeriğine dâhil olmadığı

¹⁶ Eren, s.217. Eren, burada sözleşmeyi hazırlayan karşısında yer alan tarafın sözleşmeyi üstlenmesi durumunda sözleşmenin kurulabileceğine işaret etmektedir. Buna sözleşmenin kabulü anlamına gelmek üzere "üstlenme sözleşmesi" denildiğini ifade etmiştir.

¹⁷ Yeniocak, Umut; Borçlar Hukuku Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, S. 2013 (107), s. 82.

¹⁸ Bu denetime, bağlayıcılık, geçerlilik ve kapsam denetimi de denilmektedir. Bkz. Eren, s.220, dn. 63.

¹⁹ Atamer, Yeşim; Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof.Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 324.

belirlenecek olursa bunun yaptırımı, GİK'in hiç yazılmamış sayılacağı yönündedir. Madde hükmünde açıkça sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi üzerinde durulmuştur. Bu durumda karşı tarafın bir şekilde bilgi sahibi olduğu ve gerekli bilgilerin verildiğini ileri sürerek, sözleşmeyi hazırlayan tarafın yürürlük denetiminden kurtulmasının önünde geçilmiştir.

Sözleşmeyi düzenleyenin karşıdakinin menfaatine aykırı bir genel işlem koşulunun sözleşme kapsamına girebilmesi bu sayede yürürlük denetiminin uygulama imkanı kazanıp sonuç doğurabilmesi aşağıda belirtilen üç şartın birlikte gerçekleşmesi ile mümkün olabilecektir. Bu şartlar;

- GİK'i düzenleyen taraf, bu şartların varlığı hususunda karşı tarafa açıkça bilgi vermelidir,

- GİK'i düzenleyen taraf, karşı tarafa bu şartların içeriğini öğrenme fırsatı tanımalıdır,

- Bu iki şart altında, sözleşmenin karşı tarafı bu koşulların genel işlem koşulları olduğunu kabul etmelidir.

Bu kurallara uyulmadığı takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır²⁰. Kanunda yer alan “yazılmamış sayılma” ifadesi ile kastedilen bize göre, doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, “kesin hükümsüzlük” (butlan) yaptırımıdır.

TBK m.21/son hükmü yürürlük denetimini yerine getirmesi bakımından hâkime, taraflar arasındaki sözleşmeye oldukça geniş müdahale yetkisi tanımaktadır. Buna göre; “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.” demek suretiyle sözleşmenin hangi hükümleri içerebileceği, hangi hükümlerin sözleşme kapsamına dâhil olmadığını tespit etmek bakımından somut bir dayanak getirilmiştir. “Sözleşmenin niteliği” ve “işin özelliği” kıstasları hâkimin dikkate alacağı unsurlardır.

Yorum denetimi sözleşme içeriğini oluşturan GİK'in karşı akit lehine çözüm getirecek şekilde yorumlanması esasına dayanmaktadır. TBK m.23 bu konuya ilişkin önemli düzenleme getirmektedir. Diğer bir ifade ile sözleşmede yer alan GİK'nin belirsiz bir şekilde kaleme alınmış olması

²⁰ Eren, s. 221.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

durumunda, bu hükümlerin sözleşmeyi düzenleyen aleyhine, karşı taraf lehine yorumlanacağı Kanunda açıkça ifade edilmiştir²¹.

GİK içeren hemen her sözleşmede, bu sözleşmeyi hazırlayan taraf, sözleşmede yer alan hükümleri tek taraflı olarak değiştirme arzusundadır. Bu sayede sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelebilecek gelişmeleri kendi lehine kullanma gayreti içine girmektedir. TBK m.24 bu açıdan sözleşmelerde değiştirme yasağını öngörmektedir. Kanun koyucu, sıkça uygulanan bu hususu özel olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. Çünkü sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin saklı tutulmasıyla uygulamada yaşanan sıkıntıları bir nebze olsun giderebilmek için TBK m.24’de ayrıca bir düzenleme yapılması gerekli görülmüştür.

Son olarak, içerik denetimi yapıldığında sözleşme içeriğini oluşturmasına rağmen GİK’nın geçersiz sayılıp sayılmayacağına değerlendirilmesi gerekir. Bu denetim TBK m.25 ile düzenlenmektedir. Buna göre; “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.” hükmü getirilmiştir. GİK’den dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafa zarar verici veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olanlar geçersiz sayılmıştır. Buradaki geçersizlikten kasıt kesin hükümsüzlüktür. Bu hüküm ile TMK m.2/II’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının, sözleşme kapsamına alınmış genel işlem koşulları alanında uygulanmasının hukuki temeli hazırlanmıştır.

V. SONUÇ

Görüldüğü üzere hukukumuzda haksız şartlara ilişkin düzenleme yalnızca tüketiciler ile sınırlı kalmak üzere ilk defa 2003 tarihinde yürürlüğe giren TKHK’da yer almaktaydı. Bu çerçevede, Kanunda belirtilen hükümlerle sözleşmede yer alan haksız şartların tüketici aleyhine sonuçlar doğurmasının önlenmesi, bu sayede tüketicinin koruma altına alınması amaçlanmıştır.

²¹ Sözleşmeyi yazan aleyhine yorum kuralı aslında hem doktrinde hem de uygulamada kabul gören bir yorum kuralıdır. Bu madde ile Kanun koyucu bu kuralı, yazılı bir hukuk kuralı haline getirmiştir. Bu kuralın uygulanmasında iki şart aranmaktadır. Birincisi, sözleşme taraflardan biri tarafından kaleme alınmış olmalıdır, ikincisi ise kaleme alınan metin en azından iki ayrı anlama gelmeli ve bunlardan biri yazan tarafın aleyhine olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 473; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 151.

Gelişen anlayışlar ve istekler doğrultusunda yeniden kaleme alınan 6502 sayılı TKHK, 28 Mayıs 2014’de yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanunda da önceki TKHK’da olduğu gibi sadece sözleşmenin bir tarafının tüketicilerin oluşturduğu sözleşmelerde yer alan haksız şartların kapsamlı olarak düzenlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Ancak Kanun koyucu, konunun tüketiciler ile sınırlı kalmayıp genel bir düzenleme ile emredici mahiyette bütün sözleşmelere uygulanmasını hedefleyerek ilk defa yeni TBK’nun içerisinde “Genel İşlem Koşullarına” yer vermiştir.

Genel işlem koşullarının 6098 sayılı TBK ile kapsamlı bir düzenlemeye kavuşması kanımızca yerinde olmuştur. Kanun koyucu burada hem GİK’in tanımını yapmakla bir çerçeve çizmiş, hem de sözleşmelerde yer alan GİK’in denetim ve yorum mekanizmalarını ortaya koymuştur.

Her ne kadar 6502 sayılı TKHK’da geçen haksız şartlar ile 6098 sayılı TBK’da geçen genel işlem koşulları arasında tam bir bağ ve köprü kurulmamış olsa da tüketiciyi ilgilendiren hususlarda özel kanun olması sebebiyle öncelikle TKHK’nun uygulanacağı, bu koruma tedbirlerinin yeterli kalmadığı oranda TBK’nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerine başvurulabileceği anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

Akıncı, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya, 2011.

Altıp, Atilla: Türk Borçlar Kanununu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e Armağan, İstanbul 2007, s. 254-260.

Antalya, Gökhan: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 297.

Atamer, Yeşim: Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2013.

Havutçu, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.

İlhan, Cengiz: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006.

Reisoğlu, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul 2013.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1987.

Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

Yeniocak, Umut: Borçlar Hukuku Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, S. 2013 (107).

TÜKETİCİ HAKLARININ ANAYASAL BOYUTU

(CONSTITUTIONAL ASPECTS OF CONSUMER RIGHTS)

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK*

ÖZET

Ticaretin küreselleşmesi tüketici hakları bakımından da koruma mekanizmalarının güçlendirilmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Özellikle güçlü sermaye karşısında tüketici neredeyse devlet benzeri bir iktidarla karşı karşıyadır ve zayıftır. Herkesin bir biçimde tüketici olma ihtimalinin olması hakkın tüm insanlığa ait evrensel bir hak olduğuna göstermektedir. Nihayet tüketici hakkının korunması insan onuru ile de yakından bağlantılıdır. Bu gerekçelerle tam bir uzlaşma içinde olmasa da bugün tüketici hakkının evrensel insan hakları olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu hakkın ulusal ve uluslararası alanda korunması gittikçe artan biçimde kendisini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, tüketici, tüketici hakları, tüketicinin korunması, insan hakları, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun.

ABSTRACT

Globalization of trade necessitates reinforcement of the protection mechanisms concerning consumer rights. Especially, the consumers who are before a powerful capital, face a power similar to that of the State, and they are weak. The fact that everyone has the potential of being consumer, places consumer rights within the realm of global human rights. Furthermore, protection of consumer rights are also closely related to the human honor. For these reasons, even though there is no global consensus, today

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: suzelturk@superonline.com

it is acknowledged that consumer rights are global human rights. The protection of consumer rights within the national and international realms develop day by day.

Keywords: *Constitution, consumer, consumer rights, protection of consumers, human rights, Turkish Code of Consumer Protection (Act No. 6502).*

1957’de hamilelikleri döneminde Thalidomide adı verilen ilacı alan kadınların bebekleri uzuv anomalileriyle doğmuş ve bu talihsiz bebekler “thalidomite çocukları” olarak isimlendirilmişlerdir. Kamuoyunda infial yaratan bu gelişme üzerine ABD Başkanı John F. Kennedy Kongre’de 15 Mart 1962 tarihinde yaptığı konuşmada¹ dört temel tüketici hakkına gönderme yapmış ve tüketicinin korunması alanında çok önemli bir gelişmeyi de başlatmıştır: Güvenlik hakkı, seçme hakkı, bilgilenme hakkı ve duyulma hakkı². Başkanın vurguladığı haklar daha sonra Tüketicilerin “haklar beyanamesi” olarak kabul edilmiş ve Birleşmiş Milletler tarafından oluşturulan bir bildirgenin de temeli olmuştur³. Başkan Kennedy’nin ifadeleri

¹ 93 - Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest. March 15, 1962. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=9108&st=kennedy&st1=>, erişim tarihi 4. 12.2014.

(1) The right to safety--to be protected against the marketing of goods which are hazardous to health or life.

(2) The right to be informed--to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice.

(3) The right to choose--to be assured, wherever possible, access to a variety of products and services at competitive prices; and in those industries in which competition is not workable and Government regulation is substituted, an assurance of satisfactory quality and service at fair prices.

(4) The right to be heard--to be assured that consumer interests will receive full and sympathetic consideration in the formulation of Government policy, and fair and expeditious treatment in its administrative tribunals.

² Burada duyulma hakkından kastedilen idari yargı benzeri kurullarda adil ve hızlı bir çözümdür.

³ M. Kingisenep, *The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights*, pp.49-58. A.G. Eze, *Consumer Rights As Constitutional Rights-A Comperative analysis of Some*

tüketici politikalarını belirlemekten öte anayasal bir anlam taşımamakla beraber geçen zaman tüketici hakları alanında önemli gelişmeleri beraberinde getirmiş ulusal ve uluslararası hukuk ve hatta anayasal düzey söz konusu hakkı görmezden gelememiştir.

Alıcının, sahtekarlık ve dolandırıcılığa karşı hukukun koruma alanına girmesi pek yeni değildir. Ancak, tüketiciyi sanayi devriminin, şehir ve sınır ötesi ticaretin ve nihayet gelişen teknoloji ve globalleşme karşısında korumak yeni sayılır. Bu bağlamda tüketici hakları kavramı daha çok ikinci dünya savaşı sonrası ön plana çıkmakta öncesinde ise sadece sivil toplum hareketleriyle kendisini göstermektedir⁴. Ancak bireylerin ürün ve hizmetlerden dolayı gördüğü ağır zararlar sadece hukuki değil, siyasi anlamda da tüketici haklarının gündeme gelmesine yol açmıştır.

Kavram

Türk Dil Kurumu sözlüğünde “tüketici” “mal ve hizmetlerden yararlanan, satın alıp kullanan, tüketen kimse, müstehlik, üretici karşıtı⁵olarak tanımlanmaktadır. Diğer kaynaklara bakıldığında tüketici kavramının evrensel olarak kabul edilen ortak bir tanımının olmadığı görülmektedir. Tüketici kavramının tanımlanmasındaki zorluklar Avrupa Birliği(AB) belgelerinde de yer almaktadır. Türkiye örneğinde de durum farklı değildir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un yapım sürecinde en çok zorlanılan alanın özellikle “tüketici” kavramı olduğu yasa gerekçesinde zikredilmektedir⁶. Bu bağlamda “tüketici” için verilen farklı tanımlara rastlamak mümkündür. Bunlar şu şekilde ifade edilebilir: “Kendisi, ailesi ve ev kullanımı için satma niyeti olmadan mal ve hizmet alan kişi”; “bir ekonomide üretilen mal veya hizmeti nihai veya son kullanıcı olarak alan kişi”; “mal, hizmet veya kredinin kendisi tarafından yapılan bir iş esnasında, başkası tarafından sağlandığı veya sağlamaya teşebbüs edildiği gerçek veya tüzel kişi”; “kişisel tüketici, mal ve hizmeti kendisi veya hane kullanımı için alan ve

Selected Jurisdiction, s.187. http://en.wikipedia.org/wiki/Consumer_Bill_of_Rights, erişim tarihi 4.12.2014.

⁴ I. Benöhr, EU Consumer Law and Human Rights, Oxford, 2013. s. 9.

⁵http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54802bca7c0f81.52843973, erişim tarihi 4.12.2014.

⁶TBMM 24. Yasama dönemi 3. Yasama yılı, S. Sayısı: 490, s. 6.
YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

bu bağlamda satın alınmış mal ve hizmetlerin nihai ve tahmini kullanıcısı⁷; Organize tüketici ise, bir organizasyonun amacını sürdürebilmek için ürün satın almak durumunda olan özel organizasyon.⁸

7/11/2013 tarih ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun⁹ 3. Maddesinin k bendinde ise tüketici “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Tanım ilk önerilenin aksine gerçek kişiler yanında tüzel kişileri de içerdği için olumlu bir gelişme seyri izlemiştir¹¹.

Tüketici kavramının tanımlanmasında çerçevenin geniş tutulması hakkın gerçek anlamda korunmasına hizmet edecektir. Bu sebeple tüketici sadece hizmet veya mal alan olarak değil, sözleşme bağlantısı olan veya nihai kullanıcı kadar bir ürün veya hizmetle herhangi biçimde bağlantısı olan¹² gerçek ve tüzel kişileri de kapsar şekilde tanımlamak gerekmektedir.

⁷ Birleşik Krallık örneğinde tüketici hareketine üç unsur yüklenmektedir :“Tüketici ticari faaliyet sıfatıyla hareket etmeyen kişi olmalıdır. Mal ve hizmet sağlayıcı ticari faaliyet sıfatıyla hareket etmelidir. Mal ve hizmetler ticari faaliyet kullanımı için değil kişisel kullanım için olmalıdır. D. W. Oughton’dan aktaran . A.G. Eze, Consumer Rights As Constitutional Rights-A Comperative analysis of Some Selected Jurisdiction, s.185. http://en.wikipedia.org/wiki/Consumer_Bill_of_Rights, erişim tarihi 4.12.2014.

⁸ A.G. Eze, Consumer Rights As Constitutional Rights-A Comperative analysis of Some Selected Jurisdiction, s.185. http://en.wikipedia.org/wiki/Consumer_Bill_of_Rights, erişim tarihi 4.12.2014.

⁹ R.G. 28 Kasım 2013, S. 28835.

¹⁰ “Tüketici hakları, her bir vatandaşı doğrudan ilgilendiren en geniş tabanlı düzenlemelerden biridir. Çünkü bir kişi bir alanda satıcı olsa dahi, diğer alanların tamamında tüketici durumdadır, örneğin bir ayakkabı üreticisi ya da satıcısı, hayatını idame ettirebilmek için satın aldığı her ürün ya da hizmette tüketici durumdadır.” Ümit Özgümüş, Osman Aydın, Kemal Değirmendereli, Mehmet Ali Susam Durdu Özbolat, Hasan Ören’in muhalefet şerhi. s. 159.

¹¹ İlk önerilen metinde sadece gerçek kişiler tüketici olarak ifade edilmekteydi, Meclis Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji komisyonunun kabul ettiği metinde ise tüzel kişiler de tüketici kavramı içine dahil edilmişlerdir.

¹² A.G. Eze, Consumer Rights As Constitutional Rights-A Comperative analysis of Some Selected Jurisdiction, s.186. http://en.wikipedia.org/wiki/Consumer_Bill_of_Rights, erişim tarihi 4.12.2014.

Hukuki niteliği

Cranston'a göre insan hakları üstün öneme sahip evrensel moral haklardır¹³. Donnelly ise, insan haklarını bir kişinin sadece insan olduğu için sahip olduğu haklar olarak tanımlamakta ve "en üstün moral haklar" olduğunu belirtmektedir¹⁴. Donnelly'ye göre insan hakları "insan olarak var olabilme-ye ilişkin özgül bir moral görüşün toplumsal olarak seçilmesini temsil eder ve bu da bizi onurlu bir hayatın ahlaki gerekliliklerine götürmektedir"¹⁵.

Tüketici hakları da insan hakları olarak kabul edilebilir mi?

Bu durum öğretilerde tartışmalıdır. Bazı yazarlar¹⁶ piyasadaki dengesizlikleri dengelemek için temel tüketici hakları deklarasyonuna doğru bir "evrensel etik değerler" oluşturulma teşebbüsü olduğunu saptamakla beraber tüketici haklarını insan hakları olarak kabul etmemektedir. Bu düşüncede olan yazarlar tüketici haklarının da zaman zaman geniş düşünüldüğünde insan hakları korumasından yararlandığı ve doğrudan ve dolaylı olarak¹⁷ insan hakları ile ilgili olduğunu belirtmektedirler. Ancak buna rağmen tüketici haklarında ihlalin devletten değil piyasadaki geldiği; insan hakları soyut iken, tüketici haklarının başvuru alanının ekonomik meşruiyetle sınırlı tüketici lehine belirlenmiş haklar olduğunu ve nihayet tüketici haklarının ihlal ve ihmali halinde insan haklarının ihlal ve ihmali kadar ağır hayati sonuçların genellikle yaşanmadığı vurgusu ile bu görüş gerekçelendirilmektedir¹⁸.

Tüketici haklarını insan hakları olarak ifade eden yaklaşım ise İnsan haklarının karakteristiğinden hareket etmektedir¹⁹. İnsan haklarının karakteristiği ortaya konulduğunda bu hakların öncelikle evrensel niteliği vurgu-

¹³ Cranston'a göre insan hakları öyle bir kavramdır ki tüm insanlara ve zamanlara aittir. Bu sebeple ekonomik ve sosyal hakları evrensel haklar olarak kabul etmez.

¹⁴ J. Donnelly, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, (Türkçesi M. Erdoğan-L. Korkut, Yetkin, Ankara, 1995, s. 22.

¹⁵ Ibid. s. 28.

¹⁶ M.Kingisepp, The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights, 20 years of the Estonian Constitution. *Juridica international*, 2012, s. 49-58.

¹⁷ Çocuk işçiliği ile veya ayrımcılık ile mücadele gibi. Belki burada ekonomik geleceğini tayin hakkı da zikredilebilir. M.Kingisepp, The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights,

¹⁸ M.Kingisepp, The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights

¹⁹ S. Deutch, "Are Consumer Rights Human Rights?", *Osgoode Hall Law Journal*, Volume 32, Number 3 (Fall 1994) Article, 4, s. 546.

lanmış ve belli bir gruba ait haklar değil, tüm insanlığa ait haklar olduğu belirtilmiştir. İkinci olarak, insan haklarının esas gayesinin bireyin refahı, onuru ve kişisel gelişmesi olduğu vurgulanmaktadır ve nihayet insan hakları güçlü devlete karşı ileri sürülebilen haklar olarak ortaya konulmaktadır.

Deutch, bir hakkın insan hakları olarak kabul edilmesinde kullanılan bu testleri tüketici haklarına uygulamış ve şu sonuca varmıştır:

Öncelikle tüketici hakları bireyin haklarıdır. Tüketiciler ayrı bir grup değildir ve her birey zaman zaman tüketici olabilir. Ürün ve hizmetin kişisel kullanıma ilişkin olarak her satıcı aynı zamanda tüketici durumundadır.

İkinci test ise insan onuru kavramından hareketle yapılmaktadır. Buna göre öncelikle insan onurunun insan hakları alanında gördüğü kabulün özellikle insan hakları belgelerinden hareketle altı çizilmektedir. Bu bağlamda tüketicinin haklarının korunması aynı zamanda onun onurunun korunması anlamına da gelmektedir. Örneklendirilirse adil bir ticaretin yapılmaması, adil bir sözleşmenin yapılmaması, mahkemeye giriş hakkının olmaması kişinin onurunu zedeleyecektir. Ve tüketici hakları diğer haklardan daha az önemli olmayacaktır.

Bir başka test ise insan haklarının güçlü devlet kurumuna karşı ileri sürülmesidir. Tüketici hakları ise büyük organizasyonlar, karteller, uluslararası şirketlere karşı ileri sürülmektedir. Bu organizasyonlar devletlerden daha az güçlü değildir. Bu durum ise taraflar arasındaki sözleşme dengesini bozmaktadır. Dünyada sınır ötesi ticaretin artması ve teknolojinin gelişmesine de tanıklık etmekte ve bu gelişmenin sonucu büyük şirketler ve riskleri de beraberinde getirmektedir. Bu eşitsiz ilişkinin ortaya çıkması tüketici haklarının anayasal ve insan hakları boyutunu gündeme getirmektedir.

Bu çerçevede yapılan test sonuç olarak, tüketici haklarını bir “insan hakkı” olarak kabule hizmet etmektedir.

Tüketici hakları alanında tartışılan meselelerden biri de söz konusu hakkın yeni bir insan hakları kategorisi oluşturup oluşturmadığı ve bu durumun uluslararası alanda tanınmasının yararlarıdır.

İnsan hakları birinci ikinci ve üçüncü kuşaktan oluşuyor. Acaba tüketici hakları başka bir kuşak mı?

Yukarıdaki tartışmalar ışığında, tüketici hakları evrensel haklar olarak kabul edilebilir. Öncelikle tüketici haklarının ve güvenlik standartlarının uluslararası rehber(guidelines) ve sözleşmelerde artan biçimde tanınması, genel olarak evrensel kabulü göstermektedir. İkinci olarak, güvenli ürün ve yargıya giriş bağlamında tüketici hakları insan onuru ve iyi olma halini sürdürmesine ilişkindir. Üçüncü olarak, bu haklar güçlü firmalar ve devlet tarafından keyfi müdahalelere karşı koruma getirmektedir.

Deutch'a göre ticaretin uluslararası bir hal alması şirketleri çok güçlü bir hale getirmekte ve serbest piyasa anlamıyla tüketici eşit şartlarda pazarlık halinde olamamakta ve bu durum bireyin özerkliğini ortadan kaldırmaktadır. Bireyi güçlü firmalara karşı koruma insan haklarının üçüncü özelliğini karşılamaktadır. Ayrıca ticaretin uluslararasılaşması tehlikeli veya hatalı ürünü sadece ulusal mesele olmaktan çıkarmakta ve tutarlı bir tüketici hakları standardı koruması uluslararası seviyede de gelişmek durumunda olmaktadır. Bu tartışma tüketici haklarının son teknolojik gelişmeler ve küreselleşme sebebiyle ortaya çıkan yeni bir insan hakları alanı ya da yeni jenerasyon insan hakları olarak kabul edilmesini önermektedir. Ancak konu halen tartışmalıdır²⁰.

Tüketici haklarının insan hakları ve ayrı kategori bir hak olarak kabul edilmesinde ortak kabul olmamakla beraber yaygın biçimde “ekonomik ve sosyal haklar” kategorisinde konuşlandırılmaktadır. Tüketici hakkını tanıyan anayasaların hakkı düzenlediği bölümler incelendiğinde bu sonucun pekiştiği görülmektedir. Örneğin Portekiz Anayasasının tüketici hakkını düzenleyen 60/1. Maddesi “ekonomik haklar ve ödevler kısmında yer almaktadır. İspanya Anayasasında ise tüketici hakları “ekonomik ve sosyal politikalar(m. 51) başlığı altında düzenlenmektedir. Polonya Anayasasının tüketici haklarına ilişkin 76. Maddesi ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kısmında yer almaktadır. Litvanya anayasası ise “ulusal ekonomi ve çalışma” başlığı altında tüketici haklarına yer vermektedir. 1982 Türkiye Cumhuriyeti anayasası ise “ekonomik ve sosyal haklar” arasında değil, “mali hükümler” arasında tüketicinin korunmasını bir hak olarak değil, ama devletin yükümlülüğü olarak düzenlemektedir. AB Temel Haklar Şar-

²⁰ I. Benöhr, EU Consumer Law and Human Rights, Oxford, 2013. S. 46 vd. *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

tında ise farklı olarak esas itibarıyla sosyal hakların yer aldığı “dayanışma” başlığı altında tüketicinin korunması düzenlenmektedir. Söz konusu 38. Maddeye göre “birlik politikaları tüketicilere yüksek düzeyde koruma” sağlayacaktır. Metinde ifade edilen “dayanışma” kavramından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. İfadenin hazırlık sürecinde veya ortak destekte kaynakların paylaşımı olarak yorumlanabileceğini ifade edilmekteler²¹.

Yukarıdaki arazi örnekler tüketicinin haklarının, farklı örnekler bulunsa da esas olarak “sosyal haklar” içinde değerlendirildiğini göstermektedir. Ancak sözkonusu hak aynı zamanda yaşama hakkı, adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü gibi temel haklarla yakın bağlantısı da göz ardı edilemez.

Tüketici Haklarının Uluslararası Boyutu

Uluslararası hukuk alanında doğrudan tüketici haklarını zikretmeden dolaylı koruma getiren sözleşmeler bulunmakta ve büyük ölçüde etkili de olmaktadır. Bunlar arasında öncelikle Türkiye’nin de taraf olduğu BM Ekonomik, Sosyal ve kültürel Haklar Sözleşmesi sayılabilir. Avrupa ölçeğinde ise İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı sayılabilir.

ULUSLARARASI HUKUKTA TÜKETİCİ HAKLARI a-BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

1-BM Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar Sözleşmesi²²

Ekonomik sosyal ve kültürel haklar sözleşmesindeki bazı haklar tüketici haklarını da kapsamaktadır. Uygun yaşama standardı. 11/1²³; uygun giyecek, yiyecek ve barınma hakkı yaşama standardının artan iyileşmesi., güvenlik, enformasyon, adil ücret, tüketici haklarına ilişkindir. Sözleşmenin 12. Maddesinde yer alan fiziki ve mental sağlık çevrenin geliştirilmesini, sanayi hijyeni ve hastalıkların önlenmesini de içermektedir. Bire-

²¹ M. Kingisepp, The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights”, <http://www.consumersinternational.org/who-we-are/consumer-rights/>, erişim tarihi 09.09.2015.

²² Sözleşmeyi Türkiye imzalamış ve onaylamıştır.

²³ 1. Bu Sözleşmeye Taraf olan Devletler herkeşe, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam standardına sahip olma sağlar. Bu standart, yeterli beslenmeyi, giyinmeyi, barınmayı ve yaşama koşullarının sürekli olarak geliştirilmesini de içerir. Taraf Devletler bu hakkın gerçekleştirilmesini sağlamak için, kendi serbest iradelerine dayalı uluslararası işbirliğinin esas olduğunu kabul ederek, uygun tedbirleri alırlar.”

yin tehlikeli ürünlerden korunması tüketici hukukunun da amacıdır ve bu hükümler tüketici haklarını da korumaktadır.

BM ‘de tüketici haklarına ilişkin esas metin ise bu konuda hazırlanmış olan rehberdir.

2-Tüketici haklarının korunmasında BM Rehberi (BMTHKR)²⁴

BMTHKR BM genel kurulunda 9 Nisan 1985 de kabul edilmiştir²⁵. Tüketici haklarına ilişkin olarak doğrudan ve en önemli uluslararası belgedir. BM genel kurulunda “oybirliği ile kabul edilmesi anlamlıdır. Her ne kadar belge hukuken bağlayıcı olmamakla ve sadece siyasal ve moral bağlayıcılığı bulunmakla beraber oybirliği ile kabulü “uluslararası örf” oluşturacağı biçiminde yorumlanmıştır. 60 dan fazla ülke ve 170 tüketici organizasyonunun oluşturduğu Uluslararası tüketici birliği organizasyonunun faaliyet ve lobicilik faaliyetlerinin ürünü olan belge 10 yıllık bir çalışmanın sonunda kabul edilmiştir²⁶.

Rehberin 3. Maddesinde 6 temel ihtiyaç belirlenmiştir.

1-Tüketicilerin kendi sağlık ve güvenliklerine karşı tehlikelerden korunması,

2-Tüketicilerin ekonomik menfaatlerinin geliştirilmesi ve korunması,

3-Tüketicilere, kendi ferdi istek ve ihtiyaçlarına göre bilinçli seçim imkanı sağlamak için yeterli bilgilere erişim sağlanması,

4-Tüketici eğitimi,

5-Etkili bir hata telafi merciinin tüketicilere temini,

6-Tüketici ve diğer ilgili grup ve kuruluşların oluşturulması özgürlüğü ve bu gibi kuruluşların kendilerini etkileyen karar verme işlemlerinde kendi görüşlerini ortaya koyma fırsatı,

Bu ihtiyaçlar çerçevesinde devletlere 7 prensip getirilmektedir:

1- Fiziksel güvenlik

2- Tüketicilerin ekonomik çıkarlarının geliştirilmesi ve korunması

3- Mal ve hizmetlerde güvenlik ve kalite standartlarının formüle edilmesi

4- Zorunlu tüketici mal ve hizmetlerinin dağıtımını oluşumu

²⁴ I. Benöhr, EU Consumer Law and Human Rights, Oxford, 2013. s. 46.

²⁵Resolution 39/248.

²⁶ S. Deutch, “Are Consumer Rights Human Rights?”, **Osgoode Hall Law Journal**, Volume 32, Number 3 (Fall 1994) Article, 4, s. 564.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

- 5- Tüketicilere tazmin imkanı sağlama tedbirleri
- 6- Eğitim ve bilgi programları
- 7- Yiyecek, su ve ilaçlara ilişkin özel tedbirler.-Temel ihtiyaçların karşılanması

Rehberde göre, devletler ekonomik ve sosyal durumlarına göre yedi konuda tüketici politikalarını geliştirmek durumundadırlar. Bu alanlar fiziksel güvenlik, tüketicinin ekonomik çıkarlarını korumak ve geliştirmek, tüketici mal ve hizmetlerinin kalite ve güvenliği standartlarının oluşturulması, tüketici için zorunlu mal ve hizmetlerin dağıtım olanakları, tüketicinin tazmin olanağının geliştirilmesi, tüketicinin eğitilmesi ve enforme edilmesi, su, yiyecek ve ilaç gibi belli alanlarda tedbir alma. Daha sonra 1999 rehber tüketici politikasına bir ilke olarak “**sürdürülebilir tüketim**” de ilave edilmiştir. Daha yeni olmakla beraber sürdürülebilir tüketim dünyanın ekolojik sisteminin gelişmesini amaçlaması bakımından üçüncü jenerasyon hak olarak sayılabilir. Sürdürülebilirlik kavramı tüketici yetkilerinin yeni algılanışını da göstermekte ve ayrıca temiz ve sağlıklı bir çevre konusunda sorumluluklar da içermektedir.

Rehber, özellikle gelişmekte olan ülkelere tüketici politikası ve yasaları konusunda temel amaçlar listesi vermektedir. Gelişmekte olan devletlerin tercih edilmesinin sebebi tüketicilerin sıkça pazarlık ve eğitim konusunda dengesizliklerle karşılaşmasındandır. Rehber özellikle tüketicinin zararlı olmayan ürünlere ulaşmasını sağlamak ve eşit ve sürdürülebilir ekonomik ve sosyal gelişmeyi sağlamaktır.

Rehber, bağlayıcı bir doküman olmamakla beraber uluslararası arası alanda ilk kez açıkça tüketici haklarını koruyan belgedir. Rehber konusunda tüketicinin korunması açısından sağlanan uzlaşma tüketici haklarının evrensel niteliğine de işaret etmektedir. Ayrıca tüketici haklarının insan hakları olarak kabul edilmesini de desteklemektedir. Rehberin bağlayıcı olmaması ve zorlayıcı mekanizmalarının bulunmaması gelecekte olmayacağı anlamına gelmemektedir. Bugün bağlayıcı birçok sözleşmenin temelinde bu tür bildireler bulunmaktadır.

Bir başka bakış açısı ile Rehberde tanınan bazı hakların BM sözleşmelerinde de tanındığı yani hukuken bağlayıcı olduğu da söylenmektedir. Örneğin rehberin 25. Maddesinde yer alan uygun yaşam standardı Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (BMESKHS) nin 11. Maddesinde yer almaktadır. Rehberin 10. Maddesinde

de yer alan fiziksel Güvenlik BMESKHS nin 12. Maddesinde sağlık hakkı biçiminde yer almaktadır. Tüketicinin ekonomik çıkarlarının korunması yine BMESKHS nde yer almaktadır.

Buna 1999 da “sürdürülebilir tüketim” eklenmiştir²⁷. 10-11 Temmuz 2012 de ad hoc tüketicinin korunması uzmanlar komitesi toplanmış ve yeni bir metin ortaya çıkarılmıştır. E-ticaret ve finansal hizmetler kısmı da eklenmiştir.

Sonuç olarak şu andaki rehberin kullanışlı ve geçerli olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca ilave olarak data koruma, tacizkar reklam, enerji sınır ötesi ticaret konusunda tartışmalar devam edecektir²⁸.

b- AVRUPA KONSEYİ

1-İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

Öncelikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin(İHAS) doğrudan tüketici haklarına yer vermediğini belirtmek gerekir. Ancak doğrudan olmasa da tüketicilerin haklarının korunması konusunda belki de en etkili yollardan biri İHAS sistemi olacaktır. Sözleşmede korunan haklar ekonomik ve sosyal haklar alanına ilişkin değildir. Ancak buna rağmen sözleşmede tanınan haklar üzerinden tüketici haklarının da korunması mümkün olabilmektedir. Adil yargılanma hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. Maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı tüketicinin etkili yargısal korunması anlamında da son derece önemlidir.

CASE OF PIASKOWSKI AND OTHERS v. POLAND²⁹

Olayda tüketici koruma Birliği başvurucular adına 2001 Aralık ayında bir dava açmıştır. Mahkeme 15 Aralık 2003 de ilk duruşmayı yapmıştır. Ocak

²⁷ Sustainable consumption includes meeting the needs of present and future generations for goods and services in ways that are economically, socially and environmentally sustainable. E/1999/INF/2/Add.2, resolution 1999/7 Implementation report on the United Nations Guidelines on Consumer Protection (1985–2013).

²⁸ http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd23_en.pdf, erişim tarihi 19.12.2014.

²⁹ Application no. 35431/05, 1 July 2008, FINAL, 01/10/2008. “İhlal tespitiyle sonuçlanan en kısa dava, HIV hastası başvurucu tarafından açılan ve 2 yıl 4 ay süren iki dereceli yargılamadır (X / Fransa, 1982). Buna karşın ihlalin mevcut olmadığı tespitiyle sonuçlanan en uzun yargılama sekiz yıl süren iki dereceli bir yargılamadır. D.Vitkauskas-G Dikov Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Strazburg, 2012.

ayından Mart 2003'e kadar 2 duruşma yapılmıştır. 10 Şubat 2004 de Bölge Mahkemesi davalının iflasını ilan etmiştir. Sonuç olarak 4 Mart 2004 duruşmasında mahkeme kanuni prosedür kararı vermiştir. Prosedür 9 Mayıs 2007 de yeniden başlamıştır. 11 Mayıs 2007 de Bölge mahkemesi davaya devam etmemiştir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi öncelikle daha önceki kararları çerçevesinde “makul sürede yargılama” ya ilişkin ilkeleri hatırlatmaktadır. Davanın mahiyeti ve karmaşıklığı, başvuruçunun ve ilgili otoritelerin davranışları ve uyuşmazlıkta başvuruçular için neyin tehlikede olduğuna dayanarak her somut olay için belirlenmesi gerektiğini hatırlatmaktadır³⁰.

İHAM bölge mahkemesinin adli tasfiye için **üç yıl beklediğini**, ancak başvuruçunun durumuna ilişkin olarak bir durum tesbiti yapmadığını ifade etmektedir. Özellikle dava mahkemede bir kez görülmüştür ve bu başvuruçunun şikâyetinden iki yıl sonradır. Bu çerçevede yargılama prosedürü çok uzundur. Bu sebeple “makul sürede yargılama yapılmadığından adil yargılama hakkı ihlal edilmiştir.

CASE OF BEUMER v. THE NETHERLANDS³¹

Başvuruçunun doğuştan engelli olması nedeniyle sağlanması gereken imtiyazların sağlanması için başvurduğu kurulun ve yargı mekanizmalarının başvurusunu makul bir süre içinde sonuçlandırmaması sözleşmeye aykırı bulunmuştur. Süreç 16 Ağustos 1994 den 21 Haziran 1999 a kadar sürmüştür. Mahkemenin hesabı ile **4 yıl, 11 ay, 5 gün**. Sonuçta makul süreye yargılama hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

HEATHER MOOR & EDGECOMB LTD v. UNITED KINGDOM³²

Kararda, finansal ombudsmannın kararını verirken kullandığı kriterler belirlenmiştir. Ombudsmannın tarafsız ve bağımsız olup olmadığı tartışması ise iç hukuk yolları tüketilmediği için yapılmamıştır.

Sonuçta adil yargılama hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Ancak kullanılan kriterlerle test edildikten sonra:

³⁰ Aynı yönde Pellegrin v. France [GC], no. 28541/95, ECHR 1999-VIII, Frydlender v. France [GC], no. 30979/96 § 43, ECHR 2000-VII ve Majewski v. Poland, no. 52690/99, § 36, 11 October 2005.

³¹ (*Application no. 48086/99*), 29 July 2003, Final 29.10.2003.

³² 1550/09 [2011] ECHR 1019

-ombudsmanın final kararına varması için başvuru için argümanlarını ortaya koymasına adına yeterli fırsatlar verilmiştir.

Bay L tarafından Finansal danışmanın(HME) Finansal Ombudsman-Servisi(FOS) şikayet edilmesinde HME nin FOS dan istediği sözlü dinlenme talebi reddedilmiş ve o da iç hukuk yollarını tüketim İHAM a gitmiştir.

Mahkeme sözlü dinlenmenin reddinin ihlal oluşturmadığına karar vermiştir. Çünkü sözlü dinlemenin reddine ilişkin karar dayanaksız verilmemiştir.

“Hızlı ve formalite minimum anlaşmazlıkları çözmek için böyle Finansal Ombudsman Service (FOS) gibi bir mekanizma sağlayan bir yasa-ma politikası, finansal hizmetler ve yatırım danışmanlığı alanında **tüketicilerin korunması bağlamında uygunsuz değildir.**” Ombudsman kararında herhangi bir keyfilik yoktur.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ: Sözleşmenin 10. Maddesi ifade özgürlüğü kapsamında tüketicinin ve tüketici organizasyonlarının haklarını da korumaktadır. Özellikle tüketicinin enformasyona ulaşması ifade özgürlüğü bağlamında yazar ya da yayıncının tüketiciyi bilgilendirme yönündeki ifadeleri 10. Madde korumasından yararlanmaktadır.

Hertel v. İsviçre³³

Bay Hertel Teknoloji Zürih Federal Enstitüsü teknik bilimler bölümü mezunudur ve Veteriner Bilimleri Zürih Enstitüsünde lisansüstü tez yazmıştır. Şu anda emeklidir ve kendi laboratuvarında özel araştırmalar yürütmektedir. Hertel Lozan federal teknoloji enstitüsünde Mikrodalgada yiyeceklerin hazırlanması konusunda bir araştırma yürütmektedir. İki ayı aşkın süre boyunca sekiz gönüllünün kan değerleri test edilmiş ve mikrodalga enerjisinin gönüllülerin kanına geçtiği tesbit edilmiştir. Bu çalışma gazeteciler tarafından da basına “bilimsel kanıt mikrodalga tehlikesi” başlıkları ile yansımıştır.

Hertel’in çalışma yönteminin ve vardığı sonuçların Zürih federal teknoloji enstitüsü tarafından bilimsel olmadığı ifade edilmiştir. Federal rekabet mahkemesi tarafından Hertel haksız rekabet yasasını ihlal ettiğine

³³ Başvuru no: **59/1997/843/1049** , 25 Ağustos 1998.
YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

karar verilmiştir. Hertel araştırma çalışmalarının mahkeme kararı ile sansürlendiği, mikrodalga fırınların halk sağlığına zararları konusunda kamuya açık tartışmalara katılmasının engellendiğini ve bunun ifade özgürlüğüne yapılan orantısız bir müdahale olduğunu ifade etmiştir.

Mahkeme başvurusunun araştırmasının bir kopyasını Franz Weber gazetesine göndermekten başka bir şey yapmadığını ifade etmektedir. Bu araştırmalar üzerine abartılarak bazı makaleler yazılmıştır. Ancak makalenin yayımlandığı gazetenin sirkülasyonunun 120 bin civarında ve çevre ve halk sağlığı konularına ilişkin olduğunu da belirtmiştir.

İHAM başvurusunun niyeti ile kendisine uygulanan sansür ve yasağı ve bunlara uymaz ise karşı karşıya kalacağı hürriyeti bağlayıcı cezayı dikkate aldığına **ifade özgürlüğünün ihlal edildiği** sonucuna varmıştır.

Markt Intern Verlag GMBH and Klaus Beerman v. Germany³⁴ kararında ifade özgürlüğünün rekabet hukukuna aykırı biçimde kullanılmasını sözleşmenin 10. Maddesi kapsamında korumuştur.

İlk başvuru Mark intern yayıncı firma diğeri ise onun baş editördür. Gazeteciler tarafından kurulan ve işletilen firma küçük ve orta ölçekli perakende işletmelerin çıkarlarını daha geniş ölçekli şirketlere karşı savunmaktadır. Daha küçük şirketlere denemeler, lobcilik, kamu otoriteleri siyasi partiler, ticaret birlikleri yasa teklifi veya yasama konularında finansal yardım sağlamaktadır. Ancak Mark Intern in esas aktivitesi bir çok mesleki bülten yayınlamaktır. Ofset baskı yapıp, açık abonelikte satılmaktadır. Bültende reklam yoktur, destekledikleri gruplar için makale yoktur. Okuyucu mektuplarına ilişkin ve bazı işlerin görülmesine ilişkin makaleler vardır. Bağımsız olduklarını söylemektedirler. Daha genel tüketici bilgileri içeren yayınlar da yapmaktadırlar. Yaptıkları boykot çağrıları sebebiyle veya başvurusunun yayınladıkları eleştirilerinden dolayı haklarında rekabet yasasına aykırılıktan dava açılmıştır.

Markt Intern in amacı kamuoyunu etkilemek veya harekete geçirmek değil, belli grupların ekonomik çıkarlarını korumaktır. Mahkeme bu ifadeyi de 10. Madde kapsamında görmüştür. Mark intern “Cosmetic Club International” hakkında onun uygulamalarını eleştiren birçok yazı yayınlamıştır. Yazıda bir müşterinin üründen memnun kalmamasına rağmen rek-

³⁴ Başvuru no: 10572/83 Judgement , 25 Ekim 1989.

lamında belirtildiği gibi para iadesi almadığı belirtilmekte ve bunun üzerine bir yazı yayınlanmaktadır. Cosmetic Club bu çerçevede söz verdiği üzere memnuniyetsiz müşterilerin paralarını iade etmiştir. Bu rakam 1975 yılında 11.870 dir.

Tüketicilerin eleştirilerinin yayınlanmasının özel basın organları tarafından yayınlanması hem okuyucuların çıkarları, hem de iş aktivitelerinin şeffaflığı bakımından olumludur. Ancak, bu yayınlar doğru olsa bile başkalarının özel hayatının korunması, belli ticari faaliyet sırlarının korunmasına saygı görevi gibi konularla sınırlanabilir. Ek olarak doğru bir ifade çoğu kez ilave ifadeler veya değer yargıları ile sınıflandırılabilir. Olaydaki gibi bir durum kamuya açıklanmadan önce yoğun bir incelemeyi hak etmektedir. Aksi halde doğru tanımlar bile yanlış algılar yaratabilmektedir. Ticari meselelerde tüm bu faktörler dikkate alınmalı ve karar verilmelidir.

Somut olayda makale ticari bağlamda yazılmıştır. Markt intern Club ın rakibi değildir. Sadece kimyacıları ve güzellik ürünü perakendecilerinin çıkarlarını korumaya çalışmaktadır. Makale bazı doğru ifadeler içermekle beraber, Club ın güvenilirliğinden de şüphe etmektedir ve okuyuculara benzer tecrübeleri aktarmalarını salık vermektedir. Federal mahkeme olayı yazmak için yeterli sebep olmadığı kanaatindedir. Club durumu açıklığa kavuşturmak üzere acil inceleme başlatmıştır. Başvurucular da yeterli açıklık sağlanmadan Club ı eleştirmenin tamamen adil olmadığına katılmaktadırlar. Federal mahkeme bu tür yayınları “prematüre olarak nitelendirmektedir.

Mahkeme ödev- sorumluluk ilişkisini de dikkate alarak federal mahkemenin kararını haklı bulmuştur ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği kanaatine varılmıştır.

Kararın sonuç oylaması oldukça ilginçtir. 8 yargıç olumlu oy kullanırken diğer sekizi olumsuz kullanmıştır. Eşitlik başkanın oyu ile bozulmuştur. Bu sebeple mahkemenin bıçak sırtı kararlarından biridir.

X v. Church of Scientology v. Sweden³⁵

“Bugün Scientology teknolojisi kendi E-sayacınızın olmasını gerektirmektedir.(Hebbart sayacı) E sayacı bir elektronik cihazdır ve bireyin mental

³⁵ Başvuru no. 7805/77, Judgement, Mayıs 1979.
YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

durumunu ölçmekte ve değiştirebilmektedir. f iyatı 850 crondur. Uluslararası üyelere %20 indirimli 780 Crondur.”

İnsan hakları Avrupa Komisyonu X v. Church of Scientology kararında başvuru kilisenin üyeleri arasında sirküle edilen bir süreli yayında reklam vermesini değerlendirmiştir.

Kilise ve kilisenin İsveç temsilcisi Pastör bu reklam üzerine Mahkemenin verdiği cezanın inanç ve ifade hürriyetini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Ayrıca komisyon sözleşmeye taraf olan birçok Avrupa ülkesinin ticari ifadenin tüketicileri yanlış ve aldatici uygulamalardan korumak için serbestçe dolaşmasını sınırlayan yasal düzenlemelere sahip olduğunu belirtmektedir. Komisyona göre ticari ifadenin sınırlanmasındaki haklı sebep “başkalarının –tüketicinin- hakları”dır.

Komisyon kararında ticari ifadenin sözleşmenin 10. Maddesinde konulan ifade özgürlüğünün dışında olmadığını belirtmekle beraber siyasi ifade ile karşılaştırıldığında daha az koruma kalkanından yararlanmaktadır. Komisyon ticari ifade konusunda “demokratik toplumda gerekli olma” kriterinin de daha az katı yorumlanacağını belirtmektedir.

Derginin 300 adet basılmasına rağmen yerel mahkemenin reklamın daha çok kişiye ulaşmayı amaçladığı ve sadece kilise üyeleri ile sınırlı olmadığı kararı konusunda yerel mahkeme şu faktörleri göz önünde bulundurmuştur: Öncelikle dergi sadece üyelere dağıtılmakla beraber, üyeler tarafından başkalarını e-metre almaya yönlendirmek için kullanılabilir. İkincisi, reklamda elektronik sayacın satışı sadece kiliseye mensup olanlarla sınırlı değildir. Nihayet, reklamı okuyan uluslararası üyelik konusunda kitapları, teyp kayıtlarını ve sayacı daha ucuza alacakları için cesaretlendirilmektedir. Bu ifadeler de sadece kilise üyelerine yönelik değildir. Tüm bu değerlendirmeler ışığında yerel mahkeme reklamın tüketiciyi yanlış yönlendirdiği ve tüketicilerin korunmasının serbest piyasa için önemli olduğunu belirtmektedir.

Komisyon yerel mahkemenin sadece belli sözcüklerin kullanımını yasakladığı reklamı toptan yasaklamadığı ve bir ceza da vermediğinden hareketle sınırlamanın başkalarının yani tüketicilerin haklarını korumak için gerekli ve orantılı olduğuna karar vermiştir. Başka bir kararda ise bir organizasyonun piyasa uygulamasında tüketiciyi yanlış yönlendiren “ticari ifade” yi sınırlamayı kabul etmiştir.

Örgütlenme özgürlüğü: Sözleşmenin bir diğer ilgili maddesi 11. Madde-sidir. Bu hüküm tüketici örgütlenmeleri ve toplanmalarına olanak sağla-maktadır. Tüketici organizasyonlarının kurulması özgürce hizmet vermele-ri ve tüketici haklarını geliştirmek üzere serbestçe toplanmalarına olanak tanımaktadır. Bu sayılanların hiçbiri açıkça tüketici haklarını zikretme-mekle beraber dolaylı olarak tüketici haklarını da korumaktadırlar. Özel-likle sözleşmenin 6. Maddesindeki adil yargılanma hakkı tüketicinin mah-kemeye ulaşmasında önemli bir rol oynamaktadır³⁶.

Özel hayat hakkı:

Schlumpf v. Switzerland³⁷

Başvurucunun sağlık sigortası cinsiyet değiştirme operasyonunun tıbbi masraflarını karşılamayı reddetmektedir. Mahkeme hem özel hayat hakkı-nın hem de adil yargılanma hakkının mahkeme uzman dinlemeyi ve du-ruşmayı reddettiği için ihlal edildiği kanaatindedir.

Yaşam hakkı.

Volintiru v. İtaly³⁸

Başvurucunun 85 yaşındaki annesi Şubat 2007 tarihinde ciddi beyin rahat-sızlığı ile hastaneye kaldırılmıştır. ciddi neurological hasar ile birlikte hy-poglycaemia durumu koma hali, sağ akciğerde kan dolaşımı sorunu ve enfeksiyon ve idrar blokajı sorunları saptanmıştır. Yaklaşık bir ay sonra doktorlar hastaneden taburcu edilmesine karar vermişlerdir. Küçük iyileş-meler ve durumunun stable hale gelmesi dışında annenin sağlık durumu hala endişe verici boyuttadır. 10 Mart 2007 de koma halinde servise alınır. 19 Mart 2007 de hayatını kaybeder. Başvurucu özellikle annenin yaşamını korumak için gerekli tıbbi Müdahalenin yapılmadığından şikâyetçidir. Ay-rıca hastane şartlarının kötülüğü sonucunda kapılan enfeksiyonun annenin ölümüne yol açtığını etkili bir soruşturmanın da yapılmadığını iddia et-mektedir.

Dava devam etmektedir.

³⁶ I. Benöhr, EU Consumer Law and Human Rights, Oxford, 2013. s. 46.

³⁷ Başvuru no: 29002/06, 8 Ocak 2009, Final 5.06.2009.

³⁸ Başvuru no: 8530/08.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

2- Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı ve gözden geçirilmiş şart tüketicili haklarına ilişkin doğrudan hüküm getirmemektedir. Koruma bu sözleşmeler çerçevesinde dolaylı olarak sözkonusu olmaktadır. Avrupa sosyal şartında Sağliğin korunması adına 11. Madde³⁹ hatalı ve zararlı ürüne karşı güvence sağlamaktadır⁴⁰.

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA TÜKETİCİ HAKKI

1982 Anayasanın 172. Maddesine göre, “Devlet tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimleri teşvik eder”. Maddenin gerekçesinde tüketicinin korunmasının bir “serbest piyasa ekonomisi tedbiri” olduğu ifade edilmektedir⁴¹.

Tüketici haklarına ilişkin kararlar hem Anayasa Mahkemesi’nin norm denetimi yaptığı kararlarına konu olmaktadır. Hem de bireysel başvuru kararlarında tüketici haklarına dair kararlar bulunmaktadır.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI: HARÇ KARARI⁴²

Tüketici mahkemesine tüketici tarafından harç yatırmaksızın dava açılmasına ilişkin kuralın (23.2.1995 günlü, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un, 6.3.2003 günlü 4822 sayılı Yasa’nın 30. maddesiyle

³⁹ Madde 11. Sağliğin Korunması Hakkı Akit taraflar, sağliğin korunması hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere ya doğrudan veya kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde, diğer önlemlerin yanısıra, 1. Sağliğin bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak; 2. Sağlığı geliştirmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluğu artırmak üzere eğitim ve danışma kolaylıkları sağlamak; 3. Salgın hastalıklarla yerleşik mevzii ve başka hastalıkları olabildiğince önlemek; üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı taahhüt ederler. Metin için bkz. <https://www.csqb.gov.tr/media/2077/avrupasosyalsarti.pdf>, erişim tarihi 13.4.2016.

⁴⁰ Türkiye Avrupa Sosyal Şartı ve gözden geçirilmiş protokole taraftır. Şartın denetimine ilişkin protokol Türkiye tarafından 6/10/2004 tarihinde imzalanmış ve 5546 sayılı ve 27/9/2006 tarihli kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. R. G. 3 Ekim 2006, S.26308, Şart 01/08/2007 tarihinden beri Türkiye için yürürlüktedir.

⁴¹ Gerekçede vurgulanan hususlardan biri de “tüketici bilincinin oluşması”dır. Ayrıca tüketicinin fiyat ve kalite açısından korunması, serbest rekabet şartlarının sağlanması, tekel ve kartellerin önlenmesi ile tüketici haklarının güvenceye alınacağı ifade edilmektedir. Devletin tüketici korumak amacıyla yayılar yapma dahil bazı araçlarla tüketicinin aydınlatılmasına ilişkin tedbirler de Danışma Meclisi gerekçesinde ifade edilmektedir. A. Sezer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Beta, 2004, s. 346.

⁴² E. 2007/112, K. 2010/5, K. G. 14.1.2010, R.G.28 Nisan 2010, S. 27565

değiştirilen 23. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesi)⁴³ Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. İtiraz yoluna başvuran mahkeme anayasanın 2. 10. ve 172. Maddesine aykırılık olduğu iddiasındadır.

Anayasa Mahkemesi kararında “sosyal hukuk devleti” kavramından hareket etmektedir⁴⁴. Eşitlik ilkesi bakımından ise ilkenin “eylemli değil, hukuksal eşitlik” olduğunu vurgulamaktadır. Anayasada özel olarak korunan tüketicinin harç ödemedene dava açmasını bu sebeple eşitlik değerlendirmesi dışında tutmuştur. Bir tür pozitif ayrımcılık yapıldığı söylenebilir.

SONUÇ olarak kuralın oybirliği ile anayasaya uygun olduğuna karar verilmiştir.

BAZ İSTASYONLARI KARARI⁴⁵

Kişi sağlığı bakımından sakıncalı olabilecek baz istasyonlarının imar planı bakımından denetlenmesini olanaksız kılan yasal düzenleme⁴⁶ Yüksek Mahkeme tarafından anayasaya aykırı bulunmuştur. Karar sağlık hakkı ve sağlıklı çevre eksen alınarak verilmiştir ve dolaylı olarak tüketici haklarına da ilişkindir. Sabit elektronik haberleşme cihaz ve tesislerinin imar mevzuatına aykırı olarak kurulduğu gerekçesiyle uygulanan idari yaptırımların iptali istemiyle açılan davada 4.2.1924 günlü, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 16.6.2004 günlü, 5189 sayılı Yasa ile eklenen ek 35. Maddesinin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

⁴³ “Tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlıkça açılacak davalar her türlü resim ve harçtan muaftır.”

⁴⁴ “Sosyal hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler olarak çalışanlarını koruyan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, iş ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.”

⁴⁵ E. 2006/129, K. 2009/121, K.G. 1.10.2009 R.G. 08.01.2010-27456.

⁴⁶ 'Elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan direk, kule, kulübe, konteynır, anten, dalga kılavuzu, enerji nakil hattı, alt yapı niteliğindeki tesisler gibi her türlü taşınır, taşınmaz mal ve teçhizat, kanun hükümlerine ve Kurum tarafından çıkarılan yönetmeliklere uygun olarak kurulmak ve Kurumdan gerekli izin, ruhsat veya sertifikaları almak şartıyla, 3194 sayılı İmar Kanunu ve İmar Kanununa dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde belirtilen yapı ruhsatıyesine ve yapı kullanma iznine tâbi değildir.'

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

Anayasa Mahkemesine göre söz konusu kural şu gerekçe ile anayasaya aykırıdır ve iptali gerekir:

“...düzenleme, elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan müstakil yapıların imar planına uygunluğunun denetlenmesini olanaksız kılmakta, elektronik haberleşme cihazlarının mevcut yapılar üzerinde kurulması halinde ise bu yapıların ruhsata uygunluk denetiminin yapılmasına engel oluşturmaktadır.

Oysa yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni, imar hukuku yönünden planlamanın ve bu planlara uygunluk denetiminin yapılmasının ve bu suretle kamu yararının sağlanmasının başlıca araçlarından olup, elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan yapılara ayrıcalık tanınarak bunların yapı ruhsatından ve yapı kullanma izninden istisna tutulması, bu yapıların imar mevzuatı kapsamı dışında tutulması anlamını taşımakta, elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan taşınır, taşınmaz mal ve teçhizatlar yönünden imar hukukunda denetimsiz bir alan oluşturmakta ve Devletin bu konudaki gözetim ve denetim görevini yerine getirememesine sebep olmaktadır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerine aykırıdır.”

SU HAKKI KARARI⁴⁷

Ankara 1. İdare mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi önüne getirilen başvuruda “%10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir kâr oranı” esas alınır” ibaresini incelemiştir.

İptal talebi hükmün “belirlilik ve öngörülebilirlik” koşulunu gerçekleştirmediğinden hareketle Anayasa'nın 2. maddesine dayandırılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi “% 10 dan aşağı olmayacak nisbetinde” kısmını anayasaya aykırı görerek iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesi şu şekildedir. Belediyelerin bu konuda farklı miktarlar belirlemesini anlaşılır bulmakla beraber bu belirlemenin “**ölçülü ve adil**” olması şartı ile takdir yetkisine tabi olacağını ifade etmekte ve bu şekilde alt sınır getirilmesini belediyeler arasında farklılaşmaya olanak tanımadığı için iptal etmektedir. En az %10 kar edilir derken üst sınırın belirtilmemesi Anayasa mahkemesini rahatsız etmemiştir

⁴⁷ Karar Sayısı: 2012/16, Karar Günü: 26.1.2012, R.G. Tarih-Sayı: 21.07.2012-28360.

Anayasa mahkemesi kararda “*bir kâr oranı esas alınır*” ibaresini ise anayasaya aykırı bulmamıştır. Anayasa mahkemesine göre sudan alınan bedel ücrettir ve belediyelerce sunulan hizmetlere karşılık talep edilen bedele ölçülü ve adil olarak belirlenen bir kâr oranının ilave edilmesinde Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır⁴⁸.

Anayasa Mahkemesi kararda bir hak olarak su hakkından, insan ve çevre bakımından öneminden bahsetmemiştir. Su için bir fiyat belirlense bile üst sınırının belirtilmemiş olmasının tüketici bakımından yaratacağı sorunlara dikkat çekmemiş ve sonuç olarak su tüketicisinin haklarının da korunmasına hizmet etmemiştir.

ADİL YARGILANMA HAKKI

Anayasa mahkemesi önüne gelen bireysel başvurularda tüketici mahkemelerinde görülen davanın niteliğini de dikkate alarak makul sürede yargılama yapılmadığına ilişkin kararlar vermiştir.

1-Başvurucu, 20/6/2007 tarihinde Şanlıurfa 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Tüketici Mahkemesi sıfatıyla) açtığı borçlu olmadığının tespitine ilişkin davada makul sürede yargılama yapılmadığını belirterek, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştü ve tazminat talep etmiştir. Dava sonunda, anılan tutarda borçlu olmadığının tespitine karar verildiğini, yargılamanın **5 yıl 9 ayda tamamlanmasının** Anayasa Mahkemesi makul sürede yargılanma hakkına aykırı bularak ihlal kararı vermiştir.

2- NATIK BIÇAK BAŞVURUSU⁴⁹nda Tüketici mahkemesinde açılan ve davada bir banka ile olan kredi ilişkisine dayanan menfi tespit talebiyle ilgili olarak davanın mahiyeti nedeniyle icrası gereken usul işlemlerinin niteliği başvuruya konu yargılamanın karmaşık olduğunu ortaya koymakla birlikte, davaya bütün olarak bakıldığında söz konusu **dokuz yıl bir aylık yargılama sürecinde**, makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır.

⁴⁸ Su hakkı konusunda bkz. T. Şirin, Uluslararası Su Hakkı Sempozyumu, Diyarbakır 5-6 Kasım 2010, s-51.

⁴⁹ NATIK BIÇAK BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2013/1562, Karar Tarihi: 26/6/2014.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

3-TAYLAN KAMIŞ BAŞVURUSU,⁵⁰ adil yargılanma hakkı bakımından tüketici mahkemelerinde yapılacak yargılamanın ivedilikle çözülmesine vurgu yapmaktadır.

“Adil yargılanma hakkı devlete, uyuşmazlıkların makul süre içinde sonuçlandırılmasını garanti edecek bir yargı sistemi kurma ödevi yükler. Tüketici mahkemesinde açılan alacak davasında derhâl bir yargı kararı verilmesinde, tüketici konumundaki başvuruçunun önemli bir kişisel yararı bulunmaktadır. Bu nedenle tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıkların ivedilikle çözülmesi hususunda yargı organlarının özel bir itina göstermesi gerekir.” Mahkeme “özellikle yargılamada sürati temin etmeye hizmet eden özel usul hükümlerinin dikkate alınmadığı” ndan hareketle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵¹.

4- DAVUT KOYUNCU BAŞVURUSU⁵²nda Anayasa Mahkemesi “kanun koyucu, tüketiciyi koruma amacını dikkate alarak genel mahkemelerin dışında özel bir tüketici davalarının yargılaması sistemi oluşturmuş ve bu davaların, konunun uzmanı mahkemelerce mümkün olduğunca hızlı, basit ve ucuz bir biçimde sonuçlandırılmasını amaçlamıştır “ gerekçesini de kullanarak makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

TOKİ KARARLARI

1- Göçmen Konutları Davası⁵³nda Başvuruçucu, Göçmen Konutları Projesi kapsamında alınan konut için avans olarak ödenen ve konut taksit ödemelerinden mahsup edilmeyen tutarın tahsili amacıyla Ankara 7. Tüketici Mahkemesinde açtığı davanın reddedildiğini belirterek, mülkiyet ve adil yargılanma hakları ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talep etmiştir.

Göçmen Konutları Projesi kapsamında avans olarak yaptığı ödemenin, davalı TOKİ'nin savunması doğrultusunda taksitlerden mahsup edilip edilmediği yeterince tartışılmamış, tarafların iddia ve savunmaları karşı-

⁵⁰ TAYLAN KAMIŞ BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2013/5709, Karar Tarihi: 17/3/2016.

⁵¹ Aynı yönde Güher Ergun ve diğerleri Başvurusu.

⁵² DAVUT KOYUNCU BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/1070, Karar Tarihi: 18.9.2014.

⁵³ Başvuru Numarası: 2013/4495, Karar Tarihi: 17.7.2014.

lanmamıştır. Bu nedenle, yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvuruçunun **gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği** ne karar verilmiştir.

5 yıl 2 ay 22 gün süren yargılama sonucunda Başvurunun konusu olan alacak davasında yargılama sürecindeki gecikmeler ayrı ayrı değerlendirildiğinde, Mahkemece yapılan yargılama süreçleri ve temyiz süreçleriyle beraber yargılamanın makul olmayan uzun bir süre olan 5 yıl 2 ay 22 günde tamamlandığı görülmektedir. **Tüketici mahkemelerinde görülen alacak davalarının niteliği, başvuruçudan taşıdığı değer ve başvuruçunun davadaki menfaati dikkate alındığında, bu sürenin makul olmadığı açıktır.**

2- Göçmen Konutları davası- Bulgaristan'dan 1989 da zorunlu göçe tabi tutularak Türkiye'ye geldiklerini, Ankara Pursaklar ve Bursa Kestel'de Göçmen Konutları Projesi kapsamında konut sahibi olabilmek için belli miktarda avans olarak ödeme yaptıklarını, daha sonra da konutların taksitlerini ödediklerini ancak avans ödemesinin taksitlerden mahsup edilmediğini, yaptıkları ödemelerin iadesi amacıyla açtıkları davaların Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu kararlar sonucunda kabul edilmediğini, Yargıtayın verdiği kararlar dikkate alınarak dosyada aleyhlerine hiçbir delil veya rapor bulunmamasına rağmen İlk Derece Mahkemelerince davaların reddine karar verildiğini, temyiz üzerine aynı Daire tarafından gerekçe gösterilmeksizin hükümlerin onandığını, benzer iddialarla açılan davaların Derece Mahkemeleri ve Yargıtay tarafından daha önce kabul edildiğini, aynı binada yan yana dairelerde oturan kişiler için farklı sonuçların ortaya çıktığını, Yargıtay tarafından davanın tarafları arasında eşitsizlik oluşturulduğunu, eşitliğin kamu kuruluşu lehine bozulduğunu, avans olarak ödedikleri bedellerin iade edilmediğini belirterek mülkiyet ve adil yargılanma hakları ile kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşler⁵⁴

Anayasa Mahkemesi davanın esasını etkileyecek delillere mahkeme kararında dayanılmadığı için adil yargılanma hakkının, karmaşık olmayan

⁵⁴ VİLDAN TUNABOYLU VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/2719, Karar Tarihi: 7.1.2016, Aynı yönde, SEYİTAHMET SEÇKİN VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2013/8637, Karar Tarihi: 7.1.2016, İBRAHİM ŞENDİL BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2013/4495, Karar Tarihi: 17.7.2014. *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)*

bu olayda yargılamanın bu kadar uzun sürmesinden makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir

3-Solmaz Erdinç Başvurusunda ⁵⁵ Başvurucu, TOKİ ile diğer karşı taraf yüklenici şirketler arasında yapılan sözleşme gereği yapılan binalardan bir daire satın aldığını, dairenin eksik ve ayıplı teslimi dolayısıyla açtığı davanın kısmen kabul edildiğini, TOKİ'nin taahhüt edilen kapalı yüzme havuzuna ilişkin sorumluluğu bulunmadığı sonucuna varılarak tarafına ödenmesine hükmedilen tazminattan kısmen sorumlu tutulduğunu, oysa reklamlarda kapalı yüzme havuzunun da vaat edildiğini ve TOKİ'nin de isminin geçtiğini, bu sebeple idareye güvenle hareket ederek söz konusu taşınmazı satın aldığını, derece mahkemelerinin hukuki görünüşün korunmasına ilişkin ilkeye aykırı karar verdiklerini, yüklenici şirketler TOKİ'ye vekâleten hareket ettikleri için esas olarak TOKİ'nin kapalı yüzme havuzundan da sorumlu olduğunu, somut olay, sözleşme ve kanun hükümlerinin mahkeme tarafından hatalı yorumlandığına ilişkin iddiaları açıkça dayanaktan yoksun bulunarak reddedilmiştir.

4- REMZİ KUŞ BAŞVURUSU ⁵⁶nda dava konusu sözleşmede yer alan hükmün haksız şart sayılıp sayılamayacağı konusundaki tespiti ve olayın taraflar arası sözleşme kapsamında yorumunun hâkimin takdir yetkisinde kaldığından hareketle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

SONUÇ olarak, tüketici haklarının gittikçe artan oranlarda anayasalarda tanındığı, bu alanda yasal koruma mekanizmaları getirildiği, mahkeme kararları ile hakkın koruma alanının geliştirildiği ve gittikçe uluslararası belgelerde doğrudan korunmaya çalışılan bir hak olarak ortaya çıktığı gözlemlenmektedir. Üzerinde tam bir uzlaşma olmamakla beraber tüketici

⁵⁵ SOLMAZ ERDİNÇ BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/2713, Karar Tarihi: 17.11.2014 Aynı Yönde FATMA TEKE BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/2715, Karar Tarihi: 17.11.2014, MUAMMER KAHRAMAN BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/2711), Karar Tarihi: 17.11.2014, FIRAT DURSUN BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/2709, Karar Tarihi: 17.11.2014, BERNA TEZCAN BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/2708, Karar Tarihi: 17.11.2014, AYŞE ÇOLAK BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/2287, Karar Tarihi: 17.11.2014, ALİ OSMAN KÖKSAL BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/1073, Karar Tarihi: 17.11.2014, DAVUT KOYUNCU BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/1070, Karar Tarihi: 18/9/2014.

⁵⁶ REMZİ KUŞ BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2013/731, Karar Tarihi: 8.5.2014.

haklarının bağımsız bir insan hakları olarak gören yaklaşım hiç de dayanaksız değildir. Ayrıca hakkın yaşam hakkı adil yargılanma hakkı gibi birçok hak ile yakın bağlantısı da dolaylı bir koruma sağlamaktadır. Ticaretin küreselleşmesi uluslararası korumanın önemini arttırmaktadır.

Türkiye örneğinde anayasada zaten korunan tüketici hakları son tahlilde özellikle anayasa mahkemesine yöneltilen bireysel başvurularla anayasada ve İHAS nde tanınan haklarla bağlantılı olduğu ölçüde korunabilmektedir.

TÜKETİCİLER, VERGİLER VE HAYALLER

(CONSUMERS, TAXES AND DREAMS)

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK*

*Many people want the government to protect the consumer.
A much more urgent problem is to protect the consumer from the
government.*

Milton Friedman

ÖZET

Vergi mükellefleri aynı zamanda tüketicidirler, tüketiciler de birçok halde vergi mükellefidirler. Bu nedenle tüketicilerin vergi problemleri aynı zamanda vergi mükelleflerinin problemleridir. Bu makalede gerek tüketici hakları gerekse mükellef hakları bakımından vergi sistemimizde mevcut bazı eksikliklerimiz inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Vergi hukuku, tüketici, tüketici hakları, vergiler, vergi mükellefi, mükellef hakları, hukuk devleti.

ABSTRACT

Taxpayers are also consumers and in many cases consumers are taxpayers also. For this reason, legal problems of consumers on taxation are also the legal problems of the taxpayers. In this essay, legal problems arising out of our taxation system are analysed from the aspect of both the consumers' and the taxpayers' rights.

Keywords: Tax law, consumer, consumer rights, taxes, taxpayer, taxpayers' rights, state of law.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: huzelturk@superonline.com

I. Tespitler

Bazı konuların ifade edilmesi de anlaşılması da zordur. Bu bazen mevzuattan, bazen anlatandan bazen de anlatılıandan kaynaklanır. Bunların doğru ifadesi ise sistemde önemli düzeltilmeler sağlayabilmektedir.

İki örnek verelim: Ülkemizde vergi iadesi kaldırılıp yerine çocuk sayısına dayalı asgari geçim indirimi geldiğinde bir vatandaş şu soruyu sorabilmişti: “Şimdi biz fiş toplamayıp, yerine çocuk mu yapacağız?”. Ülkemizde sıkça çıkarılan vergi afları konusunda ise M.Ö. 427–347 yılları arasında yaşamış olan Platon meşhur Devlet isimli eserinde doğru adamın her işte doğru olmayan karşısında zararlı çıkacağını, her ikisinin malı eşit olsa bile doğru adamın çok diğerinin az vergi vereceğini ifade etmektedir. Bu durumda demek ki aradan geçen 2500 yıla yakın zamanda dürüst mükellef bakımından değişen pek bir şey yoktur. Doğru olanlar yanlış mevzuat sebebiyle kaybetmeye mahkûmdur.

Vergi mükellefleri aynı zamanda tüketicidirler, tüketiciler de birçok halde vergi mükellefidirler. Bu nedenle tüketicilerin vergi problemleri aynı zamanda vergi mükelleflerinin problemleridir. Bu nedenle bu genel vergi problemlerinden bahsetmek gerekir. Bunun yanında tüketicilerin yaptıkları bazı işlemler sebebiyle özel olarak ortaya çıkan vergi problemleri de vardır. Tüketim üzerinden alınan vergiler mevcuttur. Bunlardan da ayrıca bahsedilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede tüketici hakları aynı zamanda mükellef haklarıdır. Bakış açısı da bu pencere olmalıdır.

Konuya tüketicilerin en fazla ödedikleri vergi grubu açısından bakarsak, karşımıza çıkan ayırım dolaylı ve dolaysız vergi ayırımıdır. Doğrudan vergiler genel bir ifade ile mükellefleri belli olan gelir vergisi ve kurumlar vergisi gibi vergilerdir. Dolaylı vergiler ise mükellefi önceden belli olmayan, vergiye konu olan olayla bağlantı kuranların ödedikleri vergilerdir. Bunlara örnek olarak da Katma Değer Vergisi ve Özel Tüketim Vergisi verilebilir. Bunlar aynı zamanda çeşitli ülkelerde tüketim vergisi olarak alınan vergilerden bazılarıdır.

Dolaylı vergiler; tüm tüketicilerin satın aldıkları mal veya hizmetlerin içinde ödedikleri vergiler olup, lehindeki bazı görüşlere rağmen, en adaletsiz vergiler olarak kabul edilirler. Zira vergi adaletinde temel prensip az kazananın az, çok kazananın çok vergi alınmasıdır. Oysa, dolaylı vergileri gelir düzeyi ne olursa olsun tüm tüketiciler aynı miktarda öderler. Aldıkları mal veya hizmetin fiyatı içinde yer aldıklarından vergi kültürü ve

bilinci kavramları bakımından da problem yaratırlar. Bununla birlikte vergilerin toplanma kolaylığı sebebiyle hükümetlerin tercih ettiği vergi grubudur.

Klasik doktrinde dolaylı ve dolaysız vergi dengesinin sağlanması gerekmektedir. Bu ülkelerin gelişmişlik seviyelerini gösteren bir kriterdir. Bu konuda Avrupa Birliği ortalamaları da, sosyal güvenlik katkıları dışında, bu şekildedir¹. Ülkemizde ise uzun yıllardır dolaylı vergiler lehine yaklaşık %30 - %70 oranları mevcuttur. Bu durumun vergi sistemine çok fazla olumsuz yansımaları vardır. Bunlar arasında özellikle kayıtdışı ekonomi ciddi bir sorundur. Ayrıca denetim, gelir dengesizliği, vergi kaçırma, vergi algısı, rekabet gibi birçok farklı sorun da bu kapsamda sayılabilir.

Görüleceği üzere tüketicilerin özel vergi problemleri yanında vergilerin genel bazı problemleri mevcuttur. Bunlar aynı zamanda mükelleflerin problemleri olduğu için mükellef hakları kavramını da tüketicilerin vergi hakları kavramıyla aynı kapsamda incelemek gerekmektedir.

Dünya üzerindeki bazı uygulamalar da bu yöndedir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde New York eyaletinde tüketicilerin bu yönde bazı hakları mevcut olup vergilerini beyan ederken olabilecek haksızlıklara karşı kendilerine hukuki koruma sağlanmıştır. New York Eyaleti, bu konuda ayrıca, mükellef hakları avukatı ofisi imkânını da sağlamaktadır². Bu konuda 2003 senesinden itibaren Vergi Konseyi çalışmaları sırasında yaptığımız öneriler maalesef halâ hayata geçirilememiştir.

Bu çerçevede gerek tüketici hakları gerekse mükellef hakları bakımından vergi sistemimizde mevcut bazı eksikliklerimiz şu şekilde belirlenebilir:

¹ Biltekin Özdemir, "Vergi Sistemlerinde Dolaysız Vergilerden Dolaylı Vergilere Kayış ya da Tüketim Vergilerinin Artan Ağırlığı", *Maliye Dergisi*, Sayı 157, Temmuz-Aralık 2009, s.22.

² <http://www.tax.ny.gov/tp/cbr/> (Taxpayers who use the services of paid tax preparers are entitled to protection from unfair treatment. While most tax preparers act within the law and treat their clients fairly, there are some that don't. This *Consumer Bill of Rights Regarding Tax Preparers* (available in other languages) describes your rights and contains important information about how to protect yourself from unfair practices.) Bu konuda 2003 senesinden itibaren Vergi Konseyi çalışmaları sırasında yaptığımız öneriler hayata hala geçirilememiştir.

Gelir idaresi sisteminde köklü değişiklikler yapılması gerekmektedir. Günümüzdeki sistem iyiniyetli çalışanlarına rağmen ihtiyaçlara cevap vermemektedir.

Denetim konusunda yıllardır ertelenen adımların atılması lazımdır. Denetim kadroları Türkiye'nin artan ihtiyacına yetmemektedir. Bu nedenle toplumda denetimlerin yeterince yapılmadığı ve vergi kaçakçılığının önlemediği düşüncesi hakimdir. İncelemeler konusunda getirilen yeni sistem içinde barındırdığı hukuka aykırılıklar sebebiyle mutlaka gözden geçirilmelidir.

Kayıtdışılığın önlenmesi konusunda birçok söz verilmesine ve hazırlıklar yapıldığı belirtilmesine rağmen sonuç verici bir çalışma ortaya konulmamıştır. Bugün, örneğin, kayıtdışılığın temel sebeplerinden olan fiş ve fatura alınmaması bütün ağırlığıyla devam etmektedir.

İstihdam üzerindeki malî yükler de kayıtdışı istihdam bakımından çözümlenmesi gereken ama halen çözümlenememiş konulardandır.

İdari düzenlemelerde ve uygulamalardaki hukuk eksikliği bugüne kadar giderilememiştir.

Hukuk eksikliği sonucunda artan ihtilaflar mükellef, yargı ve idare arasında zaman ve emek israfına yol açmakta, adalete zamanında ulaşamayanlar vergi sistemine güvensizlik duymaktadırlar. Son dönemlerde vergi kaçağı oranlarındaki artışlar bu eksiklikten kaynaklanmaktadır. İdarenin yıllardır kaybettiği davalarda bugün hala aynı savunmayı yapması ise anlaşılabilir bir durum değildir. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararları sonrasında oluşturulan yeni düzenlemelerin eskisi ile aynı paralelde düzenlemeler getirmesi hem yargının fonksiyonunu hem de mükelleflerin adalet anlayışlarını rencide etmektedir.

Vergilendirmede Anayasada yer alan temel vergi ilkeleri aşınmış ve yapılan düzenlemeler gerekli araştırma, inceleme, veri toplama eksiklikleri yanında ekonomik sonuçlar bakımından da zayıf kalmıştır. Bugün bazı vergi düzenlemeleri açık bir şekilde hukuka aykırı bulunmaktadır. Bunların acil olarak düzeltilmesi gerekmektedir.

Anayasa m.73/4'de yer alan Bakanlar Kuruluna verilen yetki ile ilgili son paragraf acil bazı durumlar dışında kaldırılmalıdır. Aksi halde yürütme organı da özellikle istisna ve muafiyetler yoluyla T.B.M.M. tarafından yapılması gereken bir görevi sürdürmektedir.

Türk Vergi Sistemi uygulamasında verginin vergisinin alındığı görülmektedir. Buna örnek olarak iletişim ve akaryakıt üzerinden alınan KDV ve ÖTV gösterilebilir. Bu durum mükellef ve tüketici haklarına aykırıdır.

Vergi cezalarında yıllardır hazır olan metinler uygulamaya geçirilememiştir. Cezaların caydırıcı olmaması ve etkili uygulanamaması dürüst olan ve olmayan mükellefler arasındaki farkı ortadan kaldırmış, Mecliste gerekli çoğunluklara uymadan kabul edilen ve adalet duygularını rencide eden af kanunları ve subjektif uzlaşma sonuçları gibi uygulamalar ise vergisini zamanında ve doğru olarak ödeyenleri cezalandırır hale getirmiştir.

Vergi düzenlemelerindeki sürekli yapılan değişiklikler hem zaman hem de güven bakımından sorunlar yaratmış sistem bütünlüğü tamamen kaybolmuştur. Yapılan düzenlemelerin reform adı altında başlayıp sadece torba kanunlar şeklinde anlaşılmasız, düzensiz ve birbirinden kopuk küçük revizyonlara dönüşmesi yanında bağlantılı tali mevzuatın karmaşık, kanunlarla çelişkili, mükellefler tarafından anlaşılmasız bir hale gelmesi durumu ve problemleri daha da içinden çıkılmaz hale getirmektedir. Özellikle uluslararası bağlantı eksiklikleri dikkat çekmektedir.

Verilen muktezalardaki farklılıklar mükelleflerin gözünde konuya vergi idaresince de vakıf olunamadığı veya net bir görüş oluşturulamadığı intibainı uyandırmaktadır. Bu durum İdarenin aleyhine işlemektedir. Ayrıca, bunların vergi ilişkisindeki taraflardan birisi olan ve hukuken mükellefle eşit konumda bulunan İdare'nin görüşleri olması ve vergi hukuku bakımından bağlayıcı kaynaklardan olmaması sebebiyle kanun düzenlemelerinin ön planda tutulması gerekmektedir.

Mükellef bilinci yanında vergi uygulayıcılarının da bilincinin geliştirilmesi gerekir. Bu çerçevede mükellef haklarının anlamı, oluşturulması ve yapılan uygulamaların yeniden değerlendirilmesi yanında bu konuda çağdaş uygulamalar ve ülkemizin bağlı olduğu sözleşme, anlaşma ve kararlar dikkate alınmalıdır. Bugün mükellef haklarının sadece sözde kaldığı inancı mükellefler arasında yaygın bir inanıştır. Bunun için Mükellef Hakları Bildirgesiyle uygulamayı karşılaştırmak bile yeterlidir.

Bütçe disiplininin sağlanması ve bütçe kurallarına uyulması gerekmektedir. Aksi halde vergiler ne kadar artırılırsa artırılın başarı sağlanamaz. Bu konuda özellikle Sayıştay Raporları ile ilgili olarak ülkemizde yaşanan olumsuzluklar ve hukuka aykırılıklar giderilmelidir.

Beyanname yöntemine ağırlık verilmek suretiyle stopaj usulünün azaltılması gerekmektedir. Ancak bu sayede dolaylı-dolaysız vergi denge-sinin kurulması ve adil bir vergilendirmeye geçilmesi mümkündür.

Vergi rakamları konusunda toplumu doğru şekilde bilgilendirerek, vergilerin harcanması konusunda şeffaflık sağlanması gerekmektedir. Bu konuda bazı batılı ülkelerdeki çağdaş uygulama örnekleri bizde de olmalıdır.

Yıllardır çeşitli vergiler üzerindeki ağır yüklere rağmen değişikliklere gidilmemesi mükelleflerin iyi bir vergi sistemi oluşturulabileceği yönündeki zayıf umutlarını tamamen ortadan kaldırmaktadır. Yıllardır ifade edilen bütçe problemleri de yapılan harcamalar kapsamında artık gerçekçiliğini yitirmiştir.

Burada hepsine yer veremediğimiz vergi ile bağlantılı diğer alanlarda da gerekli eksiklikler giderilmelidir. Bugün vergi mevzuatında birbiriy-le çelişen birçok düzenleme varlığı devam ettirmektedir. Tüketici sorunları ayrıca bu çerçevede de değerlendirilmelidir.

II. Bazı Uygulama Problemleri

Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında 14.12.2004 tarihli 2004/8327 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı gereğince 1.1.2005 tarihinden itibaren indirimli MTV uygulaması başlatılmıştır. Uygulama gereğince, otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtı ve benzeri araçlar bakımından ödenecek olan vergi tutarlarının, aracın o yıla ait kasko sigortası değerinin %5'ini aşması halinde, MTV aynı yaş grubunda bir alt kademedede bulunan taşıtlara isabet eden vergi tutarı olarak uygulanır. Zamanaşımı süresi 5 senedir. Bununla birlikte kasko sigortası bedelinin temin edilmesi sorun yaratmaktadır. Zira, bunun için sigorta acentesine başvurarak kasko değer bildirim formu düzenlenmesi gerekmekte, bu belgenin hazırlanması zaman aldığı için genellikle Ocak taksidi kaçırılmakta, tam değer üzerinden ödenmektedir. Bunun yerine bu tutarların vergi dairelerinde yer alması ve bu uygulamayı talep eden mükellefler bakımından veya otomatik olarak uygulanmalıdır. Keza, internet ödemeleri bakımından da bu ihtimal dahilinde işaretlenecek bir kutucuk getirilebilir.

Kaynak Kullanımı Destekleme Fonu: KKDF olarak bilinen Kaynak Kullanımı Destekleme Fonu Bakanlar Kurulu'nun 88/12944 sayılı kararı ile Merkez Bankası nezdinde kurulmuş olup, hukuki dayanağı 3182 sayılı Bankalar Kanunu'dur. Bu fonun uygulaması, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tebliğleri uyarınca yürütülmüştür. Bu Kanun'un yerini alan 4389 sayılı Kanun'da Bakanlar Kurulu'nun yetkisi devam etmiştir. Daha sonra 2001 senesinde çıkarılan 4684 sayılı Kanun'la Bakanlar Kurulu'na verilen bu yetki kaldırılmış ve düzenleme 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Fakat aynı Kanun'un geçici 3/a maddesi ile KKDF kesintilerinin bu konuda yeni bir düzenleme yapıncaya kadar yürürlükten kaldırılan hükümlere göre tahsil edileceği belirtilmiştir. Bugünkü KKDF uygulaması hukuka aykırı bir şekilde bu madde ve Merkez Bankası'nın 31.12.2001 tarih ve 2001/4 sayılı genelgesine göre yapılmaktadır. Bir başka ifade ile Kanunla yürürlükten kaldırılmış olan bir madde esas alınmaktadır. Bir İdare düşünün. Önce fonun tahsil edilebileceği kanun maddesini kaldırıyor. Sonra geçici madde koyup, kaldırılan maddeye göre tahsilât devam edecektir diyor. Görüldüğü üzere KKDF kesintisi yapılmasını öngören Bakanlar Kurulu kararı ve buna bağlı Merkez Bankası genelgeleri 4684 sayılı kanunun KKDF'nu kaldırın 16/e maddesinin yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihi itibariyle yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. Keza bu konuda Bakanlar Kurulu da 2001 yılında aldığı kararla aynı sonuca ulaşmıştır. Dolayısıyla bu tarihten itibaren getirilen her türlü düzenleme ve yapılan KKDF tahsilâtı hukuka aykırıdır. Bu durumu yansıtmayan yargı kararları da hatalı ve hukuka aykırıdır.

İdare'nin Dava Açacak Mükellefleri Yanıltması: 2007 senesinden bir örnek verelim. Yeni Malî Tatil müessesemiz 5604 sayılı Kanun'la getirilmiş, 28.3.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Buna göre malî tatil bu sene 3 Temmuzda başlayıp 20 Temmuz akşamı son bulacaktır. Gümrük idareleri, il özel idareleri ve belediyeler tarafından tarh ve/veya tahsil edilen vergi, resim ve harçlarla ilgili olarak malî tatil uygulanmayacaktır. Beyana dayanan ve beyanname verme süresi malî tatil nedeniyle uzamış olan vergilerde ödeme süresi (aynı ay içerisinde kalmak kaydıyla), uzayan beyanname verme süresinin son gününden itibaren üçüncü günün mesai saati bitimine kadar uzamış sayılmaktadır. Son günü malî tatile rastlayan bazı süreler, Kanun metninde tatilin son gününü izle-

yen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılmaktadır. Bu sürelerin yanında malî tatil süresince Kanun metninde yer alan bazı işlemler yapılamayacak ve bazı süreler işlemeyecektir. Bunlardan bir tanesi de dava açma süreleridir. 5604 sayılı Kanun'a göre "Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre belirli sürelerde yapılması gereken muhasebe kayıt süreleri, bildirim süreleri ve vergiyle ilgili işlemlere ilişkin dava açma süreleri malî tatil süresince işlemez. Belirtilen süreler malî tatilin bitiminden itibaren tekrar işlemeye başlar."

Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından hazırlanan "1 Sıra No'lu Mali Tatil Uygulaması Hakkında Genel Tebliğ Taslağı"nda "Dava Açma Süreleri" konusunda açıklamalar yapılarak örnekler verilmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 61. maddesinde "Bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri her yıl ağustosun birinden eylülün beşine kadar çalışmaya ara verirler." hükmü getirilmiştir. Bu kapsamda adli tatil 1 Ağustos-5 Eylül arası uygulanacaktır. Dava açma süresinin mali tatile rastlaması halinde süre, mali tatil süresince işlemeyecektir. Mali tatil nedeniyle uzayan dava açma süresinin son günü adli tatile denk gelirse tatilin bitimini izleyen günden itibaren dava açma süresi yedi gün uzayacaktır. İdare, 18 Haziran 2007 tarihinde mükellefe tebliğ edilen ve malî tatil sebebiyle dava açma süresi olan 30 gün uzatarak adli tatil içerisinde kalan örnek olayda dava açma süresini çalışmaya ara vermenin sona erdiği günü (5 Eylül 2007) izleyen günden itibaren yedi gün uzatarak söz konusu sürenin son gününün 12 Eylül 2007 tarihi olacağını belirtmiştir. İdare'nin bu açıklamasına göre işlem yapan mükellefler açtıkları davaları süre aşımı sebebiyle kaybedeceklerdir. Zira Kanun metninde dava açma süresi 1 Ağustos-5 Eylül arası olarak gösterilmiştir. Bu durum kanun metninde 5 Eylül tarihine kadar ifadesiyle yer almıştır. Kadar ifadesi 5 Eylül'ün adli tatile dahil olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla son dava açma tarihi 12 Eylül 2007 değil 11 Eylül 2007 olacaktır. İdare burada sürenin hesaplanmasında yanılmıştır. Mükelleflerin süresinde dava açmaması ise İdare'nin istediği rakamın kabul edilmesi demektir. Bu durumda mükellefler bakımından sadece yargı hakkı kaybedilmemekte, maddi kayıplar da ortaya çıkmaktadır. Geçmiş uygulamalarda bu bir gün sebebiyle dava açma süresini kaçıran ve haklı oldukları davaları kaybeden, maddi açıdan çok ciddi kayıplara uğrayarak zorda kalan çok sayıda mükellef ve verilmiş karar bulunmaktadır.

Vergilerde Uzlaşma: Anayasamızın 73. maddesine göre vergi kanunla konur, değiştirilir ve kaldırılır. Bu kurala bugün başta İdare olmak üzere uymasa da bu böyledir. En azından vergilerde çağdaş medeniyet seviyesini yakalamış ülkeler için. Şeklen kanun metni olan bazı düzenlemeler içerik yönünden gerekli hukuki şartları taşımadıkları için bir kanun metni olarak kabul edilmezler. Vergide belirlilik ilkesi kanun metninde olması gerekenleri belirleyen bir ilkedir. Aksi halde yapılan düzenleme veya oluşturulan metin bir kanun metni olamayacaktır. Uzlaşma müessesesi de bu şekildedir. Uzlaşmanın sadece kanunla düzenlenmiş olması yeterli değildir. Kanun metninde uzlaşma ile ilgili temel düzenlemeler de yer almalıdır. Burada örnek olarak uygulamada en çok problem yaratan husus olan vergi ve cezaların tamamının veya büyük bir kısmının ortadan kaldırılmasında görüldüğü gibi İdarenin herhangi bir şekilde kararlarında sınırlandırılmasıyla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu tür bir düzenleme olmadığında İdare kararlarında keyfi davranışlar ortaya çıkmakta, herkesin ödediği vergi farklı olduğundan vergi adaleti de sağlanamamaktadır. Bunun da ötesinde yapılan uygulama ve mevcut düzenleme Anayasamızın 73. maddesindeki düzenlemeye aykırı olmaktadır. Uzlaşma konusunda İdare'nin kullandığı bu sınırsız yetki aslında kanun yoluyla kullanılması gereken bir yetkidir. Bu durumda Anayasa m.7. maddesi kapsamında hukuka aykırı olan yasa-yetkisinin devri söz konusu olmaktadır. Yetki devri konusu doktrinde tartışılmış ve çeşitli Anayasa Mahkemesi kararlarında da aşağıdaki gibi yer almıştır³:

Kanun koyucu esaslı hükümleri saptadıktan sonra hükümete yetki verebilir (K.1985/7)

Kanun koyucu hükümete yetki verirken bunun sınırlarını ve çerçevesini de kanunla belirtmelidir (K.1965/12 ve K.1965/57)

Kanunun emrine dayanarak, yürüme organınca alınacak önlemler, objektif nitelik taşımalı, keyfi uygulamalara sebep olacak çok geniş takdir yetkisi vermemelidir (K.1966/6 ve K.1985/7)

Kanunun Anayasadaki yetkinin devredilmezliği ilkesine aykırılığı, belirli konularda temel kuralları ve ilkeleri koymaması, çerçeveyi çizmemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı idarenin düzenlemesine bırakmasıdır (K.1988/8).

³ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul-2004, s. 17 vd.

Tahsilât: Maliye Bakanlığı tarafından 2007 senesinde 130.000 esnafın hesaplarının bloke edilmesini ardından oluşan tepkiler yapılan uygulamanın hatalı olduğu yolundaydı. Daha sonra bu uygulamalara son verilmesi için İdare tarafından bankalara yazı yazıldı. Bu kapsamda, daha önce bankadaki bütün para bloke edilebilmekteyken, son durumda haciz konan gün hesapta ne varsa o kadarının icraya konulabileceği, daha sonra gelen paralara ise haciz uygulanmayacağı ifade edildi. Bugün hala bu problem sebebiyle açılan davalar devam etmektedir. Konya Vergi Dairesi Başkanı, 13 Kasım 2007 tarihli Dünya Gazetesi'nde "toplular haciz uygulaması bir yönüyle Gelir İdaresi Başkanlığı'nın istihbarat ve teknolojik altyapısının eriştiği seviyeyi gösterdi." diyerek, uygulamadaki sorunların bankaların 6183 sayılı Kanun uygulaması konusundaki bilgi eksikliklerinden kaynaklandığını belirtmektedir. Bankalar böyle mi düşünüyor bilinmez ama konu aynı zamanda İdare'nin bir türlü ulaşamadığı hukuk seviyesini de açıkça göstermektedir.

G.V.K.'nun geçici 55. maddesi kapsamında bir mükellef hakkı hikâyesi: Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 55. maddesine göre, 1.1.1999–31.12.2005 tarihleri arasında elde edilen ve tevkif suretiyle vergilendirilmiş bulunan Gelir Vergisi Kanununun 75. maddesinin 7, 12 ve 14 numaralı bentlerinde yazılı menkul sermaye iratları, menkul kıymetler yatırım fonları katılma belgelerine ödenen kâr payları veya bu fonların katılma belgelerinin İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında alım satımından elde edilen kazançlar ile Türkiye'de Kurulu vadeli işlem ve opsiyon borsalarında yapılan işlemler sonucunda elde edilen kazançlar için yıllık beyanname verilmez. Diğer gelirler nedeniyle beyanname verilmesi halinde de bu gelirler beyannameye dahil edilmez. Ticari işletmeye dahil olan bu gelirler, bu maddenin kapsamı dışındadır. Aynı Kanun'un 75. maddesinin 7. bendi düzenlemesine göre mevduat faizleri (Bankalara, bankalara, tasarruf sandıklarına, tevdiat kabul eden diğer müesseselere yatırılan vadeli, vadesiz paralara ödenen faizler, bunlar dışında kalan kişi ve kuruluşlardan devamlı olarak para toplama işi ile uğraşanların her ne şekilde ve ad altında olursa olsun toplanan paralara sağladıkları gelirler ve menfaatler ile bankalar ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa göre kurulan aracı kurumlar arasındaki borsa para piyasasında değerlendirilen paralara ödenen faizler de mevduat faizi sayılır.) menkul sermaye iradı sayılmaktadır. Bu düzenleme-

ler çerçevesinde vergi mükellefi ile ilgili girişimlere başlayan İdare önce zamanaşımına engel olmak amacıyla çok uygulanan bir yöntem olan takdir komisyonuna sevk kararı almış ve kendisi hakkında 1999 senesinde elde ettiği mevduat faizi geliri için beyanname vermediği gerekçesiyle vergi matrahını re'sen tarhiyat çerçevesinde takdir etmiştir. Komisyon matrahı takdir ederken kendi ifadesine göre, “...**adı geçen mükellefin dosyasının tetkiki ve yapılan araştırmalar neticesinde...**” karar vermiştir. Mükellef bunun üzerine 1999 senesi mevduat faizleri için belirlenen sınırlar dahilinde beyanname vermenin gerekmediğini, bu hususun G.V.K.’nun geçici 55. maddesinde açık olarak yer aldığını, bu durumun Vergi Usul Kanunu m.116 çerçevesinde bir vergi hatası olduğunu belirterek durumun düzeltilmesini talep etmiştir. İdare cevabında, mükellefin 1999 senesi menkul sermaye iradı geliri için beyanname vermemesi sebebiyle takdir komisyonuna sevk edildiğini ve takdir edilen matrah üzerinden gerekli tarh işlemlerinin yapıldığını belirterek, “...**dilekçeniz ile talep etmiş olduğunuz hususlarla ilgili olarak dairemizce yapılacak bir işlem bulunmamaktadır...**” cevabını vermiştir. Bunun üzerine mükellef sözkonusu işleme karşı dava açmaya karar vermiş fakat dava açmadan hemen önce tekrar vergi dairesine giderek yapılan işlemde açık bir hata bulunduğunu, dava yoluna gitmeyi düşündüğünü fakat bu kadar açık bir konuda dava açmanın kendisine makul gelmediğini belirterek durumun bir kere daha gözden geçirilmesi istemiştir. İdare mükellefe şifahen isterse dava yoluna gidebileceğini belirtmiştir. Görüldüğü üzere İdare tarafından mükellefe makul, açık bir izahat verilmemiştir. Yapılacak bir işlem yoktur ifadesi mükellef bakımından yeterli bir cevap değildir. İdare bırakın cevap vermeyi, konuyu izah etmeyi bir de mükellefi dava açmaya teşvik etmiştir. Konu yargıya gidecek, kendisinden çıkacaktır. Bu cevabı veren İdarenin kendileri tarafından hazırlana mükellef hakları bildirgesinde mükelleflere şu sözler verilmiştir:

Açık, güvenilir, zamanında ve yeterli bilgi ile hizmet vereceğiz.

Vergi ile ilgili yükümlülüklerinizin yerine getirilmesinde sizlere her türlü kolaylığı sağlayacağız.

Yaptığımız işlemlerde ve gerçekleştirdiğimiz düzenlemelerde vergi kanunlarının adil, hukuksal, tarafsız ve rekabeti koruyucu bir şekilde uygulanmasını esas alacağız.

Vergi cennetleri: Ülkemizde de vergi planlamalarında dikkate alınacak hususlardan birisi de vergi cennetleridir. Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 30(7). maddesine göre, "Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde yerleşik olan veya faaliyette bulunan kurumlara (tam mükellef kurumların bu nitelikteki ülkelerde bulunan iş yerleri dahil) nakden veya hesaben yapılan veya tahakkuk ettirilen her türlü ödemeler üzerinden, bu ödemelerin verginin konusuna girip girmediğine veya ödeme yapılan kurumun mükellef olup olmadığına bakılmaksızın % 30 oranında vergi kesintisi yapılır. "Bu maddede geçen ülkeler Bakanlar Kurulunca ilan edildi mi? Hayır. Kanun 2006'da çıktı, neredeyse 2015'e giriyoruz. Hala bekliyoruz.

Hukuka aykırı alınan vergilerde mükellefin korunması: Hukuk devletinde vergilerin de hukuka uygun olması gerekir. Anayasamızın 73. maddesinde belirtilen ilkeler çerçevesinde oluşturulmayan bir vergi sisteminin hukuka uygun olduğundan bahsetmek de mümkün değildir. Verginin iki tarafı olan devletle mükellefin de bir hukuk devletinde oluşan hukuka aykırı işlemlerde uğradıkları kayıplar bakımından dengenin sağlanması gerekmektedir. Vergiler alanında devletin kayıpları söz konusu olduğunda mükellefin gecikme faizi ödemesi ile bu denge kurulmak istenmesine karşılık, devlet tarafından mükelleften hukuka aykırı olarak alınan vergiler bakımından bu dengenin mevzuat yönünden kurulmamış olduğu görülmektedir. Bu nedenle vergilerini geciktiren mükellef bakımından müeyyide söz konusu iken hukuka aykırı alınan vergilerin yargı kararı sonrası ödenmesinde bu denge mükellef aleyhine bozulmaktadır. Bu durum adalet duygusunu rencide ettiği gibi, bu haksızlık vergi kaçırma konusunda mükellefin de gerekçesi olabilmektedir. Devletin hukuka aykırı olarak aldığı bu vergilerin iadesi sırasında mükellefe bu işlemde dolayı uğradığı zararın devlet tarafından ödenmesi gerekmektedir. Bu konuda mevzuat eksiklikleri yargı kararlarıyla giderilmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin 1998/79 sayılı kararına göre, idarenin hukuka aykırı davranışları karşısında uğranılan zararlar hukuk devleti ilkesi kapsamında tazminat yoluyla giderilmelidir. Bu kapsamda Danıştay 7. Dairesi'nin 2005/239 sayılı kararı yanında,

7. ve 9. Dairelerinin müşterek kurulunda verilen 2005/968 sayılı kararda şu hususlara değinilmektedir⁴:

Ekonomilerde paranın sahibi dışındaki kişi ve kuruluşlarca kullanılması sahibinin bu ekonomik değerden mahrum kalması sonucunu yaratır.

Hukuk sistemlerinde paranın sahibinden başkası tarafından kullanılmasının neden olduğu bu zarar, faiz adı altında yapılan ek ödemelerle karşılanmaktadır.

Bu durumda faiz, paranın sahibinden başkası tarafından kullanılmasının sahibine vermiş olduğu zararın karşılığı yani tazminattır.

Hukuk devletlerinde, açıklanan nitelikteki zararın faiz ya da başka bir ad altında ödenecek tazminatla karşılanabilmesi için açık yasa hükmü aranması düşünülemez.

Hizmet kusuru oluşturacak hukuka aykırı vergilendirme işlemlerinden vergi mükellefleri için doğan zararların, işlemi yapan vergi idaresi tarafından karşılanması açıklanan anayasal kuralın ve hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

Çok açık bir biçimde ortaya konan bu görüş daha önceden verilen Danıştay kararlarındaki yasal dayanak gerektiği yönündeki kararlar da dikkate alındığında özellikle mükellefler bakımından doğru açılımlar getirmiştir. Danıştay 4. Dairesi tarafından verilen 2005/2261 sayılı karar da bu yöndedir.

Vergi Usul Kanunu'nun 112. maddesinin son fıkrasında yer alan hüküm devlet ve mükellef arasındaki hukuki dengenin kurulamadığını ve mükellef aleyhinde olduğunu açıkça göstermektedir. Burada yer alan üç aylık ödeme yapılmaması ile ilgili düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin K.2011/37 sayılı iptal kararı sonrasında 31.5.2012 tarih ve 6322 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenmesine rağmen hukuka aykırılık giderilmemiştir. Ayrıca İdare tarafından tecil faizi ödenmesi hukuka aykırılığı bir kat daha arttırmaktadır. Üstelik İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına rağmen bu durum devam etmektedir. Maddede yer alan şartların gerçekleşmesindeki adaletsizlikler bir yana oranlar bakımından da eşit değildir. Mükellef devlete hangi şartlarda ve oranlarda ödüyorsa devlet de mükellefe onu ödemelidir. Bu nedenle madde anayasaya ve hukuka aykırıdır.

⁴ Turgut Candan, *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*, Ankara-2006.

Kaçak: Ülkemizde o kadar çok kaçak var ki: su kaçak, elektrik kaçak, akaryakıt kaçak, işçi kaçak, vergi kaçak, köprüden geçişler kaçak, binalar kaçak, gümrüklerden geçen bazı mallar kaçak. Maliye Bakanlığı'nın kendi incelemesinin sonucudur: İncelenen sektör 17 ve "Vergi kaçırmayan sektör yok". Bu kaçakların bir kısmı af kanunlarıyla ortadan kaldırılıyor. Örnek, köprü geçişleri ve vergiler. Çözüm nasıl olmalı sorusu bakımından devletin elektrik kaçağı için bir çözüm getirdiğini görüyoruz. Kayıp-Kaçak elektrik bedeli. Dürüst tüketiciler ödüyor. Kaçakçılar ödemiyor. Devletin çözümü bu. Elektriğin iletimi aşamasındaki kayıplar da buna dahil. Yani kurumların hataları da tüketicinin üzerinde. Biliyorsunuz son dönemde tüketiciler lehine kararlar çıkıyor ve tüketiciler bu bedelleri geri alabiliyor. Yakında bir kanun çıkarılıp da bu bedeller yeniden istenirse hiç şaşırılmamak gerekir. Zira uygulamaya bakınca beklenen bu oluyor. Komedi burada bitmiyor. Bir de dünyada benzeri olmayan bir uygulamanın olduğu TRT payı var. Üstelik TRT üstüne üstlük kayıp-kaçak bedeli üstünden kendi payının verilmesi için Danıştay'a gidip davayı da kazanıyor. Bunun anlamı TRT hukuka aykırılıktan da pay istiyor. Tüketici hakkı nerede sorusunun cevabı maalesef yok.

Özel Mükellefler: Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nda yer alan 4 numaralı liste okunduğunda aslında özel tüketim vergisinin genel tüketim vergisi olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca ÖTV matrahı da KDV matrahına dahil edildiğinden verginin de vergisini ödenmektedir. Dolaylı vergiler alanında en fazla ihlal edilen tüketici hakları buradan kaynaklanmaktadır. Bu listenin de birkaç madde dışında tamamen kaldırılması gerekmektedir.

SMS yoluyla vergilendirme: SMS iletişim alanında çok kullanılan uygulamalardan bir tanesidir. Her ne kadar teknoloji geliştikçe daha yeni uygulamalar çıksa da yaygın bir kullanım alanı vardır. Kişiler gönderdikleri, vergilerle ilgili mesajlar da dahil olmak üzere, mesajlar vasıtasıyla veya verdikleri siparişler yoluyla katma değer vergisi, özel iletişim vergisi, diğer vergiler, harçlar ve fonları ödemeye devam etmektedirler. Dolayısıyla vergi ödemek isteyenler ne kadar vergi ödeyeceklerini ancak yeni vergiler ödeyerek öğrenebilmektedirler.

10 Numara: 10 numara olarak bilinen yakıt temel olarak yağ ve solvent karışımından ve diğer karışımlardan oluşmakta ve fiyat bakımından tüketicilere önemli bir avantaj sağlamaktaydı. Fakat 10 numara'nın uygulamada yol açtığı birçok sorun nedeniyle sadece araçlara değil insanlara da önemli zararlar verdiği görüldü. Örneğin Ankara'dan sonra 9 kişinin öldüğü 33 kişinin yaralandığı Giresun Görele'deki trafik kazasında bilirkişi araçta motorin yerine 10 numara yağ ve solvent karışımı olduğu sonucuna varmıştı. Çevre kirliliği bakımından da çok büyük zararları olan bu yakıt genellikle otobüs ve traktörlerde kullanılmaktadır. Bu konuda ülkemizde çok sayıda olumsuz örnek mevcuttur.

Yıllardır dünyanın en pahalı benzinini kullanan Türkiye, aynı zamanda devlet vergi gelirlerine de çok büyük katkı sağlamaktadır. Bu problemin şimdiye kadar çözümlenmemesi bir yana 10 numara kullanımı ve bahsettiğimiz bağlantılı problemler de, yıllardır sürmesine ve can kayıplarına rağmen, bugüne kadar çözümlenememiştir. Bu durum karşısında kendisini bir şeyler yapmak zorunda hisseden Maliye Bakanlığı çözümünü açıkladı. Özel Tüketim Vergisi ilgili dönem itibarıyla 30 kuruştan 1,0560 TL'na çıkarıldı. Haksız rekabet, çevre kirliliği, can ve mal kaybı, vergi kaybı. Hükümetin çözümü ise ÖTV artışı. Hükümetin akaryakıt üzerinden elde ettiği vergi geliri çok yüksek olduğundan soruna bu açıdan yaklaşması aslında hiç de sürpriz olmadı.

Türkiye Akaryakıt Bayileri İşverenler Sendikası Başkanı sayın F.T. Zülfikar'ın değerlendirmesi bulunan çözümdeki garabeti ortaya koymaktadır: "Sanayici olduklarını iddia eden bazı kişiler, belli bir teminat yatırarak, bu yağı vergi ödemedi alıyor. Daha sonra bunu 10 numara yağı kullanıp, sanayide kullandığını gösterip depolara satış yapıyor. Vergi artışı olsa da tecil-terkin sistemi devam ettiği için bu soruna çözüm olmayacaktır. Karar, sektör dinlenmeden alınmıştır. Korkarım ki sadece kaçakçıların kalitesini artıracaktır."

Konu çok boyutludur. Birçok hususun gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bunlar akaryakıt fiyatlarının çok yüksek olması, ağır vergi yükleri, bu yakıtın hemen her yerde satıldığının bilinmesine rağmen denetiminin yeterli olarak yapılmaması, ciddi yaptırımların uygulanamaması gibi. Bunca yıldır bu sorun bilinmesine rağmen hala etkisiz hamlelerle toplumu oyalamak, asıl sorunları görmezden gelmek, her an can kaybına, çevre facialarına yol açacak önlemleri almamak, vergi kayıplarına sebebiyet vermek,

taşımacılık alanında rekabetin bozulması karşısında önlem almamak, 2010 Ocak ayından beri kaçak akaryakıt raporuna rağmen yaklaşık iki senedir beklemek anlaşılması kolay olmayan hususlardır. Umarız yetkililer toplumda herkesin beklediği makul ve etkili önlemleri uygulamaya koyabilecek çalışmaları düşünüyorlardır.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nda yer alan sorumluluk çok ağır bir sorumluluktur. Bu maddeye göre, "Mükellefin Türkiye içinde ikametgâhının, işyerinin, kanunî merkezi ve iş merkezinin bulunmaması hallerinde ve gerekli görülen diğer hallerde Maliye Bakanlığı, vergi alacağına emniyet altına alınması amacıyla, vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir.". Bu hukuken kabul edilemeyecek derecede geniştir.

Hukuk Devletinde Vergiler: Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'da yer aldığı üzere bir hukuk devletidir. Hukuk devletinde vergilerin de hukuka uygun olması gerekir. Anayasamızın 73. maddesinde belirtilen ilkeler çerçevesinde oluşturulmayan bir vergi sisteminin hukuka uygun olduğundan bahsetmek de mümkün değildir. Bunu uygulamadaki bazı problemleri hususlar bakımından değerlendirmek mümkündür. Bugüne kadar değinmiş olduğumuz genel ilkeler dışında örneğin, verginin iki tarafı olan devletle mükellefin de bir hukuk devletinde oluşan hukuka aykırı işlemlerde uğradıkları kayıplar bakımından dengenin sağlanması gerekmektedir. Vergiler alanında devletin kayıpları söz konusu olduğunda mükellefin gecikme faizi ödemesi ile bu denge kurulmak istenmesine karşılık, devlet tarafından mükelleften hukuka aykırı olarak alınan vergiler bakımından bu dengenin mevzuat yönünden kurulmamış olduğu görülmektedir.

Vergilerini geciktiren mükellef bakımından müeyyide söz konusu iken hukuka aykırı alınan vergilerin yargı kararı sonrası ödenmesinde bu denge mükellef aleyhine bozulmaktadır. Bu durum adalet duygusunu rencide ettiği gibi, bu haksızlık vergi kaçırma konusunda mükellefin de gerekçesi olabilmektedir. Devletin hukuka aykırı olarak aldığı bu vergilerin iadesi sırasında mükellefe bu işlemten dolayı uğradığı zararın devlet tarafından ödenmesi gerekmektedir. Bu konuda mevzuat eksiklikleri yargı kararlarıyla giderilmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin 1998/79 sayılı kararı-

na göre, idarenin hukuka aykırı davranışları karşısında uğranılan zararlar hukuk devleti ilkesi kapsamında tazminat yoluyla giderilmelidir.

Bu kapsamda Danıştay 7. Dairesi'nin 2005/239 sayılı kararı yanında, 7. ve 9. Dairelerinin müşterek kurulunda verilen 2005/968 sayılı kararında, ekonomilerde paranın sahibi dışındaki kişi ve kuruluşlarca kullanılmasının sahibinin bu ekonomik değerden mahrum kalması sonucunu yarattığı, hukuk sistemlerinde paranın sahibinden başkası tarafından kullanılmasının neden olduğu bu zararın, faiz adı altında yapılan ek ödemelerle karşılanmakta olduğu, bu durumda faizin, paranın sahibinden başkası tarafından kullanılmasının sahibine vermiş olduğu zararın karşılığı yani tazminat olduğu, hukuk devletlerinde, açıklanan nitelikteki zararın faiz ya da başka bir ad altında ödenecek tazminatla karşılanabilmesi için açık yasa hükmü aranmasının düşünülemeyeceği belirtilmektedir. Bu durumda, hizmet kusuru oluşturacak hukuka aykırı vergilendirme işlemlerinden vergi mükellefleri için doğan zararların, işlemi yapan vergi idaresi tarafından karşılanması açıklanan anayasal kuralın ve hukuk devleti ilkesinin gereği olmaktadır. Çok açık bir biçimde ortaya konan bu görüş daha önceden verilen Danıştay kararlarındaki yasal dayanak gerektiği yönündeki kararlar da dikkate alındığında özellikle mükellefler bakımından doğru açılımlar getirmiştir.

Bir hukuk devletinde mükelleflerin ödevleri yanında hakları da bulunmaktadır. Bu haklar İdare tarafından da gözetilip korunmalı, mükellefler haberdar edilmelidir. Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından bu konuda yapılan açıklamalarda da bu husus vurgulanmaktadır. Örneğin, İdare mükellef ilişkilerinde saygılı ve dürüst olma, aklın rehber edinilmesi, adalet, tarafsızlık ve hukukun üstünlüğü prensiplerinin ilke edinilmesi, vergilerin kanunlarla konulması gerektiği, kanunları uygulayacak birimlerin yeterli ve nitelikli olması bunlar arasındadır.

Bu kapsamda belirtilmesi gereken bir başka nokta yapılacak inceleme ve aramalarda sadece ülkemizin mevcut Anayasa, kanun ve diğer mevzuat hükümlerinin değil uluslararası nitelikte belgelerin de geçerli olduğudur. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu, imzalayarak kabul ettiği ve böylece sonuçlarına uymayı taahhüt ettiği sözleşmeler de konumuz bakımından bağlayıcıdır. Bunların başında da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) gelmektedir. Burada yer alan hükümler ve özellikle adil yargılanma hakkı kapsamında mükelleflerin de sahip olduğu bazı haklar ince-

leme ve aramalarda da geçerlidir. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararları da ülkemiz bakımından bağlayıcıdır. Bu nedenle özellikle konumuz bakımından inceleme ve arama söz konusu olduğunda bu hususların da idare, mükellef ve yargı tarafından dikkate alınması ve uygulanması gerekmektedir.

İnceleme ve arama sırasında bazı inceleme elemanlarınca hukuken gerekli hususlara riayet edilmemesi daha sonra dava açıp, davası kabul edilebilecek durumdaki mükellefler bakımından mükellef lehine durumlar yaratmaktadır. Keza mükellefler de bu uygulama ve kurallar ile mükellef haklarının bizde uygulanmayan boyutlarını da görebileceklerdir. Bu nedenle uluslararası mevzuat konusunda da gerekli hassasiyetin gösterilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede verilebilecek bir başka örnek Anayasa'nın 40. maddesinde yer alır. Bu hükme göre, "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*" Örneğin devlet mükelleflere ödeme emri gönderiyorsa bu belgede yargı yoluna başvurmak isteyenlerin hangi sürelerde, hangi mercilere başvuracağını da belirtmek zorundadır. Burada yapılan işlemler karşısında kişilerin hukuken korunması amaçlanmıştır. Uzun zamandır gümrük idareleri tarafından mükelleflere gönderilen belgelerde hangi sürelerde hangi mercilere başvurulacağı konusunda yanıltıcı bilgiler gönderilmektedir. Bu bilgiler sürelerin hesaplanmasında mağduriyetlere yol açmaktadır. İdarenin kendisine yol göstermesi karşısında memnun olan mükellefler kendilerine bildirilen sürelerin aslında yanıltıcı olması sebebiyle yargı yoluna başvurduklarında davaları süre sebebiyle kaybetmekte, bu sürelerin idarece bildirildiği iddialarının dikkate alınmaması karşısında şaşkınlığa uğramakta, idarenin talimatlarına uymuş olmanın karşılığını hiç ödememesi gereken vergileri ödemek suretiyle almaktadır. Bu duruma isyan ederek konuyu araştırdıklarında İdare'nin kendilerini yanılttığını anlamakta, mükellef hakları bir yana yargıdaki farklı kararlar ve adaletin sağlanması için yıllarca uğraşmaları sebebiyle Anayasa'nın bile kendilerini koruyamadığını görmekteyizler. Süre yönünden davaları reddedildiği için haksız olan vergilere karşı esas yönünden yapacakları itirazları da yapamamakta, hiç olmaması gereken vergileri ve cezaları faizleriyle ödemek zorunda kalmaktadırlar.

İdare tarafından yanıtılan mükelleflerin hukuken başvuracakları yollar konusunda da problemler vardır. Özellikle ilk derece mahkemelerinde bu konuda genellikle sonuç alamayan mükellefler üst makam olarak da özellikle Danıştay nezdinde mağduriyetlerinin dikkate alınmasını beklemektedirler. Bununla birlikte Danıştay kararlarında farklılıklar bulunmaktadır. Bazı kararlarda hukuk devleti ilkesi kapsamında Anayasa'nın 40. maddesi hükmündeki duruma aykırı davranıldığında bunun bir müeyyidesinin metinde olmadığı bu nedenle hem aynı maddede yer alan tazmin hükmü, hem de 125. maddede yer alan “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” düzenlemesi karşısında İdarenin mükellefleri yanıtması sonucunda oluşan mağduriyetlerin tazminat talebiyle giderilmesi görüşü ağırlık kazanmaktadır. Diğer bazı kararlarda ise yine hukuk devleti ilkesi esas alınarak bu durumda bulunan mükelleflerin süre yönünden mağdur olmaları önlenmektedir. Bu durumda sadece 40. madde değil 36. madde de değerlendirilmek suretiyle durumun adil yargılanma boyutuna da değinilmektedir. Bu durumda mükellefler de farklı kararlarla karşı karşıya kalmaktadır. Bir grup mükellef uzun ve zahmetli bir süreç sonunda tazminat alabilme uğraşına girerken diğer bazı mükellefler bu yola gitmeden daha çabuk bir biçimde adaletli bir sonuca ulaşabilmekte ve diğer gruba oranla avantajlı bir konumda olmaktadır. Bu iki durum arasındaki farklılığın da uluslararası düzenlemeler ışığında giderilmesi bir hukuk devleti bakımından zaruri bulunmaktadır. Bir hukuk devletinde İdare yapılması gerekeni yapmazsa, mükellef haklarına uymazsa yargı bunu yapmalı ve kararlarında bu yönde birlik ve süreklilik sağlamalıdır.

Bu kapsamda hukuken bir bağlayıcılığı olmasa da bizde de bir mükellef hakları bildirgesi var. Burada İdare mükellefler şunları söylüyor:

Açık, güvenilir, zamanında ve yeterli bilgi ile hizmet vereceğiz.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde öğrenmek istediğiniz her bilgi için doğru insanlarla temasa geçmeniz konusunda sizleri yönlendireceğiz.

Vergi konusundaki gelişmeleri sürekli güncellenen internet sayfamızla ve basılı yayınlarla sizlere en kısa zamanda duyuracağız.

Ücretsiz e-posta sistemimize kaydolmanız durumunda vergisel gelişmeleri kaynağından ve anında öğrenmiş olacaksınız.

Şahsi ve gizli bilgilerinize saygılıyız. Bu bilgileri Vergi Usul Kanunu'nun öngördüğü haller dışında açıklamayacağız ve kullanmayacağız.

Vergi ile ilgili yükümlülüklerinizin yerine getirilmesinde sizlere her türlü kolaylığı sağlayacağız.

Yaptığımız işlemlerde ve gerçekleştirdiğimiz düzenlemelerde vergi kanunlarının adil, hukuksal, tarafsız ve rekabeti koruyucu bir şekilde uygulanmasını esas alacağız.

Vergi incelemelerinde kanunları doğru, tarafsız ve tutarlı bir şekilde uygulayacağız. İncelemenin her aşamasında sizi bilgilendireceğiz.

Şikâyetlerinizi gerçek kimlik ve iletişim bilgilerinizle iletmeniz halinde, en kısa sürede sonuç ile beraber size döneceğiz.

Sürekli olarak kendimizi yenileyecek, daha iyi hizmet sunmanın arayışı içinde olacağız.

Bir de yurtdışından örnek verelim. Avustralya mükellef hakları konusunda yapacaklarını şöyle anlatmış:

Size adil ve mantıklı davranmak

Size, başka türlü hareket etmediğiniz sürece, vergi işlerinizde dürüst olduğunuz öngörüsüyle davranmak.

Vergi yükümlülüklerinizi anlamak ve yerine getirmenize yardımcı olmak için size profesyonel hizmet ve yardım sunmak.

İstedığınız bir kişi tarafından temsil edilebileceğinizi ve vergi işlerinizle ilgili olarak tavsiye alabileceğinizi kabul etmek.

Gizliliğinize saygı göstermek.

Sizin hakkınızda bizdeki bilgileri yasaya uygun olarak saklı tutmak.

Bizde bulunan sizinle ilgili bilgilere yasaya uygun olarak erişiminizi sağlamak.

Size, güvенеbileceğiniz tavsiye ve bilgi sağlamak.

Vergi işlerinizle ilgili olarak verdiğimiz kararları size anlatmak.

Yeniden gözden geçirmeyi talep etme hakkınıza saygı duymak.

Şikâyet etme hakkınıza saygı duymak.

Vergi sistemini, kurallara uymak için yapacağımız masrafları en aza indirecek şekilde yürütmek.

Yaptığımız şeylerin sorumluluğunu taşımak.

Mesele uygulamaya gelince mevcut farklılıklar çok büyük bir hızla artmakta, sistemler arasında uçurumlar oluşmaktadır. Örnekler o kadar fazladır ki hepsini yazmak bu sayfalara sığmayacaktır.

III. Sonuç

Mükellef hakları gibi tüketici haklarının da daha alacak çok yolu vardır. Tıpkı hukuk devleti alanında olduğu gibi.

İnsan alemde hayal ettiği müddetçe yaşar.

Yahya Kemal Beyath

**TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA YAPILAN
DEĞİŞİKLİKLER ÇERÇEVESİNDE TÜKETİCİ KREDİLERİ**
(*CONSUMER CREDITS UNDER THE RECENTLY AMENDED TURKISH CODE ON
THE PROTECTION OF THE CONSUMER*)

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Dr. Melek BİLGİN YÜCE*

ÖZET

Bu makalede 6502 sayılı Tüketicin Korunması Hakkında Kanun TKHK kapsamında tüketici kredileri tüketici kredileri konusu ele alınmıştır. İlk olarak “tüketici kredisi” kavramı ana hatlarıyla açıklanmış; sonrasında 6502 sayılı TKHK ile tüketici kredileri bakımından getirilen temel değişiklikler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, tüketicinin korunması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu, tüketici kredisi, cayma hakkı.

ABSTRACT

In this article the concept of consumer credit is examined within the scope of the provisions under the Turkish Code of Consumer Protection (Act. No. 6502). At first, main features of the concept of “consumer credit” is analysed. Then, changes brought by the newly amended Turkish Law on the Protection of Consumers Protection are analysed.

Keywords: *Consumer, protection of consumers, Turkish Law on the Protection of the Consumer, Turkish Code of Obligations, consumer credit, right of rescission.*

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: melekyuce@hotmail.com

GİRİŞ

Geçmiş yıllarda, ihtiyaca dayalı bir ürün alınmak istendiğinde ya da oldukça lüks bir isteğe dayalı para ihtiyacı olduğunda, ancak biriktirme yoluyla bu hedeflere ulaşılmaya çalışılırdı. Kişiler, önce tasarruf edip bir miktar sermayeye kavuşur; eksik kalanı eşten dosttan sağlar; ancak bu şekilde, istedikleri hedefe ulaşabilirlerdi. Elbette bazen de ulaşılamazdı. Günümüzde ise, bu durum, tüketimin artmasıyla birlikte tam tersi bir görüntü halini almıştır. Memur ya da işçi olan bir kişi, ancak emeklilik sonrasında edindiği para ile konut edinirken; günümüzde oldukça genç yaşlarda insanların konut edindikleri görülmektedir. Otomobil almak eskisi gibi lüks bir şey olmadığı gibi; maliyetleri oldukça fazla olan Güney Amerika, Avustralya seyahatleri de, şirketlerin yaptıkları taksitlere bağlı olarak daha fazla kişi tarafından ulaşılabilir ürünler hâline gelmiştir. Bu bağlamda, ister konut için olsun, isterse de bir bulaşık makinesi için olsun, günümüzde kredi kullanmamış bir kişinin olma olasılığı oldukça azdır. Genç yaşlardaki insanların dahi taksitle telefon aldıkları görülmekte olup; bu bağlamda, kredi kullanımını yaşı da oldukça erkene inmektedir.

Elbette kredi kullanımlarının hepsi bireysel ihtiyaçlar için değildir; ticarî alanda da kredi kullanımını yaygındır. Ancak tüketicilerin kullandığı kredilerin miktarı da yadsınamayacak boyutlardadır. Konut, otomobil, tatil, eğitim vb. birçok açılardan paraya ihtiyaç duyan tüketicilerin, kredilere yönelmesi en doğal sonuçtur. Hâl böyle olunca, kredi kullanan tüketicilerin korunma ihtiyacı gün geçtikçe daha fazla olmaktadır.

Ülkemizde ilk olarak 1995 yılında yürürlüğe giren Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde belli başlı alanlarda koruma getirilmiş; zaman içinde kanuna belli eklemeler yapılmıştır. Konumuz olan tüketici kredisi de, 4077 sayılı Kanunda önce tek madde hâlinde düzenlenmişken, 2003 yılında yapılan değişikliklerle¹ biraz daha genişletilmiştir. Değişiklikleri içeren 4822 sayılı Kanunun 15. maddesiyle, kredilere ilişkin m.10 değiştirilmiş; yine aynı kanunun 16. maddesiyle de, TKHK'ya m.10/A eklenerek, kredi kartları düzenlenmiştir. Ancak kredilerle ilgili olarak yapılan bu değişiklikler de yeterli olmamış, bu sefer 2007 yılında konut kredilerine ilişkin olarak ekleme yapılması gerekmiş; 21.02.2007

¹ 06.03.2003 tarihli 4822 sayılı Kanun, RG, T.14.03.2003, S.25048.

tarihli 5582 sayılı Kanunun² 24. maddesiyle TKHK'ya m.10/B eklenerek, konut kredileri bakımından da tüketicilerin korunması hedeflenmiştir.

Ancak tüketici işlemlerinin artması, doğru orantılı olarak koruma ihtiyacının artmasına da yol açmış; mevcut kanundaki koruma, zaman içindeki değişikliklere rağmen yeterli olmamaya başlamıştır. Buna bağlı olarak kanun koyucu, 07.11.2013 tarihinde 6502 sayılı Kanun³ ile daha geniş bir şekilde konuyu düzenlemiştir. 6502 sayılı TKHK kapsamında tüketici kredileri, İkinci Bölüm olarak m.22-31 arasında, toplam 10 maddede yer almaktadır. Konut finansman sözleşmeleri, tüketici kredilerinden ayrı bir başlık altında Üçüncü Bölümde düzenlenmiştir. Biz tebliğimiz kapsamında sadece tüketici kredilerinde yapılan temel değişiklikleri ele alacağız. Konuya ilişkin açıklamalara geçmeden önce, kısaca tüketici kredisi kavramından ne anlaşılması gerektiği Kanun kapsamında açıklanacaktır.

I- TÜKETİCİ KREDİSİ TANIMI

Tüketici kredisi, 6098 sayılı TBK'nın ifadesiyle TBK m.386 kapsamında tüketim ödünçü, Roma hukukundan beri kullanılagelen hukukî ifadesiyle de karz akdi niteliğindedir. Sözleşmenin niteliği bu olmakla birlikte, tüketici kredisi olarak adlandırılabilmesi için sözleşmede ödünç alan tarafın tüketici olması zorunludur. Bu çerçevede, tüketici işlemi niteliğinde olmayan bir ödünç akdine ilişkin TKHK'daki hükümlerin uygulanması gündeme gelmez; TBK'daki hükümler uygulanır.

Bir işlemin tüketici işlemi olabilmesi için, TKHK m.3/1 uyarınca, *“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 işlem”* olması gerekir. Ayrıca yine TKHK m.3/ğ'ye göre kredi verenin de, *“mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişi”* olması gerekir. Sonuç olarak, tüketici kredisinin tarafları kredi veren ve tüketicidir. Kendi kişisel ihtiyacı kapsamında olmayıp, ticarî amaçlarla kullanılan bir ödünç akdi ya da mevzuat çerçevesinde kredi kullandırmaya yetkili olmayan kişilerden kullanılmış olan krediler için, TKHK hükümleri uygulanmaz.

² RG, T.06.03.2007, S.26454.

³ RG, T.28.11.2013, S.28835.

YÜHFD Cilt: XII Sayı: 2 (2015)

4077 sayılı TKHK m.10/I c.1’de tüketici kredisi, “*tüketici kredisi, tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak aldıkları kredidir.*” şeklinde tanımlanmaktaydı. Tüketici kredilerinin sadece bu boyutta olmadığı, başka ad altında para kullanıldığı hâllerde de aslında bir kredi işlemi olduğu bu dönemde de belirtilmekteydi. Bu eleştiriler ve Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin çeşitli direktifleri ve son olarak da 2008/48/EC sayılı direktifi doğrultusunda kanunî tanımda değişiklik yapılmıştır.

6502 sayılı kanunun 22/I. maddesinde tüketici kredisi kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: “*Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi veremeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder.*”. Kredi sözleşmeleri açısından modern anlayışa uygun olarak, artık klasik kredi anlayışı yerine, faiz karşılığı para kullandırmalar dışında, para kullandıran tarafın başka bir ivaz elde ettiği türdeki para kullandırmalar açısından da kredi hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Sonuç itibarıyla, bir ivaz veya bir taahhüt karşılığında para kullandırılması hâlinde, tarafların da THKH’ya uygun olması hâlinde, tüketici kredisi gündeme gelir.

Bununla birlikte maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, “*Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir.*” denilerek, kredi kartı sözleşmeleri açısından da, tüketici kredilerine ilişkin hükümlerin uygulanması kabul edilmiştir. Esasen bu tür bir kullanıma, tipik bir karz niteliğinde olmasa da, kanun gereği bu nitelikte kabul edilmiştir.

Buna göre, tüketici kredi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi kullandırdığı veya üç aydan daha uzun süreli olarak aynı şekilde kredi kartıyla bu imkânları sağladığı veya bunu taahhüt ettiği durumlarda söz konusu olur. Bu tanım çerçevesinde, tüketici kredisi sayılacak nitelikteki sözleşmeleri tespit etmek gerekir. Bu sözleşmelerin varlığının tespiti hâlinde uygulanacak olan hükümler, TKHK’da yer alan hükümlerdir. Bu bize tüketici kredisinin uygulama alanını gösterecektir.

II- HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI

4077 sayılı TKHK döneminde de, doktrinde sırf faiz karşılığı kullandırılan nakdi krediler dışında, bu amacı taşıyan diğer kredi benzeri işlemlere de, kıyasen kredi sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ileri sürülmekteydi. Bu artık yeni düzenleme ile hüküm altın alınmıştır. Buna göre, TKHK m.22 – 31 arasında yer alan hükümlerin ve diğer TKHK hükümlerinin uygulanabilmesi için aşağıda anılan tarzda bir tüketici işleminin olması gerekir:

- Tipik Ödünç Akitleri,
- Ödünç Akitlerinde Ödeme Ertelemesi,
- Kredili Mevduat Hesaplarının Kullanımı,
- Kredi Kartlarından Nakit Çekim
- Kredi Kartlarında Vade Farkı Uygulanarak Ödemenin Üç Aydan Daha Uzun Süre Ertelenmesi
- Kredi Kartlarında Vade Farkı Uygulanarak Üç Aydan Fazla Taksitlendirme Yapılması,
- Kredi Kartlarında Belli Bir limit Kullanımına,
- Kredi Kartı Alınmasına Dayalı Para Kullandırılması vb.

Görüldüğü üzere, bu tarz kredileri sınırlamak mümkün değildir. Serbest piyasa koşulları çerçevesinde gündeme gelebilecek, yeni uygulamalara dayalı olarak da, bir menfaat karşılığında para kullandırılan işlemler bu kapsamda sayılabilecektir. Yukarıda saymış olduğumuz sözleşmelerden ilk dörtte yer alanlar, esasen tipik diyebileceğimiz türden ödünç sözleşmeleri niteliğindedir. TKHK’da yer alan hükümler, bu tür tipik akitlere yönelik olduğundan, hükümlerin uygulanması sırasında nispeten daha az sorun çıkacağı düşünülmektedir. Satın aldığımız otomobil için kullandığımız, 30.000 TL’lik kredinin bir yıl içinde geri ödenmesi hâlinde, bu krediye ilişkin uygulanacak olan hükümler TKHK m.22-31 arasında yer alan tüketici kredisi hükümleri olur. Bunun dışında, kullandığımız krediye ilişkin, fazladan ücret alarak taksitlerin altı ay ötelenmesi hâlinde de bu dönem için bir kredi kullandırılması söz konusu olur. Esasen bir erteleme sözleşmesi söz konusu olup, bunun bir ivaz karşılığında akdedilmesi söz konusudur. Ancak ertelemenin konusu bir para olup da, karşılığında oransal bir ivaz alındığı durumda artık ortada bir ödünç akdinin var olduğu kabûl edilmeli, bu hükümler uygulanmalıdır. Erteleme ya da taksitlendirme yapılmasına rağmen, karşılığında bir ivaz alınmadığı durumlarda, ne kadar

süre olduğundan bağımsız olarak kredi hükümlerinin uygulanması mümkün olmaz. Bu hâllerde ivazsız bir kullandırma veya erteleme olduğundan, bu uygulamalar tüketici kredisi hükmünde kabûl edilmemiştir. Elbette üç aydan fazla öteleme ya da taksitlendirmenin ille vade farkı olarak yapılması hâlinde değil, diğer başka bir menfaat elde edilerek yapılması hâlinde de kredi hükümlerinin uygulanması gerekir. Örneğin, “altı ay boyunca asgari harcama yapma veya sabit ödeme yapma” vb. menfaatler karşılığında yapılması hâlinde de tüketici kredisi hükümlerinin uygulanması gerekir.

Uygulamada oldukça sık biçimde kullanılan kredili mevduat hesaplarına dayalı kullanımlarda da, kredi sözleşmesi niteliği bulunmaktadır. Özellikle maaş hesaplarında görülen bu hesaplarda, maaşın belli bir oranında ya da tam bir maaş kadar ek hesap tüketicinin her an kullanımına açık tutulmaktadır. Bu bağlamda, çerçeve sözleşmeye dayalı olarak kredi kullanımı söz konusu olduğundan, bir genel kredi sözleşmesinin varlığından bahsedilebilir. Bu durumlarda da TKHK’daki tüketici kredisine ilişkin hükümler uygulama bulmaktadır. Bunlar dışında bir diğer nakit kullanım hâli de, kredi kartlarından yapılan para çekimlerinde bulunmaktadır. Bu tür durumlarda da, bir çerçeve sözleşme kapsamında kredi kullanımı mevcuttur.

Bunlar dışında, maddenin ikinci fıkrasında açıkça kabûl edildiği üzere, kredi kartlarında ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya üç aydan fazla taksitlendirme yapılması hâllerinde de TKHK’daki kredi sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Buna göre, altı ay sonra ödemenin başlatıldığı ya da başlamış ödemelerin belli bir zaman sonra ertelenmesi tarzındaki tüm işlemlerde bu hükümler uygulanacaktır. Maddeye göre, satın aldığımız ürüne, tatile üç aydan fazla taksit yapıldığı hâllerde de tüketici kredisine ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelir.

Ayrıca yeni pazarlama taktiklerine bağlı olarak geliştirilen çeşitli satış teknikleri gündeme gelmektedir. Bu tekniklere dayalı olarak her gün değişik uygulamalarla, kredi kartlarına dayalı para kullandırmaları gündeme gelebilmektedir. Çevremizde birçok kanaldan bize ulaşan reklâmlarda, “sözünüze bonus”, “kredi kartı alana anında para puan”, “ayda 500 harcama sözünüze bedava ogs” vb. çeşitli taahhütler bulunmaktadır. Bu uygulamalarda, tüketici ya belli bir süre boyunca kartı kullanma ya da belli bir limitin üstünde kullanma taahhüdünde bulunmakta, kredi veren de bunun

karşılığın tüketiciye belli bir miktar para ya da para yerine geçen puanı kullandırmaktadır. İşte bu tür uygulamalar da, yeni düzenleme ile tüketici kredisi olarak kabûl edilmiştir. Bunlardan çıkan uyuşmazlıklarda da, TKHK m.22-31 arasındaki hükümler ile diğer ilgili hükümler uygulama bulacaktır.

III- TÜKETİCİ KREDİSİNİN ŞEKLİ

TKHK m.22/son fıkra uyarınca, “Tüketici kredisi sözleşmesi yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmaz.” denilmektedir. Buna göre, tüketici kredisine ilişkin geçerlilik şekli getirilmiş olup, sözleşme âdi yazılı şekilde yapılmadıkça kesin hükümsüz olacaktır. Bilindiği üzere, kesin hükümsüz olan bu sözleşmenin sonradan onay verilerek geçerli olması mümkün olmayıp, yeniden geçerlilik koşullarına uygun olarak yapılması gerekir.

Ancak uygulamada bunun yaratacağı sıkıntıları dikkate alan kanun koyucu, ikinci cümle olarak, “geçerli bir sözleşme yapmamış olan kredi veren, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez.” hükmünü getirmiştir. Bu hüküm, esasen doktrinin ve Yargıtay’ın genel olarak kabûl ettiği üzere, hakkın kötüye kullanılması-nın Kanun ile öngörüldüğü bir hâldir. Her ne kadar Kanunda sadece kredi veren açısından bunu ileri sürmenin mümkün olmayacağı hüküm altına alınmışsa da, kanımızca bu hususun tüketici tarafından ileri sürülmesinin de hakkın kötüye kullanılması niteliğinde kabûl edilebileceği durumlar vardır.

Maddenin kredi ödemelerinin ertelenmesinde, kredi kartlarında öteleme veya kampanyalar yapılması hallerinde yazılı bir sözleşmenin var olmayacağı açıktır. Benzer şekilde kredi kartı ile üçten fazla taksitli bir işlem yapıldığında bu sözleşmenin de çoğu olayda yazılı olmayacağı açıktır. Bu haliyle, uygulamada kesin hükümsüz birçok sözleşmenin mevcut olacağı açıktır.

IV- TÜKETİCİ KREDİSİNİN ESASLI UNSURLARI

Her sözleşmenin kurulması için zorunlu esaslı unsurların varlığı TBK m.2’de ifade edilmektedir. Bunların bir kısmı sözleşmenin tipine göre zorunlu olarak gündeme getirilen objektif esaslı unsurlar iken, diğerleri taraflara göre gündeme getirilmesi mümkün olan ve bu nedenle de sübjektif esaslı unsur olarak adlandırılan unsurlardır. TBK çerçevesinde akdedilen

bir ödünç akdi kapsamında, tarafların anaparayı ve ivazlı olup olmadığını konuşmaları, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Hatta ticarî nitelikte bir ödünç akdi söz konusu olduğunda, faiz konuşulmasa da, faiz karşılığı para kullandırıldığı karine olarak kabûl edilmiştir (TBK m.387/II).

Normal koşullarda taraflar kredi sözleşmesini, anapara faizi karşılığında bir miktar anaparanın kullanılacağı konusunda anlaşmaları sözleşmeyi kurmaya yetecekken, tüketici kredisi niteliğindeki sözleşme açısından kanun koyucu, TKHK m.31/IV ile sözleşmenin zorunlu içeriğinin yönetmelikle belirlenmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Zaten eski TKHK'da da m.10/II ile sözleşmenin zorunlu olarak kapsamaması gereken unsurları sırayla sayılmıştı.

Eski TKHK m.10/II'de sayılmış olan unsurlar;

- Tüketici kredisi tutarı,
- Faiz ve diğer unsurlarla birlikte toplam borç tutarı,
- Faizin hesaplandığı yıllık oran,
- Ödeme tarihleri,
- anapara, faiz, fon ve diğer masrafların ayrı ayrı belirtildiği ödeme planı,
- İstenecek teminatlar,
- Akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı,
- Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları,
- Kredinin vadesinden önce kapatılmasına ilişkin şartlar,
- Kredinin yabancı para birimi cinsinden kullandırılması durumunda, geri ödemeye ilişkin taksitlerin ve toplam kredi tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin şartlardı.

6502 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme, yönetmelikle bu hususların düzenlemesi esasını getirmiştir. Doktrinde bu husus eleştirilmektedir. Sözleşmenin esaslı unsurlarının, yetki aşımı ile yönetmeliğe bırakılması uygun bulunmamaktadır. Yönetmelik olmadan dahi, sözleşmenin konusu olan anapara miktarı ile TKHK m.25/II'nin ilk cümlesinde belirtilen, anapara faiz oranı, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer alması zorunludur. Bunun dışında tüketici kredisinin bir tüketici işlemi olması nedeniyle, genel nitelikteki diğer hükümlerin de uygulanması söz konusu olduğundan, TKHK m.4/f.4 uyarınca “her türlü ücret ve masraflar”

da sözleşmede yer alacaktır. Esasen kredi maliyetini hesaplayabilmek için bu masrafların gösterilmesi zorunluluğu, TKHK m.25'ten de çıkmaktadır.

Ancak zaten konuya ilişkin ayrıntılı bir yönetmelik hazırlanmıştır. İlgili yönetmelikte kredinin belirli veya belirsiz olmasına bağlı ayırım yapılmış; zorunlu içerik buna göre belirlenmiştir. Yönetmeliğin 11. maddesinde konu her türlü kredi için açıklanmıştır. Konumuz dışında kalan konut kredileri ile bağlı kredilere ilişkin olanlar dışında, tüketici kredisinin belirli süreli olması hâlinde zorunlu içeriğinin aşağıdakilere ilişkin olması gerektiği belirtilmektedir.

- Kredinin türü,
- Kredi verenin ve varsa kredi aracısının unvanı, açık adresi, telefonu ve diğer iletişim bilgileri,
- Kredi sözleşmesinin süresi,
- Tüketicie ödenecek kredinin net tutarı ve kredi alınmasına ilişkin şartlar,
- Akdi faiz oranı ve akdi faiz oranının uygulanmasına ilişkin şartlar,
- Kredi sözleşmesinin kurulduğu tarihte hesaplanan efektif yıllık faiz oranı, bu oranın hesaplanması için kullanılan bütün bileşenler ve tüketici tarafından ödenecek toplam tutar,
- Ödeme planı,
- Kredi sözleşmesi süresince, tüketicinin istediği herhangi bir zamanda ücretsiz olarak hesap özeti alma hakkının olduğuna ilişkin bilgi,
- Ücretler ve faizin anapara ödemesi olmadan ödenecek olması durumunda, faiz ile tekrarlayan ve tekrarlamayan her türlü ilgili ücretin ödenmesine ilişkin şartları ve dönemleri gösteren bir açıklama,
- Kredi sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilmeyeceğine ve bu hesabın, tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin ödenmesi ile kapanacağına ilişkin bilgi,
- Akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmeyecek şekilde gecikme faiz oranı ve gecikme nedeniyle ilgili mevzuat gereği ödenecek ücretler,
- Tüketicinin, ödemelerini ödeme tarihinde yapmamasının ve temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları,

- 26 ncı maddeye uygun olarak varsa istenen kefaletler ve kefaletlerin adi kefalet sayılacağına ilişkin bilgi,
- Cayma hakkı, süresi ve usulüne ilişkin bilgi ile bu hakkın kullanımını durumunda anapara ile bu paranın faizini ödeme yükümlülüğü ve bunun ne şekilde hesaplanacağına dair bilgiler de dahil olmak üzere bu hakkın kullanılmasına ilişkin diğer şartlar,
- Tüketicinin erken ödemedeki bulunma hakkı ve ödenen tutara göre kredi verenin faiz ve diğer maliyet unsurlarına ile ilgili indirim yapma yükümlülüğüne ilişkin bilgi,
- Kredi sözleşmesini fesh etme hakkının kullanılması için izlenecek usul,
- Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilgi,
- Varsa tüketicilerin başvurabileceği diğer çözüm yollarına ilişkin bilgi,
- Kredinin yabancı para birimi üzerinden kullanılması durumunda, geri ödemeye ilişkin taksitlerin ve toplam kredi tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin bilgi.

Belirsiz süreli olan kredi sözleşmeleri için farklı olan hususlar ise, kredi limitinin ne olacağı, limitin ve faiz oranlarının değiştirilmesine ilişkin esaslardır. Bunun dışındaki hususların belirsiz süreli olan kredilerde de bulunması zorunludur. Kredi kartlarına dayalı olanlar krediler ile kredili mevduat hesapları, bu bağlamda belirsiz süreli kredilerdendir.

Buraya kadar anlattıklarımız kapsamında, değişiklik aslında sadece uygulama alanının genişletilmesine ilişkin vardır. Şekil ve zorunlu içerik kapsamında, esasen kapsamlı bir değişiklik bulunmamaktadır. Bunlar dışında da, sözleşmenin içeriğinde bulunan bazı hususların nasıl düzenlenmesi gerektiği de kanunda düzenlenmiştir. Bunlar aşağıda, ayrı başlıklar altında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

V- YAPILAN TEMEL DEĞİŞİKLİKLER

A- FAİZ ORANLARI

Yeni düzenlemenin 25. maddesinde kanun koyucu, tüketici kredilerinde faiz oranlarının nasıl olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Esasen kredi sözleşmeleri açısından en önemli unsurlardan biri, tüketicinin

kullandığı para karşılığında ödeyeceği ivaz olan faizdir. Bu nedenle düzenlenmesinde fayda bulunmaktadır.

Buna göre, “Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranı sabit olarak belirlenir. Sözleşmenin kurulduğu tarihte belirlenen bu oran tüketici aleyhine değiştirilemez. - Tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdî faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması durumunda, kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır. Efektif faiz oranı, olduğundan düşük gösterilmişse, kredinin toplam maliyetinin hesaplanmasında esas alınacak akdî faiz oranı, düşük gösterilen efektif faiz oranına uyacak şekilde yeniden belirlenir. Bu hâllerde ödeme planı, yapılan değişikliklere göre yeniden düzenlenir.”

Maddenin ilk fıkrasıyla kanun koyucu, tüketici kredi sözleşmesinde değişken oranlarda faiz oranları uygulanmasını yasaklamıştır. Buna aykırı olan sözleşme hükmü geçersiz olur. Ancak hüküm nispi emredici nitelikte olup, tüketici lehine bir düzenleme yapılması mümkündür.

Maddenin ikinci fıkrasıyla kredi verene bir külfet yüklenmiştir. Buna göre, kredi veren sözleşmede anapara faizi miktarı ile efektif, yani masraflarla birlikte ortaya çıkan reel faiz oranının ne olduğu ya da reel faiz oranını hesaplamaya elverişli olacak şekilde kredinin tüm maliyeti gösterilmediğinde kanun gereği ivazsız ödünç akdinin varlığı kabul edilmiştir. Bu hâlde kredi veren, tüketiciden faiz talep edemeyeceği gibi, krediyle kullandırılmış olan anapara borcunu da, sözleşme süresinin sonuna kadar kullandırma yükümlülüğünde olacaktır.

Buna göre, faiz oranları açısından eski TKHK ile yeni düzenleme karşılaştırıldığında, ortaya çıkan tablo şu şekilde olmaktadır.

eTKHK	yTKHK
Anapara faizi için üst sınır yoktu.	TKHK’da hüküm yok, ancak TBK m.88/II ile her türlü işlem için üst sınır getirildi, bu tüketici işlemlerinde de uygulanmalı. TBK m.88/II uyarınca yasal faiz oranının % 50’sinden fazla olmayacak şekilde, yani en fazla %13,5 olarak belirlenebilecek.

Anapara faizi için bir düzenleme yoktu, eksik olduğunda tamamlayıcı yedek hüküm olan 3095 sayılı Kanun m.1 ile tamamlanması gündeme gelmekteydi.	TKHK m.25/f.2 uyarınca, anapara faizinin eksik kalmış olması hâlinde kredi süresince anapara faizsiz olarak kullanılacaktır.
Kredi kartları dışında faiz oranında aleyhe değişiklik yasaktı.	TKHK m.26/f.2 uyarınca, yine belirsiz süreli krediler açısından bu imkân getirildi; en az 30 gün önceden bildirimle mümkün kabûl edildi.
Temerrüt faizi oranında sınırlama vardı (akdi faizin %30'u)	TKHK'da konuya ilişkin bir düzenleme getirilmedi, yönetmelikte de yok. Ancak genel bir sınırlama TBK m.120/f.2'de söz konusu. Buna göre, akdi faizin en fazla %100'ü olarak, yani en çok %27 oranında bir temerrüt faizi belirlemesi yapılabilir.
Bileşik faize ilişkin düzenleme yoktu, ancak BK'da yasaktı.	TKHK m.4/f.7 bileşik faizin yasak olduğuna ilişkin teyit hükmü getirildi.

B- KREDİ MASRAFLARI

6502 sayılı Kanun ile masraflara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Hatta bu düzenlemeler sadece tüketici kredileri için değil, her türlü tüketici işlemi için getirilmiş düzenlemelerdir. Genel esaslar başlığı altında yer alan 4. maddenin üçüncü fıkrasında, tüketiciden fazladan bir ücret alınmayacağına ilişkin emredici bir düzenleme yer almaktadır. Hükme göre, “Tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyen yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyen kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez.” Bu bağlamda, kredi için zorunlu olarak yapılması gereken masrafların, artık tüketiciden talep edilmesi mümkün değildir. Uygulamada bazı bankaların, iletişim masrafı adı altında dahi ücretlendirme yaptıkları görülmektedir. Günümüzde iletişim maliyetlerinin düşüklüğü karşısında, bu tür masrafların uygun olmayacağı açıktır. Kanun, aynı fıkranın ikinci cümlesiyle, masraflara ilişkin olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna yetki

vermektedir. Buna göre, “Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar tarafından tüketiciye sunulan ürün veya hizmetlerde ise tüketiciden faiz dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türleri ile bunlara ilişkin usul ve esaslar Bakanlığın görüşü alınarak bu Kanunun ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir.”.

Kanun ayrıca, yapılan masraflara ilişkin tüm belgelerin açıklamalarıyla birlikte tüketiciye verilmesi gerektiğini de aynı maddenin dördüncü fıkrasında düzenlemiştir. Kredi veren, sözleşme ile birlikte, masraflara ilişkin olan bu bilgileri de tüketiciye verdiğini ispat yükü altındadır.

Bu genel hüküm dışında da, masraflara ilişkin çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Kredi nedeniyle açılan hesaba ilişkin hiçbir masraf talep edilemez (m.31/f.1),
- Kredi kartında yıllık ücreti olmayan bir kart seçeneği sunulmalıdır (m.31/f.23),
- Cayma hâlinde, kamu kurum ve kuruluşlarına veya üçüncü kişilere ödenenler dışında bir masraf talep edilemez (m.24/f.3),
- Erken ödeme hâlinde, faiz dışında diğer maliyet unsurlarına ilişkin de indirim yapılmalıdır (m.27),
- Sigorta yaptırılması tüketicinin isteğine bağlıdır (m.29).

Bu hususların düzenlenmiş olması genel olarak olumludur. Bu düzenlemeyle birlikte, uygulamada masraflara ilişkin oluşan karmaşanın giderilmesinin sağlanması mümkündür. Ancak m.29’da getirilen hükmün, kredi sistemi açısından uygun olmadığını düşünmekteyiz. Bir kredi sisteminin sağlıklı işleyebilmesi için sigortalanmasını zorunlu olduğunu düşündüğümüzden, sigorta yaptırılmasının tüketicinin isteğine bırakılması uygun olmamıştır. Yapılan düzenlemelerle, sadece tüketicinin korunması hâlinde sistemin sağlıklı bir biçimde yürümesinin sağlanması mümkün değildir. Kredi veren kurumların da, kredi vermeyi sürdürebilmelerini sağlamak da sistemin yürümesi için zorunludur. Bu bağlamda, sigortanın zorunlu tutulmasının gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Zaten ihtiyaç içinde olan tüketicinin isteğe bağlı sigorta yaptırmayı kabûl etmesi, uygulamada mümkün değildir. Bu sonucun ise, kredi kuruluşlarını, zaman içinde oldukça zor bir duruma sokması muhtemeldir.

C-SÖZLEŞMEDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

Kanunun 26. maddesi ile sözleşmede aleyhe değişiklik yapma yasağı genel ifadelerle getirilmiştir. Daha önceki kanunda da yer alan bu hüküm, aslında TBK m.24'te de düzenlemeye konu olmuştur. TBK m.24'ün uygulanabilmesi için tüketici işlemi olması gerekmediği, her türlü genel işlem koşulu içeren işlemler bakımından uygulanabileceği unutulmamalıdır. Esasen TKHK m.26 bu maddenin tekrarı sayılabilecek nitelikte bir hükümdür. TBK m.24 metni şu şekildedir: “*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükümünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır*”. Tüketici kredi sözleşmelerinde yer alan hükümlerin büyük çoğunluğunun genel işlem koşulu niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle bu hüküm, tek taraflı aleyhe değişiklik getiren her türlü işlem için devreye girecektir. Ancak bunun dışında konuya ilişkin özel hüküm olan, sadece tüketici kredileri için getirilmiş TKHK m.26 bulunmaktadır.

TKHK m.26 metninde ise, konu ikili bir ayırım yapılarak düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrası belirli süreli kredileri, ikinci fıkrası ise belirsiz süreli kredileri dikkate almaktadır. Buna göre; “*Belirli süreli kredi sözleşmesinin şartları, tüketici aleyhine değiştirilemez. - Belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranında değişiklik yapılması hâlinde, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce, tüketiciye kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yazılı olarak bildirilmesi zorunludur. Bu bildirimde, yeni faiz oranının yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile aralıklarının değişmesine ilişkin ayrıntılara yer verilir. Faiz oranının artırılması hâlinde, yeni faiz oranı geriye dönük olarak uygulanamaz. Tüketici, bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde borcun tamamını ödediği ve kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez*”. Görüldüğü üzere, burada belirli süreli krediler için mutlak bir yasak getirilmiş iken, belirsiz süreli kredilerde faiz oranı için bir esneklik tanınmıştır. Esasen bu esnekliğin tanınması zorunludur. Aynı esnekliğin TBK m.24 için de tanınması gerektiğini her zaman dile getirmekteyiz. Dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılacak değişikliklere izin verilmesinin zorunlu olduğunu; aksi hâlde sistemin işleyişinde sıkıntı yaşanabileceğini düşünmekteyiz. Belirsiz süreli kredi sözleşmesinde faize ilişkin yapı-

lacak değişikliklerdeki usûl hükme bağlanmış; tüketicinin de buna uyma zorunluluğu ile kurtulma imkânı aynı hükümde yer almıştır.

D- TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKI

6502 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemelerden biri de, tüketiciye aldığı krediden herhangi bir gerekçe göstermeksizin cayma hakkıdır. Kapıdan satışlarda mevcut olan cayma hakkı, Avrupa Birliği direktifleriyle bağlantılı olarak tüketicilere krediler için de tanınmıştır. Bu hakla, tüketiciye son kez durumunu değerlendirip, sözleşme ile girdiği borçtan tek tarafı olarak kurtulma imkânı tanınmıştır. Konuyu düzenleyen m.24/1'e göre, *"Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin tüketici kredisi sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir"*. Madde ifadesinden açıkça görüldüğü üzere, bu madde ile tüketiciye iradi şarta bağlı bir bozucu yenilik doğuran hak tanınmıştır. Bu hakkın kullanılmasına engel olacak ya da kullanılmasını zorlaştıracak şekilde ceza koşulu vb. hükümlerin öngörülmesi de emredici düzenleme ile yasaklanmıştır.

Ondört günlük süre içinde kullanılacak hak açısından, karşılıklı anlaşmayla daha az süre belirlenemeyecekse de, daha fazla süre verilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Bu sonuç, süreye ilişkin kısmın nispi emredici nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır. Burada çözülmesi gereken bir husus da, sürenin nereden başlayacağıdır. Maddenin ikinci fıkrasında, *"Kredi veren, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür."* hükmü bulunmaktadır. Doktrinde ileri sürüldüğü üzere, bizim de kanaatimiz, cayma hakkının bilgilendirme ile başlaması gerektiğidir. Cayma hakkı olduğunu bilmeyen bir tüketiciden, bu hakkını süresi içinde kullanması beklenemez. Bilgilendirmenin sözleşmenin kurulmasından önce yapıldığı hâllerde, cayma hakkına ilişkin sürenin sözleşmenin akdedilmesinden itibaren başlaması gerekir. Aynı şekilde, tüketicinin bilgilendirme yapılmamış olmasına rağmen, cayma hakkına ilişkin bilgisinin olduğu ispatlandığı hâllerde de, kanımızca süre sözleşmenin akdedilmesiyle başlanmalıdır. Örneğin, tüketicinin daha önceden bir krediye ilişkin bu hakkını kullandığı, daha önceden kullanmış olduğu krediye ilişkin bilgilendirmenin var olduğu gibi hâllerde, tüketicinin sırf münferit kredi sözleşmesine ilişkin bilgilendirmenin yapılmamasına dayalı olarak sürenin başlamadığını iddiası kanımızca hakkın kötüye kullanılması

niteliğinde kabûl edilmelidir. Bunun dışında, tüketicinin bilmediği ve bilgilendirmenin de yapılmadığı hâllerde, sürenin başlangıcı konusunda TKHK m.47/6 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır.

Bozucu yenilik doğuran hak olan cayma hakkı, yöneltmesi gereken bir irade beyanı olup; kredi verene yöneltilecektir. Hakkı düzenleyen madde uyarınca, cayma hakkının süresi içinde kullanılmış olması yeterli olup; süre içinde muhatabına varması gerekmemektedir. Buna göre, sözleşmenin akdedilmesinden sonra onüçüncü günde cayma beyanında bulunan tüketicinin beyanı, kredi verene onaltıncı günde varsa dahi beyan hükümlerini doğuracak; sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz olacaktır. Ancak irade beyanının muhataba varmadan kaybolduğu durumlarda, örneğin kargoda kaybolması hâlinde, irade beyanı varmayla sonuçlarını doğuracağından hükümlerini doğurması mümkün olmayacaktır. Cayma beyanı şekle tabi olmadan kullanılabilecekse de, sözlü kullanıldığı hâllerde ispat açısından sorun yaşanacağı unutulmamalıdır.

Cayma hakkının süresi içinde kullanılması hâlinde sonuçları doğacak ve akdedilmiş olan kredi sözleşmesi baştan itibaren kesin hükümsüz olacaksa da, madde düzenlemesine bağlı olarak, tüketicinin belli bir zaman dilimi içinde iade borcunu yerine getirmemesine bağlı olarak, irade beyanı hükümden düşecektir. Konuyu düzenleyen üçüncü fıkraya göre, “*Cayma hakkını kullanan tüketicinin krediden faydalandığı hâllerde, tüketici, anapara ve kredinin kullanıldığı tarihten anaparanın geri ödendiği tarihe kadar olan sürede tahakkuk eden faizi en geç cayma bildirimini kredi verene göndermesinden sonra otuz gün içinde geri öder. Bu süre içinde ödeme yapılmaması hâlinde tüketici kredisinden cayılmamış sayılır. Faiz, akdî faiz oranına göre hesaplanır. Tüketiciden, hesaplanan akdî faiz ve bir kamu kurum veya kuruluşuna veya üçüncü kişilere ödenmiş olan masraflar dışında herhangi bir bedel talep edilemez*”. Bu hâlde tüketici sadece, cayma beyanına kadar olan dönem için anapara faizi ödemekle yükümlü olur; bunun dışında bir sorumluluğu söz konusu olmaz. Paranın onun kullanımında olduğu döneme ilişkin ödenecek anapara faizi dışında, bir de kamu kurum ve kuruluşlarına ödenen masraflar, harçlar vb. ödemeler ile kredi nedeniyle üçüncü kişilere ödenmiş ve doğal olarak iadesi mümkün olmayan ödemeler de tüketici tarafından ödenecektir. Cayma hakkını kullanan tüketicinin, caymaya ilişkin irade beyanını göndermeden itibaren en geç 30

gün içinde iade borcunu, maddeye uygun olarak yapması gerekir. Aksi hâlde, cayma hakkı kanununun, esasen tüketicinin iradi bir davranışına bağladığı sonuç gereği kullanılmamış sayılır. Bu ihtimalde, kredi sözleşmesi ilk yapıldığı koşullarla devam eder.

E- TÜKETİCİNİN ERKEN ÖDEME HAKKI

TKHK m.27 ile, tüketiciye ihtiyacı doğrultusunda kullanmış olduğu krediyi, eline sonradan toplu para geçmesi hâlinde, erken ödeme yaparak kapatma veya azaltma imkânı tanınmıştır. Bu imkân 4077 sayılı kanunda da bulunmaktaydı. “Erken Ödeme” başlıklı maddeye göre, “*Tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabilir veya kredi borcunun tamamını erken ödeyebilir. Bu hâllerde kredi veren, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür*”.

Maddenin ilk cümlesinin esasen bir önemi yoktur. Borcun muacceliyetten önce ödenmesi mümkün olup, buna borçlunun erken ifaya yetkili olması (erken ifa edilebilirlik) denir. Erken ifa TBK m.96’da düzenlenmiş olup, “*sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça*” borçlunun erken ifa yapmaya yetkili olduğu kabûl edilmektedir. Bu bağlamda erken ifa teklifi, gereği gibi ifa teklifi olup alacaklı kabûl etmek zorundadır. Kabûl etmediğinde alacaklı temerrüdüne düşer. Ancak borcun muacceliyetten önce ifa edilebiliyor olması hâlinde kural olarak indirim yapılmaz. Fakat TBK m.96’da, erken ifa hâlinde, “*kanun veya sözleşme ya da âdet gereği*” indirim yapılabileceği öngörülmektedir. İşte TKHK m.27’de düzenlenmiş olan erken ödeme hâlinde indirim yapılacağına ilişkin madde, TBK m.96’da sayılan istisnai düzenlemelerden biridir. Bu bağlamda, maddenin ikinci cümlesi farklı bir sonuç yaratmakta; tüketicinin erken ödeme yapması hâlinde, diğer borçlardan farklı olarak, indirim talep edebilmesine imkân sağlamaktadır. Bu konuya ilişkin olarak çıkarılan yönetmelikler çerçevesinde hesaplama yapılarak, gerekli indirimin yapılması kanunî zorunluluktur.

F- TAKSİTLERİ ÖDEMEDE TEMERRÜT HALİNDE

Hem 4077 sayılı Kanunda hem de 6502 sayılı Kanunda, tüketicinin temerrüdü özel olarak düzenlenmiştir. Esasen bu düzenlemeler sadece tek bir

kredi taksidi ödemesi dikkate alınarak yapılmamakta; asıl olarak, kredi sözleşmelerine konan muacceliyet kayıtlarına dayalı olarak yapılmaktadır. Yoksa kredi veren, kredinin tümünü talep etmeyerek, sadece temerrüde düşülen taksidi talep ettiği hâlde; yani aynen ifa talebinde bulunduğu durumda, TBK kapsamında para borcunun ifasında temerrüt hükümleri çerçevesinde talepler gündeme gelir. Ancak ne zaman kredi veren, tüketicinin temerrüdüne dayalı olarak tüm kredi sözleşmesine esas miktarı talep etmek ister; o zaman TKHK m.28'deki düzenleme devreye girecektir.

Madde düzenlemesi şu şekildedir: “Belirli süreli kredi sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, kredi veren, borcun tamamının ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak kredi verenin bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin de birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmesi hâlinde kullanılabilir. Kredi verenin bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması zorunludur. - Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmaz.”. Benzer bir düzenleme, 4077 sayılı Kanununun 10. maddesinde de yer almaktaydı. Bu nedenle konuyu, karşılaştırma yaparak, bir tablo hâlinde göstermenin daha uygun olacağını düşündük.

eTKHK m.10/III	YTKHK m.28
Muacceliyet kaydı bulunmalıydı.	Muacceliyet kaydı bulunmalıdır.
Kredi verenin edimleri ifa edilmiş olmalıydı.	Kredi verenin edimleri ifa edilmiş olmalıdır.
Birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüt olmalıydı.	Birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüt olmalıdır.
En az bir hafta süre vererek muacceliyet uyarısında bulunmalıydı.	En az 30 (otuz) gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunmalıdır.
----	Taksitlerin hesaplanmasında faiz, masraflar, komisyonlar dikkate alınmaz

Tablodan da rahatlıkla görülebileceği üzere, ilk üç koşul daha önceki düzenleme ile aynıdır. Bunlarda bir değişiklik yapılmamıştır. Farklı olarak düzenlenmiş olan husus, bir haftalık uyarı süresine ilişkin olup, bu süre 30

güne çıkarılmıştır. Diğer bir farklılık da, taksitlerin hesabında sadece ana-paranın dikkate alınacağını belirten son fıkradır. Buna göre, vadesinden önce, sözleşmedeki kayda dayalı olarak muaccel hâle gelen taksitlerin ödemesinde, aynı erken ödemede olduğu gibi, işleyecek olan faizlerin ve komisyonların dikkate alınmaması gerektiği açıklanmıştır.