

# CAYMA HAKKININ SÖZLEŞME HUKUKUNDAKİ YERİ\*

(THE RIGHT OF WITHDRAWAL IN CONTRACT LAW)

**Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Başak Baysal\*\***

## ÖZ

Cayma hakkının tüketici hukukundaki yerinin belirlenmesi, genel anlamda sözleşme hukukundaki yerinin belirlenmesinden geçmektedir. Cayma hakkı sözleşmeye bağlılık ilkesine istisna teşkil etmemektedir. Aksine, sözleşmeye bağlılık ilkesini tamamlamaktadır. Cayma hakkı, tüketim toplumunun yarattığı rasyonel değerlendirme yap(a)mayan tüketici modeline bir çare olarak düşünülmüştür. Günümüzde cayma hakkı genel itibariyle tüketicinin korunması politikası kapsamında tanınmaktadır. Ancak cayma hakkı gelecekte tüketici sözleşmeleriyle sınırlı kalmayacaktır.

## Anahtar Kelimeler

Bilgilendirme Yükümlülüğü, Cayma Hakkı, Sözleşmeye Bağlılık İlkesi, Tüketici Kavramı, Tüketicinin Korunması.

## ABSTRACT

*Determining the point of withdrawal right in consumer law is related to determination its point, in general terms, in contract law. Withdrawal right is not an exception for the principle of commitment to contract. On the contrary, it backs up this principle. Withdrawal right is considered as a solution for the consumer type which has been created by consumption society and which do or can not evaluate rationally. Today, withdrawal right is generally regarded in terms of the policy of consumer protection. However, withdrawal right will not be limited to consumer contracts in the future.*

## Keywords:

*Informational Obligation, Withdrawal Right, Principle of Commitment to Contract, Consumer Notion, Consumer Protection*

\*\*\*

---

\* Bu makale, 22.5.2017 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşılmış olup birinci hakem onayından 29.5.2017 tarihinde, ikinci hakem onayından 1.6.2017 tarihinde geçmiştir.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.  
zbbaysal@istanbul.edu.tr

## GİRİŞ

2014 yılında yürürlüğe giren 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun [TKHK]<sup>1</sup>, tüketicinin cayma hakkı<sup>2</sup> ve onun bu konuda bilgilendirilmesi yükümlülüğüne ilişkin birçok yeni düzenleme getirmiştir; bu dü-

<sup>1</sup> RG, 28.11.2013, sayı 28835. 6502 sayılı Kanun ile 23.2.1995 tarihli 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır (TKHK m. 86). Cayma hakkı ile bilgilendirme yükümlülüğü her zaman bir arada düşünülmelidir; zira cayma hakkının amaca uygun bir şekilde kullanılabilmesi için öncelikle bu hakkın farkında olunması gerekir.

<sup>2</sup> Türk hukukunda cayma hakkı konusunda en öne çıkan tartışmalardan biri terime ilişkindir. Öğretide hakim görüş cayma hakkı ifadesinin doğru bir kullanım olmadığı, hakkı tam olarak karşılayan kavramın “geri alma” olduğu; kanunda cayma hakkı ifadesinin kullanımına rağmen söz konusu hakkın bir geri alma hakkı olduğu yönündedir. **Rona Serozan**, *Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası*, İstanbul, 2007, s. 137 vd.; **Şebnem Akipek**, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketicici Kredisi*, Ankara, 1999, s. 321 dn. 132: “Burada esasen söz konusu olan ‘cayma’ değil, bir ‘geri alma’ hakkıdır. Zira cayma hakkı, daha çok yaygın (neşir) sözleşmesi gibi, taahhüt ve tasarruf işlemlerinin, tek bir işlemde birleştiği hallerde kullanılır. Tüketicici kredisi sözleşmesinde daha taahhüt aşamasında bir geri alma hakkı kendini göstermekte ve burada irade beyanı geri alınmaktadır. Daha doğru bir ifade ile icap veya kabul şeklindeki bir irade beyanının geri alınması söz konusudur ki, bu karşımıza genellikle tüketici kredisi sözleşmesini kabul eden tüketicinin, bu kabul beyanını geri alması şeklinde çıkmaktadır. Yoksa burada teknik anlamda bir cayma söz konusu değildir”. Aynı yönde **Emrehan İnal**, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması ve Buna İlişkin Güncel Gelişmeler”, Uluslararası Tüketicici Hukuku Sempozyumu, Metinler Kitabı, İstanbul, 2013, s. 127; **Çağlar Özel**, *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Ankara, 1999. Türkçe’de caymak fiili “sözünden, kararından dönmek, vazgeçmek”; geri almak ise “verdiğini almak” anlamına gelmektedir (Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr.). Bu tanımdan yola çıkarsak, örneğin BK. m. 10 anlamında öneri ve kabulün geri alınmasından bahsedilmesi yerindedir zira henüz bağlayıcı bir sözleşme kurulmamıştır. Cayma hakkının sözleşmeye bağlılık ilkesi ile kullanılan terim yakından ilgilidir; öneri ve kabulün geri alınmasının sözleşmeye bağlılık ilkesi ile bağı hiç bir zaman kurulamaz zira öneri-kabul trafiği devam ederken henüz ortada bir sözleşme yoktur. Dolayısıyla bağlılık varsa, söz konusu olan geri almak değil, caymaktır. Caymak sözünden dönmek anlamını taşır; geri almak ifadesi bağlayıcılığı tek taraflı ortadan kaldırmak anlamını tam olarak karşılamaz. Ancak öneri ve kabulün geri alınmasından bahsedilir, öneri ve kabulden cayılmasından değil. Bu nedenle sözleşmesel bir bağlılık söz konusu ise cayma hakkından bahsedilmesi dil bakımından da daha doğru bir kullanım olacaktır. Biz de bu nedenle Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’nun Fransızca metninden ve Türkçe anlamlarından yola çıkarak sözleşmesel bağlılık söz konusu olduğunda cayma hakkından, böyle bir bağlılık yoksa geri alma hakkından bahsetmenin daha doğru olduğu düşüncesindeyiz. Geri alma (*rétraction*, *retraire*; *retraction*; *Rücknahme*) ve cayma (*révocation*, *révoquer*; *revocation/withdrawal*; *Widerruf*) kelimelerinin yabancı dildeki karşılıkları da farklıdır. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’nda ise cayma ve geri alma hakkı gibi iki ayrı terime yer verilmemiş, caymaya karşılık gelen “*révocation*; *Widerruf*” ifadeleri kanunun bütününde kullanılmıştır (İsv. BK m. 249; 404); sadece Fransızca metinde öneri ve kabulün geri alınmasından (*retrait de l’offre et de l’acceptation*) bahsedilmiştir; Mehaz kanunun Almanca metninde ise kavram yine öneri ve kabulden cayılması (*Widerruf des Antrages und der Annahme*) olarak ifade edilmiştir (İsv. BK m.9). Açıkladığımız bu nedenlerle, sözleşmesel bağlılık söz konusu olduğunda cayma hakkından, böyle bir bağlılık yoksa geri alma hakkından bahsetmenin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz. Cayma hakkının kullanılması ile söz konusu olan kabul beyanının geri alınması değildir. Kabule ilişkin irade beyanı yapılmış ve sözleşme kurulmuştur, söz konusu olan sözleşmeden cayılmasıdır.

zenlemelerde tüketicinin bilgilendirilmesi ve cayma hakkı kurumları tüketici lehine detaylandırılmış ve genişletilmiştir<sup>3</sup>.

Cayma hakkının tanındığı sözleşmelerde, hak sahibi belirli bir süre içerisinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeyi tek tarafı olarak sonlandırabilmektedir. Bu da beraberinde birçok soruyu getirmektedir<sup>4</sup>: Cayma hakkı gibi bir hakka hukuk düzeninde neden ihtiyaç duyulmuştur? Böylesi koşulsuz, gerekçesiz, serbestçe sözleşmesel sorumluluktan sıyrılmaya hakkı veren bir kurumun sözleşme teorisindeki yeri nedir? Cayma hakkı ile sağlanan koruma yerinde bir koruma mıdır? Bu koruma başka bir şekilde -örneğin cayma hakkı yerine sözleşmenin kurulmasından önce bir düşünme süresinin tanınması- sağlanamaz mı<sup>5</sup>? Bu temel soruların cevabını vermek kolay değildir; bu soruların cevabı için öncelikle cayma hakkının sadece tüketici hukukundaki değil sözleşme hukukundaki yerinin de belirlenmesi gerekir.

Koşulsuz kullanılabilen cayma hakkı ve onun tamamlayıcısı sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülükleri, tüketim toplumunun yarattığı rasyonel değerlendirme yap(a)mayan birey modeline çare olarak ortaya çıkmıştır<sup>6</sup>. Sözleşme öncesi bilgilendirme ile birey, bilgi kirliliğinin yarattığı olumsuzluktan kurtulacak, bu bilgileri kendisi toparlamak zorunda kalmayacaktır<sup>7</sup>. Cayma hakkının tanınmasıyla da, kişi kurduğu sözleşme ile ilgili bir daha düşünme ve fikrini değiştirme imkânına kavuşturulacaktır (*cooling-off period*)<sup>8</sup>. Amaç aslında rasyonel seçim yapabilen birey modelinden ayrılmamak ve böylelikle liberal ekonominin temel önermesi ile çelişmemektir.

<sup>3</sup> **Başak Baysal**, Tüketici Kredisi, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (Ed. M.M. İnceoğlu), [Kis. Tüketici Kredisi] İstanbul, 2015, s. 291. eTKHK'da başka sözleşme tipleri için var olan cayma hakkı başta tüketici kredisi olmak üzere diğer tüketici sözleşmeleri için de tanınmıştır. Cayma hakkının başka sözleşme tiplerinde de tanınması 6502 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce de öğretilde savunulmaktaydı: **Rona Serozan**, Tüketicinin Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri, İÜHFİM 2003, Cilt 61, Sayı 1-2, s. 339-356, (s. 352); **Akıpek**, s. 326; **Ümit Gezder**, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul, 1998, s. 84. Cayma hakkının tanındığı tüketici sözleşmeleri şunlardır: Taksitle Satış (TKHK m. 18); Tüketici Kredileri (TKHK m. 24); Ön Ödemeli Konut Satışı (TKHK m. 43); İş yeri dışında kurulan sözleşmeler (TKHK m. 47/V-VI-VII); Mesafeli sözleşmeler (TKHK m. 48/IV); Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler (TKHK m. 49/II-V); Devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri (TKHK m. 50/VI-VII).

<sup>4</sup> **Natacha Sauphanor-Brouillard**: *Traité de Droit Civil, Les Contrats de Consommation: Règles Communes*, L.G.D.J., Paris 2012, N. 391 vd.

<sup>5</sup> Öğretilde bu son soruya özellikle iş yeri dışında kurulan sözleşmeler bakımından olumsuz cevap verilmiştir; zira bunun aynı sorunu daha sonraki bir zamana taşımaktan başka bir işe yaramayacağı haklı olarak vurgulanmıştır. Mesafeli sözleşmeler söz konusu olduğunda da, öncesinde bir düşünme süresi tanınarak soruna çözüm bulunamaz. Mesafeli sözleşmelerde kişinin mal veya hizmete kavuşmadan bu konuda bir değerlendirme yapması beklenemez; düşünme süresi tanıyarak sözleşmenin kurulmasını uzatmak pratik bir çözüm olmaktan uzaktır. **Sauphanor-Brouillard**, N. 392.

<sup>6</sup> **Yeşim M. Atamer**, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul, 2016. [Kis.Kredi], s. 95/96.

<sup>7</sup> **Christian Twigg-Flesner/ Reiner Schulze**, Protecting rational choice: information and the right of withdrawal, in *Handbook of Research on International Consumer Law*, (Howells, Geraint/ Ramsay, Iain/ Wilhelmsson, Thomas/Kraft, David Eds), EE, Cheltenham, 2010, s. 130-157, N. 1.

<sup>8</sup> **Twigg-Flesner/Schulze**, N. 1.

Cayma hakkının tanındığı sözleşme ilişkilerine bakıldığında, sorunun cayma hakkı sahibinin iradesi ile ilgili olduğu akla gelebilir; soruna bu şekilde yaklaşılmalı hâlinde, cayma hakkının teorik temellerini irade bozukluklarında veya sözleşmenin kurulması aşamasında aramak gerekir<sup>9</sup>. Bununla birlikte, bizim görüşümüze göre bireyin özgür irade sahibi olmadığını söyleyecek kadar da ileri gidilmemelidir; salt cayma hakkının varlığı kişinin kurduğu sözleşme konusunda irade sahibi olmadığı anlamına gelmez; bu nedenle konunun irade bozukluğu çerçevesinde ele alınması bizim görüşümüze göre doğru değildir. Rasyonel davranmamak her durumda iradenin sakatlanmış olduğuna işaret sayılamaz. Cayma hakkına ilişkin teoriler kurulmuş bir sözleşme ilişkisi bağlamında geliştirilmeli ve sözleşmeye bağlılık ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir<sup>10</sup>.

Cayma hakkı, sözleşmeyi diğer çözüme tekniklerine göre tarihsel olarak yeni bir olgudur ve çoğunlukla tüketiciyi korumak için geliştirilmiştir<sup>11</sup>. Bununla birlikte, cayma hakkını kavramsal olarak tüketici hukukuna hapsedmek gerektiği düşüncesindeyiz. Güncel hukuk cayma hakkını tüketici hukukundan bağımsız düşünmeyi zorlaştırırsa da cayma hakkının kime tanındığından çok neden tanındığı önemlidir. Zayıf tarafın korunması ilkesi nedeniyle tüketiciye tanınmış olan cayma hakkı aslında sözleşmeye bağlılık ilkesinin işlevini yitirmesi ile ortaya çıkmıştır; bu ilkenin işlev kaybına uğradığı başka alanlarda da ileride gündeme gelebilir. Bu savımız cayma hakkının sözleşme hukukundaki yerine ilişkin düşüncelerimizi açıkladığımızda daha da iyi anlaşılacaktır. Tüm bu hususların tartışılabilmesi için ilk olarak, irade bozukluğu yaptırımını olarak değerlendirilmemesi gereken cayma hakkının sözleşmeye bağlılık ilkesi ile ilgisinin ortaya konulması gerekmektedir.

## I. CAYMA HAKKI VE SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİ

Cayma hakkı öğretide genel olarak sözleşmeye bağlılık (*ahde vefa-pacta sunt servanda*) ilkesine getirilen önemli bir istisna olarak ele alınmaktadır<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> TKHK'da da bu anlayışa işaret eden gerekçeler mevcuttur. Örneğin TKHK m. 47 gerekçesinde "tüketicinin isteyip istemediğinden bağımsız olarak tüketiciler psikolojik baskı altında olabilmekte ve istemedikleri bir durumla karşı karşıya kalabilmektedirler" cümlesi aslında tüketicinin özgür iradesinin varlığının kanun koyucu tarafından sorgulandığını gösterir. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf> (s. 63). Buna rağmen bizim görüşümüze konuya irade bozukluğu çerçevesinde yaklaşmak doğru değildir.

<sup>10</sup> Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü konusunda da yine şekli bir tutum takılmamalıdır; önemli olan amaçlanan karar alma sürecine etki edecek bilgiye kişinin ulaşmış ulaşmadığıdır. Kararına etki edecek bilgiye ulaşmış kişinin iradesi ile yaptığı seçimin sonuçlarına katlanması doğaldır.

<sup>11</sup> **Hans-W Micklitz /Stuyck, Jules/Terryn, Evelyne/ Droshout, Dimitri (eds.)/[İşleyen]**, Cases, Materials and Text on Consumer Law, Hart Publishing, Oxford, 2010, s. 239.

<sup>12</sup> **Reinhard Zimmermann**: The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta&Co Ltd., Cape Town, 2006, s. 578/579; **Horst Eidenmüller**: "Why Withdrawal Rights", ERCL, 2011, s.1-24., s. 2; **Micklitz/Stuyck/Terryn/Droshout (eds.)/[Rott, Terryn]**, s. 239/240; **Nathalie Rzepecki**: Droit de la consommation et Théorie Générale du Contrat, PUAM, Aix-En-Provence, 2002, N. 118; **Pascal Pichonnaz**: "La protection du consommateur en droit des contrats: le difficile équilibre entre cohérence du système contractuel et régime particulier", in Liber amicorum Bernd Stauder, Droit de la consommation, Konsumentenrecht, Consumer law, (Eds. Luc Thévenoz/Norbert Reich), [Kis. FS Stauder], Nomos, Schultess, 2006, s.323-341, (s. 331).

Aşağıda açıklayacağımız gerekçelerle, bizim görüşümüze göre cayma hakkı sözleşmeye bağlılık ilkesinin istisnası değil tam tersine tamamlayıcısıdır<sup>13</sup>.

Sözleşmeye bağlılık ilkesi gereği taraflar sözleşmesel bağı kural olarak tek taraflı çözemaz. Bu bağın ortadan kaldırılması oldukça sıkı şartlara tabi tutulur ve sözleşmenin diğer tarafının davranışının hukuk düzenince böylesi bir sonuca bağlanacak kadar ağır olması gerekir. Oysaki cayma hakkı söz konusu olduğunda cayma hakkı muhatabının davranışı önemli değildir; cayma hakkı ile sözleşmenin tek tarafına sözleşmeyi gerekçesiz bir şekilde ve herhangi bir ceza koşuluna da tabi olmadan sonlandırma hakkı tanınmıştır<sup>14</sup>.

Sözleşme hukukunun en temel ilkesi hiç kuşkusuz sözleşmeye bağlılık ilkesidir. Bu ilkenin tarihsel gelişimi incelenmeden günümüzde nasıl yorumlanacağına ilişkin bir tespit yapılması mümkün değildir. Tarihsel sürece bakıldığında bu ilkenin dinsel ve ahlaki bir temele sahip olduğu görülmektedir; daha sonra ilkenin sadece ahlaki temellendirilmesi yetersiz kalmış ve ilke bu sefer de bireyi temel alan irade özerkliği ilkesi ile açıklanmıştır. Liberalizmde irade özerkliği ilkesi bireylerin özgür ve eşit olduğu dogmasına dayanır; bu nedenle de onların iradelerine kanun koyucu da dâhil olmak üzere başka bir irade hükmedemez. İlişkiler bu özerk irade temelinde kurulur, bunun aracı da sözleşmedir<sup>15</sup>. Kimse iradesi dışında borç altına sokulamaz, özgür irade ile yapılmış bir anlaşmaya ve birey iradelerine hukuk müdahale edemez (*laisser faire, laisser passer –laisser contracter*<sup>16</sup>). Eşit insanların karşılıklı özgür iradelerinden sadece adil bir anlaşma doğar (*un homme vaut un homme*)<sup>17</sup>. Bu öğreti soyut bir eşitlik düşüncesine temelinde şekillendiğinden, sosyal açıdan eşit durumda olmayan kişiler arasında yapılan sözleşmeler ve bu tür sözleşmelere müdahale dikkate alınmamıştır, önemli olan tek şey özgürce kurulmuş bir sözleşmedir ve bu yeterlidir. Ne de olsa sözleşme tarafların kanunudur (*lex contractus*). Sözleşmeye tanınan bu gücün mutlaklığı ve eşitlik ilkesinin anlamı zaman içerisinde sorgulanmıştır. Bugün artık sözleşme taraflarının her zaman eşit pazarlık gücüne sahip olduğu bir dogmadan öte anlamlandırılmamalıdır; sözleşme hukukunun yeni ve temel bir ilkesi daha vardır, bu da zayıf tarafın korunması ilkesidir.

Bugün sözleşmeye bağlılık ilkesi sadece irade özerkliği ilkesi ile açıklanamaz; sözleşme bağlayıcı gücünü, sadece tarafların iradesinden değil, bu gücü ona tanyan nesnel hukuktan da almaktadır<sup>18</sup>. Hukukun izlediği amaçlar farklılaştığında, sözleşmeye bağlılık ilkesi de bu amaçlara uyarlanmalıdır<sup>19</sup>. Sözleşmeler geçmişteki gibi durağan değildir; günümüz ekonomik ilişkileri bu te-

<sup>13</sup> Sözleşmenin uyarlanması konusunda da benzer bir yaklaşım benimsemiştik. Bkz. **Başak Baysal**, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2017, s.12 vd.

<sup>14</sup> **Micklitz/Stuyck/Terryn/Droshout/Rott**, s. 239.; **Reinhard Zimmermann**: “Rückabwicklung nach Widerruf”, [Kıs. Widerruf] in Revision des Verbraucher-acquis, (Eds. Eidenmüller, H./Faust, F./Grigoleit, H.C./Jansen, N./Wagner, G./ Zimmermann, R), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, s. 167-192, (s. 168).

<sup>15</sup> Detaylı açıklama için bkz. **Baysal**, Sözleşmenin Uyarlanması, s. 8 vd.

<sup>16</sup> **Jean-François Bocquillon / Martine Mariage**; Introduction au droit, 9. Bası, Dunod, Paris, 2015, s. 221

<sup>17</sup> **Baysal**, Sözleşmenin Uyarlanması, s. 10.

<sup>18</sup> **Catherine Thibierge-Guelfucci**, “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, RTDciv. 1997, s. 357-385, N. 12.

<sup>19</sup> **Baysal**, Sözleşmenin Uyarlanması, s. 12 vd.

mel mübadele aracının kapsamını ve anlamını da değiştirmiştir; sözleşmeden beklenen yarar bugün farklıdır<sup>20</sup>. Sözleşmeye bağlılık ilkesinin temeli sözleşme adaletidir<sup>21</sup>. Amaç sözleşme adaletinin yeniden sağlanmasıdır; sözleşme tarafları birer rakip değil; sözleşme ile izlenen amaca birlikte odaklanan, zıt yönlere değil aynı yöne bakan kişilerdir; sözleşmesel dayanışma esastır (*solidarisme contractuelle*)<sup>22</sup>. Dürüstlük kuralı adeta tarafları birbirine bağlayan bir kardeşlik zinciridir (*vinculum fraternitatis*)<sup>23</sup>. Sözleşme, taraflarından birinin kendi özel çıkarını üstün tutmasına olanak veren bir birlik değildir, artık tarafların özel amaçlarını aşan sözleşme ile öngördükleri ve ulaşmaya çalıştıkları ortak bir amacın varlığından bahsedilmektedir<sup>24</sup>.

Tüm bu nedenlerle sözleşme adaleti ve sözleşmeye bağlılık ilkesi birlikte ele alınmalıdır; iki ilkenin amacı aynıdır aralarında bir çelişki veya çatışma olduğunda bu mutlaka giderilmelidir<sup>25</sup>. Bu iki ilke çatışması hâlinde üretilen çözümler günümüz modern sözleşme hukukunun temel uğraş alanıdır. Sözleşmeye bağlılık ilkesi sözleşme adaletini sağlama amacını taşır; bu amaçtan sapıldığı anda ilkenin varlığını sürdürebilmesi için çözüm üretilmelidir. Cayma hakkı da işte bu modern çözümlerden biridir.

İrade özerkliği ilkesi yukarıda da açıkladığımız üzere artık formel bir ilke olarak ele alınmamaktadır; bu ilkenin özünde seçimlerinin sonuçlarına katlanma ve sorumluluk alma yer almaktadır; cayma hakkı da sahibine adil bir şekilde bu sorumluluğu almasını sağlar, cayma hakkının kullanılabileceği süre dolduğunda artık o sözleşme ile tam olarak bağlıdır ve *cooling-off period* diye tanımlanan bu sürenin sonunda seçiminin sonuçlarına katlanır<sup>26</sup>. Cayma hakkının tanınması sözleşmeye bağlılık ilkesinin amacından saptığı noktada bir çözüm olarak üretilmiştir. Cayma hakkının sınırları belirlenirken de bu noktaya dikkat edilmelidir. Zira amaç sözleşmeye bağlılık ilkesini sözleşme adaletini sağlayacak şekilde yeniden devreye sokmaktır; yoksa bozulan eşitliği, mağdur taraf lehine tekrar bozmak değildir<sup>27</sup>. Somut olay çözümleri üretilirken, hukuk

<sup>20</sup> **Thibierge-Guelfucci**, N. 12.

<sup>21</sup> **Thibierge-Guelfucci**, N.13; **Philippe Stoffel-Munck**; Regards sur la théorie de l'imprévision, PUAM, Aix-Marseille, 1994, N. 46 vd; **Özel**, s. 81.

<sup>22</sup> **Christophe Jamin**: "Plaidoyer pour le solidarisme contractuel", Etudes offertes à Jacques Ghestin, Paris, 2001, s. 441 vd.

<sup>23</sup> **Peter Jäggi/Peter Gauch**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1b (Art. 18 OR), 3. b., Schulthess, Zürich, 1980, Art. 18 OR N. 649.

<sup>24</sup> **Henri Deschenaux**, "La revision des contrats par le juge", ZSR 1942, s. 546a vd.

<sup>25</sup> Bu konuda önemli bir içtihat için bkz. YHGK 15.10.2003 E.2003/13-599 K. 2003/599: "Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK m. 4 ve m. 2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir". (Kazancı Mevzuat ve İchtihat Bankası).

<sup>26</sup> **Micklitz/Stuyck/Terryn/Droshout/Rott**, s. 240.

<sup>27</sup> Cayma hakkının ne zaman kötüye kullanılmış sayılacağına tespitinde bu nokta önemlidir. Cayma hakkının kötüye kullanılması MK m.2/II denetimine takılır. Cayma hakkının kötüye kullanılması ile ilgili bkz. **Denis Mazeaud**, "Les contradictions légitime au détriment d'autrui en droit des contrats", in M. Behar-Touchais dir, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, 2001, s. 138. **Sauphanor-Brouillard**, N. 390. Bu ko-

güvenliğini sağlayan temel ilke olan sözleşmeye bağlılık ilkesi yokmuş gibi de davranılmamalıdır<sup>28</sup>.

Bu bakış açısında cayma hakkının tanınması aslında sözleşmeye bağlılık ilkesine getirilen bir istisna olarak ele alınmaz<sup>29</sup>. Cayma hakkının ve sözleşmeye bağlılık ilkesinin ortak amacı sözleşme adaletinin sağlanmasıdır. Cayma hakkının tanınması ile, devam etmesi aslında iki taraf lehine de olmayacak olan bir sözleşme, daha yol yakinken hukuk düzeninden kaldırılmaktadır. Cayma hakkının tanınmasının nedeni bu anlamda taraflar arasındaki eşitliğin sağlanmasıdır. Böyle bir eşitliğin sağlanması her şeyden önce sözleşmeye bağlılık ilkesine hizmet edecek ve onu tamamlayacaktır. Nitekim Türk öğretisinde Özel de cayma hakkının temeline ilişkin benzer hususları vurgulamıştır<sup>30</sup>: “Özel hukuka ilişkin olarak yeni tartışmalarda, ayrıntılardaki düşünce gel-gitlerine karşılık sözleşme özgürlüğü ile sözleşme adaleti arasında işlevsel bir bağlılığın varlığı kabul edilmektedir. Sözleşme mekanizmasına tarafların çıkar dengesinin uygun bir biçimde sağlanması görevi yüklenmiştir. (...) geri alma hakkı, gerçek anlamda irade özgürlüğünün gerçekleşmesi amacıyla hizmet eden bir araç niteliği taşımaktadır. Geri almanın somut işlevi, maddi irade özerkliğinin sağlanması açısından ortaya çıkar”.

Açıkladığımız tüm bu nedenlerle cayma hakkını sözleşmeye bağlılık ilkesinin bir istisnası olarak değil, aksine bu ilkenin gerçekleştirilmesine ve hayata geçirilmesine hizmet eden bir hak olarak ele almanın daha doğru olacağı düşünülmektedir.

## II. CAYMA HAKKININ AMACI VE YERİNDELİĞİ

Günümüz alışveriş ilişkileri geçtiğimiz yüzyılın başındaki gibi değildir. Elektronik ticaretin ve alışverişin de devreye girmesi ile birlikte başka türlü bir alışveriş yaşamı doğmuştur. Sözleşme hukuku da alışveriş ilişkilerindeki bu değişimden bağımsız düşünülebilecek bir alan elbette değildir. Cayma hakkı da bu gelişmelerden doğan ve sözleşme hukukunu bambaşka bir açıdan ele almayı gerektirecek haklardandır. Cayma hakkının amacının ve yerindeliliğinin belirlenmesi bu nedenle önemlidir.

Alışveriş yaşamının kilit sözleşmesi olan satım sözleşmesi sözleşme hukukunun yönünü değiştirebilecek güçte bir sözleşmedir. Liberal ekonominin kalbi mal veya hizmet karşılığı ödenen bedelde atar. Tüketim toplumu temelinde yükselen bu ekonomik sisteme hukuki temeli de sözleşme, satım, tüketici, rekabet hukuku gibi malvarlığı hukuku alanları sağlar. Alışveriş yaşamındaki

---

nuda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bir kararı bulunmaktadır. **C-489/07 – Messner**, N. 26: “Consequently, the purpose of Directive 97/7 and, in particular, the prohibition laid down in the second sentence of Article 6(1) and Article 6(2) thereof do not preclude, in principle, a legal provision of a Member State which requires a consumer to pay fair compensation in the case where he has made use of the goods acquired under a distance contract in a manner incompatible with the principles of civil law, such as those of good faith or unjust enrichment.”. Ayrıca bkz. Tüketici Hakları Yönergesi m. 14/II.

<sup>28</sup> **Deschenaux**, s.519a.

<sup>29</sup> Aynı yönde, **Micklitz/Stuyck/Terryn/Droshout/Rott**, s. 240: “Instead of contracting this principle –pacta sunt servanda-, the right of withdrawal instead, in a new context, gives the principle an additional justification and confirms its role as a pillar of our private law in a free economy”.

<sup>30</sup> **Özel**, s. 81/82.

değişikliklerin malvarlığı hukukunu etkilememesi bu nedenle mümkün değildir. Tüketici hukukuna gelince, onun önemi herkesin tüketici olmasında yatar; modern zamanlarda tüketici olmayan tek bir kişi bile yoktur<sup>31</sup>. Alışveriş yaşamındaki ilişkiler ve tüketici davranışları değiştiğe buna ilişkin hukuk kuralları da değişir. Mal ve hizmet çeşitliliği karşısında bireyin ilk bakışta müthiş bir seçim şansına sahip olduğu düşünülebilir; oysaki bu yanıltıcıdır<sup>32</sup>. Birey mal ve hizmetlere ilişkin reklam faaliyetlerinin ve internetin de etkisi ile büyük bir bilgi kirliliğinin içerisinde kendini bulmaktadır. Bu bilgi kirliliği içerisinden doğru ürünü/hizmeti bulmak ise kolay değildir; tüm bu çeşitlilikten bunalmış kişinin kendisi için her zaman en doğru tercihi yapacağını söylemek ise günümüzde geçerli bir temel önerme olmayacaktır<sup>33</sup>. Daha çok seçim şansına sahip olmanın, anlamlı bir seçim şansını ortadan kaldırma pahasına savunulmaması gerekir<sup>34</sup>. Bununla birlikte tüm sözleşme hukuku ve liberal ekonomik sistem bu temel önermenin geçerli olmasına bağlıdır: Özgür ve rasyonel birey her zaman kendisi için en doğru tercihi yapar ve bu özgür seçiminin sonuçlarına da katlanır. Ancak günümüz tüketim toplumunda böylesi bir özgür iradenin varlığı büyük tartışmalar doğurmaktadır. Tam anlamıyla rasyonel bir bireyden bahsetmek zorlaşmıştır (*imperfectly rational consumer*)<sup>35</sup>. Seçimlerinde etki altında kalan ve bu nedenle de birçok hata yapan birey temel alınarak pazarlama teknikleri geliştirilmektedir; pazarlama faaliyetinin çıkış noktası artık ürünün gerçek faydası değil, eksik değerlendirme yapan birey tarafından ürünün nasıl algılandığıdır<sup>36</sup>. Demek oluyor ki, rasyonel birey dogması piyasa şartları dikkate alındığında da çökmektedir; ileri sürüldüğü gibi sözleşme ilişkisinde tam anlamıyla rasyonel davranan bireyler varsa bile, günümüzde her birimizi sözleşme yapmaya iten pazarlama teknikleri onları dikkate alarak değil, büyük çoğunluğu oluşturan yarı rasyonel tüketiciler (*imperfectly rational consumer*) dikkate alınarak hazırlanmaktadır<sup>37</sup>. Tüketicinin sözleşme öncesi bilgilendirilmesi yükümlülüğü ve cayma hakkı imkanı şeffaf bir pazar yaratmanın da önemli araçlarıdır<sup>38</sup>. Şu bir gerçektir, tüketiciye ürünleri karşılaştırma şansının verilmediği bir piyasa rekabetçi bir piyasa da olamaz; bununla birlikte özellikle ekonomik

<sup>31</sup> **Oren Bar-Gill**: *Seduction by Contract, Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 1.

<sup>32</sup> **Bar-Gill**, s. 20.

<sup>33</sup> **Twigg-Flesner /Schulze**, N. 1. Bkz. TKHK m. 47 gerekçesi: “tüketicinin isteyip istemediğinden bağımsız olarak tüketiciler psikolojik baskı altında olabilmekte ve istemedikleri bir durumla karşı karşıya kalabilmektedirler”, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>, s. 63.

<sup>34</sup> **Bar-Gill**, s. 20.

<sup>35</sup> **Bar-Gill**, s. 19.

<sup>36</sup> **Bar-Gill**, s. 2, 7/8.

<sup>37</sup> **Bar-Gill**, s. 19.

<sup>38</sup> Bu tekniklerin, tüketicinin sözleşmelerinde var olduğu kabul edilen bilgi asimetrisini düzelterek şeffaf bir pazar yaratma amacının gerçekleştirilebilmesi için yeterli olup olmadığı ise başka bir tartışmanın konusudur: **Stephen Weatherill**, “The Consumer Rights Directive: How and why a quest for “coherence” has (largely) failed” *Common Market Law Review* 2012, 49, s. 1279-1371, (s. 1281); Ayrıca bkz. **Hannes Rösler**, “Schutz des Schwächeren im Europäischen Vertragsrecht”, *Rabelsz*, Vol. 73, 2009, s. 889-911 (s. 890 vd.)



bakış açısında rasyonel olmayan bireyler söz konusu olduğunda bilgilendirmenin maliyeti de artmaktadır<sup>39</sup>.

Tüketicinin korunması amacının gerçekleştirilebilmesinin iki önemli ayağı vardır<sup>40</sup>: Tüketicinin iyi bir şekilde bilgilendirilmesinin sağlanması ve taraflar arasında var olan yapısal eşitsizliğin önüne geçilmesi<sup>41</sup>. Bilgilendirme elbette önemlidir ancak bilgilendirilmiş, aydınlatılmış tüketiciye bu bilince ulaştıktan sonra herhangi bir seçim hakkı tanınmazsa, bilgilendirmenin de bir anlamı kalmaz. Bu nedenle bilgilendirme yükümlülüğünün tamamlayıcısı bir kurum olarak, tüketiciye belli şartlarla cayma hakkı tanınmıştır; cayma hakkının getirilmesi de esasen *bilgi asimetrisinin giderilmesi amacıyla hizmet eder*<sup>42</sup>. Bilgilendirme yükümlülüğü ve cayma hakkı tüketicinin doğru ve rasyonel bir karar almasını sağlar<sup>43</sup>. Cayma hakkı ve bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin hükümler yorumlanırken, kurumlar arasındaki bu bağlantı mutlaka dikkate alınmalıdır.

Cayma hakkı, sözleşenler arasında bozulmuş sayılan farazi eşitliği tekrar kurmanın önemli araçlarından. Kişinin iradesini oluştururken hızlı bir şekilde karar verdiği varsayımından yola çıkılır<sup>44</sup>. Cayma hakkının tanınması ile hak sahibine kurulmuş olan sözleşme üzerinde son bir kez düşünme fırsatı tanınmıştır<sup>45</sup>. Doğru ve rasyonel bir karar alınmasını sağlamak için, *'sakin ka-fayla düşünme dönemi'* yaratılmıştır (*cooling-off period*)<sup>46</sup>. Sözleşme taraflarından birinin böyle bir döneme ihtiyacının olması çeşitli nedenlere dayanır. Örne-

<sup>39</sup> **Bar-Gill**, s. 23/24.

<sup>40</sup> **Pichonnaz**, FS Stauder, s. 62.

<sup>41</sup> TKHK'nun genel gerekçesinde de bu amaçlar şu şekilde belirtilmiştir: "Tüketicinin korunması ihtiyacı değişik sebeplere dayandığından tüketiciyi korumak için kullanılması gereken araçlar da farklılaşabilmektedir. Koruma zorunluluğunun nedenlerinden biri de, tüketicinin ilgili hukuki işlemi en uygun içerik ile kurmak için ihtiyaç duyduğu **bilgiye sahip olmamasından** kaynaklanmaktadır. Bu hallerde taraflar arasındaki **bilgi asimetrisinden** bahsedilmekte ve **bu asimetrinin giderilmesi için hukuki önlemler almak icap etmektedir**. Nitekim bu Tasarla sözleşmenin kurulması öncesinde ve kurulması sırasında tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülüğünün düzenlendiği bütün hallerde amaç, taraflar arasındaki **bu dengesiz durumu gidermek ve tüketicinin de bilgilendirilmiş bir şekilde sözleşme kurmasına imkân tanımaktır**. Sözleşme özgürlüğüne en az müdahale eden araç olması itibarıyla özellikle AB mevzuatı bilgilendirme yükümlülüklerine özel bir önem atfetmektedir. Bu yükümlülük bazen bir yazılı şekli şartı olarak düzenlenmiş ve şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüz olacağı kabul edilmiş; bazı hallerde ise eksik bilgilendirmeye rağmen sözleşmenin kurulacağı ancak tüketicinin bilgilendirilmediği konularda sözleşmeyi düzenleyen aleyhine bazı haklardan faydalanması kabul edilmiştir." Genel gerekçe s.8. Genel gerekçe, madde gerekçeleri ve komisyon raporları için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss490.pdf>. Yazarın notu: Önemli hususların altı tarafımızca çizilmiştir, asıl metinde mevcut değildir.

<sup>42</sup> **Baysal**, Tüketici Kredisi, s. 291/292.

<sup>43</sup> Karş. Dünya Bankası Finansal Tüketici Koruma İçin İyi Uygulamalar (Good Practices for Financial Consumer Protection), s. 27-28. <http://documents.worldbank.org/curated/en/583191468246041829/Good-practices-for-financial-consumer-protection>. Türkçe çevirisi için bkz. [https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/2108/Finansal\\_Tuketici\\_Koruma\\_Icin\\_Iyi\\_Uygulamalar.pdf](https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/2108/Finansal_Tuketici_Koruma_Icin_Iyi_Uygulamalar.pdf).

<sup>44</sup> **Baysal**, Tüketici Kredisi, s. 305.

<sup>45</sup> **Rzepecki**, N.103.

<sup>46</sup> **Atamer**, Kredi, s. 96.

ğin tüketici sözleşmesinin türüne göre cayma hakkının tanınma amacı değişmektedir. Cayma hakkının tanınmasının temel amacı kural olarak sözleşenler arasında varolan eşitsizliği gidermektir. Bu eşitsizliğin neden kaynaklandığı ise sözleşmenin niteliğine göre değişebilir. Bazı sözleşme ilişkilerinde söz konusu sakin kafayla düşünme ihtiyacı bu ilişkilerin kurulma biçiminden kaynaklanır; bazılarında ise sözleşmenin karmaşık yapısı böyle bir değerlendirme süresini gerekli kılar<sup>47</sup>.

Sözleşme kurulmuş olmadan kişi tam olarak ne ile baş başa kaldığını aslında bilemez; sözleşmenin kurulmasından yani bağılıktan önceki dönemde kişi o ilişkiye girmemiş olmanın verdiği rahatlıkla değerlendirme yapar; ancak sözleşme ilişkisine girdiğinde kişi daha soğukkanlı bir değerlendirme yapmaya başlar. Aslında bu tüm sözleşme ilişkileri için geçerlidir.

Cayma hakkı tüketim toplumunun yarattığı rasyonel değerlendirme yap(a)mayan tüketici modeline bir çare olarak düşünülmüştür<sup>48</sup>. Yeterli bir çözüm oluşturup olmadığı ise elbette uygulama ile yakından ilgilidir. Cayma hakkının kanunla tanınmış olması, uygulamada tüketicinin değerlendirme yapmasını engelleyecek yeni “hukuki” tekniklerin ve çarelerin geliştirilmesini engellemez. Şeklen hukuka uygun bir görünüm yaratılıp, kanunun gereği kolaylıkla yerine getirilebilir. Oysaki amaçlanan bu değildir. Bunun yanı sıra, cayma hakkının sadece tüketici lehine bir kurum olduğu sanısı da yanıltıcıdır. Aydınlatılmış, seçim şansına sahip, amaca uygun bir şekilde bilgilendirilmiş tüketici cayma hakkını kullandığında, bunun nedeni çoğu durumda cayma hakkını kullandığı sözleşmenin gereğini yerine getiremeyecek olmasıdır<sup>49</sup>. Amacını ekonomik olarak gerçekleştiremeyecek bir sözleşmenin daha baştan, cayma hakkı için tanınan kısa sürede ortadan kaldırılması aslında iki taraf için de faydalıdır<sup>50</sup>.

Cayma hakkı sözleşmeden dönme veya tazminat talep hakları gibi kavramsal bütünlük arz eden bir kurum değildir<sup>51</sup>. Bu nedenle de cayma hakkının amacı denildiğinde aslında tek bir amaçtan da bahsedilemez. Bununla birlikte cayma hakkı düzenlemeleri değerlendirildiğinde iki temel amaçtan yine de bahsedilmektedir<sup>52</sup>: Hukuki işlemin kurulmasına psikolojik olarak hazır olmayan kişiyi korumak (*lack of psychological strength-psikolojik dayanıksızlık*) veya hukuki işlemi yaparken yeterli şekilde bilgilendirilmeyen kişiyi korumak (*lack of informational strength-bilgi güçsüzlüğü*). İş yeri dışında kurulan sözleşmelerde tüketici psikolojik açıdan güçsüzdür ancak örneğin mesafeli sözleşmelerde güc-

<sup>47</sup> Bar-Gill, s. 18 vd.

<sup>48</sup> Atamer, Kredi, s. 95/96.

<sup>49</sup> Baysal, Tüketici Kredisi, s. 305/306.

<sup>50</sup> Borçlunun ifa ve ifa etmeme kararının ekonomik analizi için bkz. Kerem Cem Sanlı: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul, 2015, s. 79 vd. Sanlı, ifa kararını ahde vefa ilkesinin belirlemediği görüşündedir, ona göre borçlu borcu ifa etmeyi taahhüt ettiği için değil, kendisine fayda sağlayacağı için ifa eder ve borca aykırılığın hukuk ve ekonomi literatüründe ahlaki bir mesele olarak ele alınmadığına vurgu yapar; ancak hukuk perspektifinden bu yaklaşımın olağan dışı olduğunu da kabul eder.

<sup>51</sup> Özel, s. 71.

<sup>52</sup> Jan M. Smits, “Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law: The Right to Change Your Mind?” 29 Penn St. Int'l L. Rev. 671 2010-2011, s. 671-684 (s. 676).

süzlük daha çok bilgi asimetrisinde yatar ancak bu bilgi asimetrisi bilgi eksikliğinden değil bazen de bilgi fazlalığından kaynaklanır.

İş yeri dışında kurulan sözleşmelerde çayma hakkının tanınması (TKHK m. 47/V) tüketicinin bu psikolojik güçsüzlüğünü gidermek içindir; hükmün gerekçesi de bu amaca işaret etmektedir<sup>53</sup>:

İşyeri dışında yapılan sözleşmelerde sorun, tüketicinin hiçbir şekilde sözleşme akdetmeyi düşünmediği bir ortamda sözleşme kurmaya ikna ediliyor olmasıdır. Satıcı ve sağlayıcılar genelde tüketicinin bilgisizliğinden ve **ortamın yarattığı şaşkınlıktan faydalanarak** bu agresif pazarlama yöntemi sayesinde tüketicileri **aslında hiç yapmayı düşünmedikleri sözleşmeler** kurmaya yönlendirmektedir. Bu tür sözleşmelerde satıcının ziyaretini tüketicinin isteyip istemediğinden bağımsız olarak **tüketiciler psikolojik baskı altında olabilmekte** ve istemedikleri bir durumla karşı karşıya kalabilmektedirler. (...)

Beşinci fıkra ise çayma hakkına ilişkindir. İşyeri dışında yapılan sözleşmelerde tüketicinin korunması için kabul edilen diğer çözüm ise, tüketiciye ondört gün içerisinde bu sözleşmeden çayma hakkı verilmesidir. **Hiç beklemediği bir anda sözleşme kurmak zorunda kalan tüketici**, dilerse bu sözleşmeden hiçbir maddi yükümlülük altına girmeden kurtulabilecektir.

Madde gerekçesinden de açıkça anlaşıldığı üzere iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde, “*hiç beklemediği bir anda sözleşme kurmak zorunda kalan*” tüketicinin satıcı ve sağlayıcının fiziksel varlığı ve etkisi bulunmadan “*ortamın yarattığı şaşkınlık*”tan uzaklaşarak düşünebilmesine imkan vermek gerekir<sup>54</sup>. Yapılan bu “sürpriz”, tüketicinin elinden diğer sözleşme olanaklarını; ürün ve hizmetleri kıyaslama fırsatını da alır<sup>55</sup>. Tüketicinin “*olağan bir değerlendirme yapacak bir zaman*”ının olmaması çayma hakkının tanınmasının temel nedenidir<sup>56</sup>. Madde gerekçesinde “beklenmezlik” durumuna vurgu yapılmaktadır<sup>57</sup>. Tüketici sözleşme görüşmelerine hazırlıksız yakalanmıştır ve bunun sonucu olarak diğer mal ve hizmetler ile kalite/fiyat karşılaştırması yapmaktan adeta yoksun bırakılmıştır<sup>58</sup>.

Mesafeli sözleşmelerde çayma hakkının tanınması ise (TKHK m. 48/IV) bu sefer tüketicinin bilgi güçsüzlüğünü gidermek içindir; hükmün gerekçesi de bu amaca işaret etmektedir<sup>59</sup>:

İşyeri dışında yapılan sözleşmelerde belirleyici özellik, tarafların, mağaza gibi olağan sözleşme kurma mekânları dışında fiziksel olarak karşılaşmasıyken mesafeli sözleşmelerde belirleyici özellik, tarafların hiç karşılaşmamasıdır.

<sup>53</sup> TKHK m. 47 gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>, s. 63.

<sup>54</sup> **Rzepecki**, N.103.

<sup>55</sup> **Sauphanor-Brouillard**, N. 392.

<sup>56</sup> “Burada önemli olan tüketicinin olağan bir değerlendirme yapmasına fırsat verecek bir zaman olmadan işyeri dışında görüşülmesinin hemen sonrasında satıcı veya sağlayıcının işyerinde veya uzaktan iletişim araçları kullanılarak kurulan sözleşmelerdir”. Bkz. TKHK m. 47 gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>, s. 63.

<sup>57</sup> “Tüketici kural olarak ne işyerinde, ne kendi konutunda, ne de ziyaret ettiği başka bir konutta sözleşme kurmayı düşünmez. Ancak istisnai olarak tüketicinin, satıcı veya sağlayıcı ile önceden işyerinde veya konutunda buluşmayı kararlaştırdığı hallerde artık beklenmezlik durumu ortadan kalkar”.

<sup>58</sup> **Zimmermann**, Obligations, s. 213.

<sup>59</sup> TKHK m. 47 gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>, s. 63.

Evinden telefon, internet, mektup gibi vasıtalarla sözleşmeyi kuran tüketici, satıcı veya sağlayıcının yüzünü dahi görmemektedir. Nitekim bu tür sözleşmelerde **sorun genelde çok düşünülmeden, sözleşmeye ve edime ilişkin ayrıntılar hakkında yeterli bilgi sahibi olmadan, piyasada sunulan aynı türden mal veya hizmete ilişkin sözleşme koşulları ile karşılaştırma yapmadan, mal hiç görülmeden** satım sözleşmesi akdediliyor olmasıdır. Dolayısıyla bu hallerde de bilgi eksikliğinin giderilmesi için 25/10/2011 tarihli Tüketici Haklarına İlişkin 2011/83/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesine uyumlu olarak tüketicinin sözleşme ve edim hakkında aydınlatılması ve kendisine bir cayma hakkının verilmesi uygun gözükmektedir”.

Tarafların karşılaşmamasının belirleyici özellik olduğu mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı tanınmasının amacı yine bir düşünme, tekrar değerlendirme süresi yaratmaktır. Bu tür sözleşmelerde, iş yeri dışındaki sözleşmelerdeki gibi bir “sürpriz karşılaşma” (*surprise element*<sup>60</sup>) yoktur; tam tersine –her ne kadar gerekçede aksi belirtilse de– tüketici mal veya hizmeti değerlendirme hatta diğer benzer mal veya hizmetlerle de fiyat karşılaştırması yapma olanağına sahiptir<sup>61</sup>. Ancak ürünü fiziksel olarak inceleyemediği, *mal hiç görülmediği* için ürün eline geçtiğinde böyle bir döneme ihtiyaç duyar.<sup>62</sup> Mesafeli sözleşmelerde satışlarda aslında tüketicinin maruz kaldığı saldırgan bir pazarlamadan da bahsedilemez<sup>63</sup>. Dolayısıyla aslında bu amaçlardan hiçbiri tatmin edici değildir; mesafeli sözleşmelerde cayma hakkının tanınmasının amacı tüketim toplumunun getirdiği çeşitlilik ve özellikle de internet karşısında kafası karışan tüketiciye tekrar değerlendirme süresi tanımaktan öte değildir.

Bazı sözleşme ilişkilerinde eşitler arası sözleşme temel önermesini tartışılır hale getiren unsur, bu sözleşmelerin karmaşık yapısıdır. Sözleşmenin karmaşık bir yapıya kavuşturulması ile amaçlanan, ürünün maliyeti konusunda bireyin rasyonel değerlendirme yapmasını zorlaştırmak olabilir; bireyin bu karmaşıklığın üstesinden, çoğu zaman ancak onu görmezden gelerek, inkâr ederek, gelebileceği haklı olarak vurgulanmıştır<sup>64</sup>.

Karmaşık sözleşme ilişkileri denildiğinde akla ilk gelen sözleşmelerden biri kredi sözleşmeleridir. Kredi sözleşmelerinde cayma hakkının tanınmasının temel nedeni bu ilişkilerin karmaşık ve anlaşılması güç yapısıdır<sup>65</sup>. Cayma

<sup>60</sup> **Zimmermann**, Obligations, s. 213.

<sup>61</sup> **Rocheheld**, sözleşmenin hazırlar arasında yapılmamış olmasının iradenin oluşturulması bakımından tam tersine bir konfor sağladığına dikkat çeker. **Judith Rocheheld**, “Le contrat?...si je veux!”, RTDciv. 2001, s. 970.

<sup>62</sup> Hizmet sağlanmasında da tüketicinin hızlı bir karar aldığı önermesi geçerli değildir. **Josep Maria Bech Serrat**, Selling Tourism Services at a Distance: An Analysis of the EU Consumer Acquis, Springer, 2012, s. 103. “*Nevertheless, this rationale for the regulations, i.e. the argument that the consumer must be protected from making rash decisions, is unclear regarding services. In fact, a consumer who buys at a distance is in no very different position from a consumer contracting services, in that in neither case is there an opportunity for a prior examination. Even so, this rationale currently prevails when arguing for the right of withdrawal from distance contracts.*”

<sup>63</sup> **Bech Serrat**, s. 103, dn. 14.

<sup>64</sup> **Bar-Gill**, s. 18.

<sup>65</sup> **Twigg-Flesner/Schulze**, N. 1; **Geraint Howells**, “Consumer Credit and Behavioural Economics” [Kıs. Consumer Credit], in Verbraucherrecht und Verbraucherverhalten, Consumer Law and Consumer Behaviour, Heiderhoff, Bettina/ Schulze, Reiner (Eds.), s. 61-81 (s. 63); **Zimmermann**, s. 168.

hakkının tanınması ile amaçlanan bir diğer husus da tüketicinin geleceği düşünmeden ödeme gücünün üzerinde bir yüke girdiğinin farkında olmasının sağlanmasıdır. Bununla birlikte kredi sözleşmesinin karmaşık yapısının getirdiği risk, çözüme ulaştırılmazsa, tüketici hiç bir zaman böyle bir değerlendirme yapabilecek konuma gelemez. Bu nedenle bilgilendirme yükümlülüğü kredi sözleşmelerinde özel bir önem taşır.

TKHK m. 24 hükmü ile tüketici kredisi sözleşmelerinde ilk defa cayma hakkı tanınmıştır<sup>66</sup>. Hükmün gerekçesinde cayma hakkının tanınma amacı olarak bu tür ilişkilerin karmaşık yapısı gösterilmemiştir. Gerekçede tüketicinin ödeme gücünü aşan miktarda kredi almasının engellenmesi; bunun için tüketicinin krediyi ödeyip ödeyemeyeceğini rahatça düşünebileceği bir dönem tanınmasına vurgu yapılmıştır<sup>67</sup>:

Birinci fıkrada yapılan düzenleme ile ilk defa tüketici kredisi sözleşmelerinden on dört gün içinde cayma hakkı getirilmiştir. Bu düzenleme 2008/48 sayılı AB Yönergesi dikkate alınarak kaleme alınmıştır. Tüketici kredisi sözleşmelerinde tüketici açısından önemli bir tehlike tüketicinin çok fazla düşünmeden, geri ödeyebileceğini düşündüğü maddi bir yükümlülük altına girmesidir. Kimi zaman tüketici kredisi sözleşmesi tüketicinin ödeme gücünü aşabilmektedir. Dolayısıyla tüketicilere, on dört günlük süre içinde düşünüp duruma göre cayma hakkını kullanma imkânı verilmiştir. Aslında tüketicilere cayma hakkı verilmesi kredi verenlerin de lehinedir. Zira bir kaç ay sonra ödeme güçlüğüne düşecek bir müşteri, kredi veren açısından riskli bir müşteri olacaktır. Dolayısıyla bu tür müşterilere zaman kaybetmeden işlemde cayma hakkı verilirse en azından kredi veren açısından da bu riskin bir ölçüde azaltılması imkânı olacaktır.

Her ne kadar kredi sözleşmesinin karmaşık yapısının cayma hakkının tanınmasındaki amaç olduğu gerekçede açıkça anılmıyorsa da, tüketicinin ödeme gücünün sözleşmenin kuruluşunda doğru bir değerlendirmeye tabi tutulmasının temelinde bu yatar. Şu bir gerçektir, sıcak paraya bir an önce kavuşmak aslında geçici bir rahatlama sağlar; kredinin geri ödenmesinde ise bu rahatlama yerini kaygıya bırakır<sup>68</sup>. Cüzdanındaki parayı harcarken kişi daha hesaplı davranabilirken kredi kartından yapılan harcamalar her zaman daha rahat yapılmaktadır. Kişiler genelde kısa vadeli kazanımların peşinden gitmektedir<sup>69</sup>. Ancak tek gerekçe tüketicinin bu davranış biçimi olsaydı bunun on dört gün içerisinde değerlendirilmesinin beklenmesi de gerçekçi olmazdı; zira tüketicinin bunu gerçekten hissedebileceği an geri ödeme zamanının geldiği andır. Amaçlanan, cayma hakkının kullanılabilmesi on dört günlük süre içerisinde tüketicinin sözleşmeyi inceleme ve ödeyeceği miktarı sakın kafayla hesaplayabilmesidir<sup>70</sup>. Sonrasında yine de krediyi kullanmak isterse ve bu ödeme gücünü aşarsa artık bu davranış biçiminin sonuçlarına katlanmalıdır<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Baysal**, Tüketici Kredisi, s. 304 vd.

<sup>67</sup> TKHK m. 23 gerekçesi. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>, s. 51.

<sup>68</sup> **Howells**, Consumer Credit, s. 64.

<sup>69</sup> **Bar-Gill**, s. 21.

<sup>70</sup> Kredi sözleşmelerinde cayma hakkı düşünüldüğü kadar çok kullanılmamaktadır; erken ödeme imkânından daha fazla faydalanılmaktadır. **Howells**, Consumer Credit, s. 77.

<sup>71</sup> Kanun koyucunun tüketici kredisi sözleşmesinin karmaşık yapısının tüketici aleyhine yarattığı bu durumun farkında olduğu TKHK m. 25/II hükmünden de bellidir. TKHK

Özetlemek gerekirse, cayma hakkının tanınmasındaki temel gerekçe sözleşmenin zayıf tarafının korunmasıdır. Bu yolla sözleşmenin eşitler arasında akdedildiğine ilişkin temel önermeye de yeniden hayat verilmektedir. Bu nedenle zayıf sözleşme tarafı denildiğinde akla gelen ilk hukuk dallarından olan tüketici hukukunun ve tüketici sözleşmelerinin cayma hakkının en önemli uygulama alanını oluşturması şaşırtıcı değildir. Bununla birlikte cayma hakkının sadece tüketici sözleşmelerine özgülenmesi de doğru değildir; aynı amaca ulaşmak söz konusu ise pekâlâ başka sözleşme ilişkilerinde de bu hakkın tanınması gündeme gelebilir.

### III. CAYMA HAKKININ KAPSAMININ TÜKETİCİ SÖZLEŞMESİ DIŞINDAKİ SÖZLEŞMELERE YAYDIRILMASI

Cayma hakkının bugün uygulanma alanı yoğun olarak tüketici sözleşmeleri olsa da, bu hakkın gelecekte bu sözleşmelerle sınırlı kalmayacağı düşüncesindeyiz. Nitekim sigorta sözleşmelerinde tanınan cayma hakkı buna önemli bir örnektir. Cayma hakkının sözleşme hukukundaki yerini anlamak bakımında sigorta sözleşmelerinde tanınan cayma hakkını kısaca açıklamak faydalı olacaktır.

Sigorta sözleşmelerinde sigortacının cayma hakkı genel bir hükümlerle TTK m. 1439/I hükmünde düzenlenmiştir:

Sigortacı için önemli olan bir husus bildirilmemiş veya yanlış bildirilmiş olduğu takdirde, sigortacı 1440ıncı maddede belirtilen süre içinde sözleşmeden cayabilir veya prim farkı isteyebilir. İstenilen prim farkının on gün içinde kabul edilmemesi hâlinde, sözleşmeden cayılmış kabul olunur. Önemli olan bir hususun sigorta ettirenin kusuru sonucu öğrenilememiş olması veya sigorta ettiren tarafından önemli sayılmaması durumu değiştirmez.

TTK m. 1439 hükmünde sigorta ettirenin beyan yükümlülüğüne (*duty of disclosure*) aykırı davranması durumunda, sigortacıya bir cayma hakkı tanınmıştır<sup>72</sup>. Bununla birlikte cayma hakkının temel özelliği gerekçesiz kullanılmasıdır. TTK m. 1439 hükmünde gerekçesiz kullanılabilen bir haktan bahsedilemez. Sigorta ettirenin cayma hakkını kullanabilmesi için sigorta ettirenin beyan yükümlülüğüne aykırı davranmış olması gerekir, bu nedenle aslında teknik anlamda bir cayma hakkı söz konusu değildir<sup>73</sup>. Sigorta hukukunda, cayma beyanında sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle sözleşmenin sonlandırıldığı ve hatta cayma gerekçesinin mutlaka yer alması gerektiği kabul edilmektedir<sup>74</sup>. Açık ki, sigorta hukukunda beyan yükümlülüğüne

---

m. 25 f.2, tüketicinin ne ödeyeceğini tam olarak bilmesi amacıyla kredi veren önemli bir bilgilendirme yükümlülüğü getirmiş ve aykırılığı halinde ağır bir yaptırım öngörmüştür. TKHK m. 25 f.2 hükmüne göre: “Tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdi 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 akdi faiz oranı, düşük gösterilen efektif faiz oranına uyacak şekilde yeniden belirlenir. Bu hâllerde ödeme planı, yapılan değişikliklere göre yeniden düzenlenir”.

<sup>72</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. **İbrahim Ağsakal**, Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları, Ankara, 2015, s. 139 vd.

<sup>73</sup> Fransız hukukunda da iptal edilebilirlikten (*nullité des contrats*) bahsedilir. *Code des assurances* L. 113-8.

<sup>74</sup> **Ağsakal**, s. 149.

aykırılık nedeniyle sigorta ettirene tanınan cayma hakkı bu isimle anılmasına rağmen bizim anladığımız anlamda bir keyfi hak değildir. Bu nedenle hukuki nitelik itibarıyla aslında bir cayma hakkından da bahsedilemez. Sigorta türlerine ilişkin özel hükümlerde ise gerçek anlamda bir cayma hakkı düzenlenmiştir. Can sigortalarına ilişkin m. 1489 hükmüne göre:

(1) Sigorta ettiren, sigortacının kendisine cayma hakkını kullanabileceğini bildirmesinden itibaren onbeş gün içinde sözleşmeden cayabilir. Bilgilendirmenin yapıldığı sigortacı tarafından ispatlanır. Bilgilendirme yapılmamışsa cayma hakkı ilk primin ödenmesinden bir ay sonra sona erer.

(2) 1430 uncu madde hükmü saklıdır.

TTK'da m. 1423 hükmünde ise sigortacının aydınlatma yükümlülüğü yer almaktadır. Bu hükmeye göre:

(1) Sigortacı ve acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirir. Ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar.

(2) Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir.

(3) Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliğinin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirler”.

Bu hükümde sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâli düzenlenmiştir. Bununla birlikte hüküm öğretilen hukuki sonuçların belirsizliği bakımından haklı olarak eleştirilmiştir<sup>75</sup>. İlginç olan sigorta ettirene tanınan ve cayma hakkı olarak nitelendirilen nitelik itibarıyla bir cayma hakkı değilken, tam olarak bu hüküm kapsamında tanınması gereken cayma hakkı da tanınmamıştır.

Özetle sigorta hukukunda sadece hayat sigortalarında tanınan cayma hakkı bizim anladığımız anlamda cayma hakkıdır. Tüketici sigorta sözleşmesi olmadığı sürece TTK m. 1423 kapsamında sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ihlali halinde sigorta ettirene açık bir cayma hakkı tanınmamıştır. Ancak bu ileride tanınmayacağı anlamına gelmez.

Sigorta sözleşmelerindeki bu gelişmeler de bize cayma hakkının sadece tüketici sözleşmelerine özgü düşünülmemesi gerektiğini göstermektedir. Elbette bugünden bunların hangi sözleşmeler olacağına ilişkin bir öngöründe bulunmak kolay değildir ancak cayma hakkı sadece tüketicilere özgü bir hak mıdır sorusu özellikle gelecekte daha da güncel bir soru hâline gelecektir, zira bu sorunun temelinde aslında başka bir tartışma yatar. Yukarıda açıkladığımız üzere tüke-

<sup>75</sup> **Mehmet Özdamar**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlâl Eden Sigortacıya Uygulanacak Yaptırım Sorunu, İÜHF 2013 C. LXXI, S. 2, s. 347-360 (s. 356 ve özellikle dn. 29). TTK öncesi dönem için de bkz. **Mehmet Özdamar**, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara, 2009.

tici hukukunda tüketici lehine getirilen korumalar zayıf tarafın korunması ilkesi ile açıklanır ve bu tip kurumlar meşruiyetini bu ilkedен alırlar. Bu noktadan hareketle, çayma hakkının tüketici olmayanlar açısından da tanınmasına ilişkin bir tartışma ancak tüketici tanımı ve tüketici hukukunun temel ilkesi olan zayıf tarafın korunması ilkesi üzerinden yürütülebilir. Nitekim güncel bir tartışma olan, “her zaman tüketici mi zayıf taraftır?” sorusu bu kapsamda sorulmaktadır<sup>76</sup>. Tüketici kimdir, hangi tüketiciler korunmayı hak eder, tüketici olmayan sözleşmenin zayıf tarafları için genel hükümlerle getirilen koruma yeterli midir gibi sorular sözleşme hukukunun en can alıcı sorularındandır<sup>77</sup>.

Zayıf tarafın korunması ilkesi uzun zamandır tartışılan bir ilkedir<sup>78</sup>. Yukarıda detaylı olarak açıklamaya çalıştığımız üzere günümüz ekonomik gelişmelerine rağmen sözleşmenin genel tanımı değişmemiştir, sözleşme taraflar arasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulmaktadır, irade özerkliği ilkesi rafa kaldırılmamış sadece sözleşme adaleti ve sözleşme dengesinin yeniden sağlanması ihtiyacına cevap verilecek sosyal düzenlemeler yapılmıştır. Sözleşmenin ve sözleşme dengesinin liberal ekonominin kilit noktası olduğu görmezden gelinerek, bu dengenin zayıf taraf lehine sözleşmenin karşı tarafı aleyhine bozulması da düşünülemez. Zayıf tarafın korunması ilkesi sadece bozulan dengenin yeniden inşası için ortaya çıkmış bir ilkedir yoksa onu lehine dengeyi bozmak için değil<sup>79</sup>.

Tüketici hukuku artık durağan bir yapıda değildir ve tüm sözleşme hukukuna yön veren bir hukuk dalı haline gelmiştir<sup>80</sup>. Bu nedenle tüketici kimdir, hangi tüketiciler korunmayı hak eder soruları da günümüzde farklı bir boyut kazanmıştır. Bir yat sahibi ile faturasını ödeyemeyen elektrik tüketicisi aynı şekilde değerlendirilemez. Benzer şekilde, birçok dil bilen kültürlü internet kullanıcısı da haklarını neredeyse kötüye kullanmayı bilecek kadar farkındadır<sup>81</sup>. Demek oluyor ki; aslında tek tip bir tüketiciden bahsetmek de olanaksızdır.

Sözleşmede *a priori* zayıf taraf sayılarak aslında korunmayı hak etmeyen kurnaz tüketiciyi de ne pahasına olursa olsun korumak gerekli midir? Bunun sadece hakkın kötüye kullanılması mekanizması ile sınırlanması yeterli midir? Yoksa sözleşme hukukunda köklü bir anlayış değişikliğine giderek zayıf tarafın korunması ilkesi sözleşme ilişkisi özelinde incelenip buna göre mi karar verilir?

<sup>76</sup> **Norbert Reich**, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 37 vd.

<sup>77</sup> Bu tartışmanın başladığı yıllarda tüketici hukukuna özgü sorunların da genel ilkeler çerçevesinde çözülmesi gerektiği görüşü ağır basıyordu. **Francis Reynolds**, “The Applicability of General Rules of Private Law to Consumer Disputes”, in *Law and the Weaker Party, An Anglo-Swedish comparative study*, (Ed. Steven D. Anderman/Alan C. Neal/Tore Sigeman/Anders Victorin (C. I-IV (1981, 1982, 1983, 1989), Professional Books, Abingdon, C.II, The English Experience, s. 91-110 (s.109/110). Aynı doğrultuda aynı eserde **Jan Hellner**, “The Applicability of General Rules of Private Law to Consumer Disputes: A Comment”, s. 113-117 (116/117).

<sup>78</sup> **Rösler**, *RabelsZ* 2009, s. 890; **Steven D. Anderman/Alan C. Neal/Tore Sigeman/Anders Victorin** (Ed.), *Law and the Weaker Party, An Anglo-Swedish comparative study*, (Ed. C. I-IV (1981, 1982, 1983, 1989), Professional Books, Abingdon.

<sup>79</sup> Bu konuda bkz. **Baysal**, *Tüketici Kredisi*, s. 277 vd.

<sup>80</sup> **Hans-W. Micklitz**, ‘The future of consumer law – plea for a movable system’ (2013) 2 *Journal of European Consumer and Market Law*, sayı 1, s. 5–11, s. 5.

<sup>81</sup> **Micklitz**, *The future of consumer law*, s. 6.



melidir<sup>82</sup>? Bu soruların cevaplanması için neredeyse sözleşme hukuku ilkelerinin tümünü yeni baştan yazmak gerekir ve elbette bu makale kapsamında bu sorulara cevap bulmak mümkün değildir. Ancak söz konusu tartışma, cayma hakkı bakımından da son derece önemlidir; tüketici sözleşmeleri dışında da cayma hakkının ve bilgilendirme yükümlülüğünün sağladığı korumanın fazlasıyla gerekli olduğu sözleşme ilişkilerinin karşımıza çıkabileceğini göstermektedir. Gelecekte pazarlama tekniklerinin, ticari ilişkilerin değişmesi ve gelişmesi ile bu sorun daha da boyutlanacaktır. Gerçekten kimdir zayıf taraf sorusu cevaplanırken bir yandan tüketiciler arasındaki sosyal farklar büyüteç altına alınmış, diğer yandan da “küçük tacirlerin” de korunabilmesi nesnel ölçütlerin geliştirilmesinin önemli vurgulanmaya başlanmıştır. Küçük işletme sahipleri tacir de sayılsalar sözleşmedeki zayıf taraf olabilirler; hatta onların iki güç arasında sıkışıp kaldığı da belirtilmiştir<sup>83</sup>: Bir tarafta tüketici hakları, diğer tarafta da büyük işletmeler.

Bir örnekle somutlaşmak gerekir ise örneğin kredi sözleşmelerinde kredi alan tüketici ise cayma hakkına sahip olacak, değilse böyle bir hakka sahip olmayacaktır. Kredi ilişkisinin karmaşık yapısı cayma hakkının tanınmasındaki gerekçelerden biri ise, bu yapı bazı tacirler açısından da karmaşık sayılabilir. Kredi alanın ödeme gücünün bulunmaması ve bunu değerlendirecek bir dönemin ona tanınması anlamına gelen cayma hakkı dönemi sadece tüketiciler için değil kredi veren için “riskli müşteri”<sup>84</sup> sayılabilecek tüketici olmayan ancak ödeme gücünü yanlış değerlendiren kişiler için de tanımlanabilir.

Bu nedenle ilk olarak hangi tüketicilerin korunması gerektiği ve tüketici olmayan ancak sözleşme ilişkisinde zayıf taraf olan kişilerin de korunmasının nasıl sağlanacağı tartışmaya açılmalıdır. Bu sorulara verilecek cevaplar cayma hakkının hangi sözleşmelerde sözleşmesel adaleti sağlayacak bir mekanizma olduğuna ilişkin ilkeleri de gelecekte belirleyecektir. Sözleşme ilişkisine bakıldığında korunmayı hak edecek düzeyde zayıf taraf sayılabilen ancak tüketici tanımını dışında kalan kişilere de gerektiğinde cayma hakkının tanınması düşünülmelidir. Bu kişilere de sözleşme ilişkisinde bozuk olan dengenin sağlanması için cayma hakkı tanınması suretiyle bir koruma sağlanabilir. Elbette son keredede bu bir hukuk politikası tercihidir<sup>85</sup>.

## SONUÇ

Yukarıda açıkladığımız üzere, cayma hakkı sözleşmeye bağlılık ilkesinin bir istisnası değil, bu ilkenin tamamlayıcısıdır; bu hak sözleşmeye bağlılık ilke-

<sup>82</sup> Bazı durumlarda küçük ölçekte bir işletmesi olan tacir, bir tüketiciye göre daha fazla koruma ihtiyacında olabilir. **Francis Reynolds**, “Protection of Small Businesses in English Law”, in *Law and the Weaker Party*, Vol. IV, 1989, s. 203-213.

<sup>83</sup> **Reynolds**, *Small Businesses*, s. 203.

<sup>84</sup> Bkz. TKHK m. 24 gerekçesi.

<sup>85</sup> DCFR II. – 5-101 ve devamındaki cayma hakkına ilişkin hükümler sadece tüketici sözleşmelerinde değil tüm sözleşmelerde uygulama alanı bulan hükümlerdir; cayma hakkı sadece tüketicilere özgülenmemiştir; önemli olan cayma hakkının korunmasına ihtiyaç bulunan bir durumun varlığıdır. DCFR, full edition, V. 1, s. 345. Cayma hakkının yaygınlaştırılmasına karşı olan azınlıkta kalan görüş için bkz. **Rochefeld**, *RTDciv.* 2001, s. 968. **Rochefeld**, cayma hakkının sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradesini zedelediği ve özellikle de sözleşmenin diğer tarafı açısından hukuk güvenliğini zedelediği görüşündedir.

sinin gerçek işlevini yerine getiremediği noktada ortaya çıkmıştır; bu işlev bozukluğu tüketici olmayan kişiler bakımından da söz konusu olabilir. Bu nedenle cayma hakkının tanındığı kişinin değil durumun özelliklerine odaklanması kanaatimizce daha yerinde bir bakış açısıdır. Bu nedenle bizim görüşümüze göre cayma hakkı sadece tüketici sözleşmelerine özgü bir hak olarak düşünülmemelidir; bugün çoğu kez tüketicinin korunması politikası kapsamında tanınması, gelecekte bu hakkın daha fazla uygulama alanı bulmayacağı ve diğer sözleşme ilişkilerine yaydırılmayacağı anlamına gelmez<sup>86</sup>.

### KISALTMALAR

<b>Art.</b>	: Artikel
<b>BK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>DCFR.</b>	: Draft Common Frame of Reference
<b>dn.</b>	: dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>Ed.</b>	: Editör
<b>ERCL.</b>	: European Review of Contract Law
<b>f.</b>	: Fıkra
<b>İsv. BK</b>	: İsviçre Borçlar Kanunu
<b>İÜHFMC</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	: Karar
<b>Karş.</b>	: Karşılaştırınız
<b>K.g.</b>	: Karşı Görüş
<b>L.</b>	: Loi
<b>L.G.D.J.</b>	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<b>m.</b>	: Madde
<b>MK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>N.</b>	: Kenar Numarası
<b>OR.</b>	: Obligationenrecht
<b>PUAM.</b>	: Presses Universitaires d'Aix-Marseille
<b>RG.</b>	: Resmi Gazete
<b>TKHK</b>	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
<b>RTD civ.</b>	: Revue Trimestrielle de Droit Civil
<b>S.</b>	: Sayı
<b>s.</b>	: sayfa
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>V./vol.</b>	: Volume
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>YHGK.</b>	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>ZSR.</b>	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

<sup>86</sup> K.g. **Eidenmüller**, ERCL, 2011, s. 24: “Withdrawal rights are a consumer protection tool, and should remain so”.

**KAYNAKÇA**

**Ağsakal, İbrahim**, Sigorta Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğüne Aykırılık ve Sonuçları, Ankara, 2015.

**Akipek, Şebnem**, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara, 1999.

**Anderman, Steven D. / Neal, Alan C. / Sigeman, Tore / Victorin, Anders**, (Ed.), (Law and the Weaker Party, An Anglo-Swedish comparative study, (Ed. C. I-IV (1981, 1982, 1983, 1989), Professional Books, Abingdon.

**Atamer, Yeşim M.**, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul, 2016.

**Bar-Gill, Oren**, Seduction by Contract, Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets, Oxford University Press, Oxford, 2012.

**Baysal, Başak**, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2017.

**Baysal, Başak**, Tüketici Kredisi, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (Ed. M.M. İnceoğlu), [Kıs. Tüketici Kredisi] İstanbul, 2015, s. 273-325.

**Bocquillon, Jean-François / Mariage, Martine**, Introduction au droit, 9. Bası, Dunod, Paris, 2015.

**Deschenaux, Henri**, "La revision des contrats par le juge", ZSR 1942, s. 546a vd.

**Eidenmüller, Horst**, "Why Withdrawal Rights", ERCL, 2011, s.1-24.

**Gezder, Ümit**, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul, 1998.

**Hellner, Jan**, "The Applicability of General Rules of Private Law to Consumer Disputes: A Comment", Law and the Weaker Party, An Anglo-Swedish comparative study, (Ed. Steven D. Anderman/Alan C. Neal/Tore Sigeman/AndersVictorin (C. I-IV (1981, 1982,1983,1989), Professional Books, Abingdon, C.II, The English Experience, s. 113-117.

**Howells, Geraint**, "Consumer Credit and Behavioural Economics" [Kıs. Consumer Credit], in Verbraucherrecht und Verbraucherverhalten, Consumer Law and Consumer Behaviour, Heiderhoff, Bettina/ Schulze, Reiner (Eds.), s. 61-81.

**İnal, Emrehan**, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması ve Buna İlişkin Güncel Gelişmeler", Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu, Metinler Kitabı, İstanbul, 2013, s. 127 vd.

**Jäggi, Peter / Gauch, Peter**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1b (Art. 18 OR), 3. b., Schulthess, Zürich, 1980, Art. 18 OR N. 649.

**Jamin, Christophe**, "Plaidoyer pour le solidarisme contractuel", Etudes offertes à Jacques Ghestin, Paris, 2001, s. 441 vd.

**Mazeaud, Denis**, "Les contradictions légitime au détriment d'autrui en droit des contrats", in M. Behar-Touchais dir, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, 2001, s. 138.

**Micklitz, Hans-W.**, "The future of consumer law – plea for a movable system" (2013) 2 Journal of European Consumer and Market Law, sayı 1, s. 5-11.

**Micklitz, Hans-W /Stuyck, Jules/Terry, Evelyne/ Droshout, Dimitri (eds.)/[İşleyen]**, Cases, Materials and Text on Consumer Law, Hart Publishing, Oxford, 2010.

**Özdamar, Mehmet**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlal Eden Sigortacıya Uygulanacak Yaptırım Sorunu, İÜHFİM 2013 C. LXXI, S. 2, s. 347-360.

**Özdamar, Mehmet**, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara, 2009.

**Özel, Çağlar**, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 1999.

**Pichonnaz, Pascal**, “La protection du consommateur en droit des contrats: le difficile équilibre entre cohérence du système contractuel et régime particulier”, in *Liber amicorum Bernd Stauder, Droit de la consommation, Konsumentenrecht, Consumer law*, (Eds. Luc Thévenoz/Norbert Reich), [Kıs. FS Stauder], Nomos, Schultess, 2006, s.323-341.

**Reich, Norbert**, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, Cambridge, 2014.

**Reynolds, Francis**, “Protection of Small Businesses in English Law”, in *Law and the Weaker Party*, Vol. IV, 1989, s. 203-213.

**Reynolds, Francis**, “The Applicability of General Rules of Private Law to Consumer Disputes”, in *Law and the Weaker Party, An Anglo-Swedish comparative study*, (Ed. Steven D. Anderman/Alan C. Neal/Tore Sigeman/Anders Victorin (C. I-IV (1981, 1982, 1983, 1989)), Professional Books, Abingdon, C.II, *The English Experience*, s. 91-110

**Rochefeld, Judith**, “Le contrat?...si je veux!”, RTDciv. 2001, s. 970.

**Rösler, Hannes**, “Schutz des Schwächeren im Europäischen Vertragsrecht”, *Rabelsz*, Vol. 73, 2009, s. 889-911.

**Rzepecki, Nathalie**, *Droit de la consommation et Théorie Générale du Contrat*, PUAM, Aix-En-Provence, 2002.

**Sanlı, Kerem Cem**, *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yapıtlarının Ekonomik Analizi*, İstanbul, 2015.

**Sauphanor-Brouillard, Natacha**, *Traité de Droit Civil, Les Contrats de Consommation: Règles Communes*, L.G.D.J., Paris 2012.

**Serozan, Rona**, *Tüketicinin Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri*, İÜHFMC, Cilt 61, Sayı 1-2, 2003, 339-356.

**Serozan, Rona**, *Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası*, İstanbul, 2007

**Serrat, Maria Bech**, *Selling Tourism Services at a Distance: An Analysis of the EU Consumer Acquis*, Springer, 2012.

**Smits, Jan M.**, “Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law: The Right to Change Your Mind?” 29 *Penn St. Int'l L. Rev.* 671 2010-2011, s. 671-684.

**Stoffel-Munck, Philippe**, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, PUAM, Aix-Marseille, 1994.

**Thibierge-Guelfucci, Catherine**, “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, RTDciv. 1997, s. 357-385, N. 12.

**Twigg-Flesner, Christian / Schulze, Reiner**, *Protecting rational choice: information and the right of withdrawal*, in *Handbook of Research on International Consumer Law*, (Howells, Geraint/ Ramsay, Iain/ Wilhelmsson, Thomas/Kraft, David Eds), EE, Cheltenham, 2010, s. 130-157.

**Weatherill, Stephen**, “The Consumer Rights Directive: How and why a quest for “coherence” has (largely) failed” *Common Market Law Review* 2012, 49, s. 1279-1371.

**Zimmermann, Reinhard**, “Rückabwicklung nach Widerruf”, [Kıs. Widerruf] in *Revision des Verbraucher-acquis*, (Eds. Eidenmüller, H./Faust, F./Grigoleit, H.C./Jansen, N./Wagner, G./ Zimmermann, R), Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, s. 167-192.

**Zimmermann, Reinhard**, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta&Co Ltd., Cape Town, 2006, s. 578/579.