

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN TASARISI TASLAĞININ BAZI MADDELERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Abdulkerim YILDIRIM*

ÖZET

Bu çalışmada 17 Ağustos 2012 itibariyle kamuoyunun görüşüne açılan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının bazı maddelerine ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Toplam 9 kısım ve 54 maddeden oluşan taslak metin, mevcut kanunda yer almayan bazı konuları ilk defa düzenlemiştir. Taslağın, “tüketicileri daha ileri seviyede korumaya yönelik tedbirlerin alınması, tüketicilerin hak arama yollarının kolaylaştırılması, tüketicinin bilgilendirilmesine ağırlık verilmesi, bürokrasinin azaltılması ve cezalarda hakkaniyete uygun bir ceza sisteminin oluşturulması” amacıyla hazırlandığı belirtilmiştir. Taslakta tüketiciler açısından olumlu birçok yeni hüküm getirilmiş, fakat bazı yerlerde eleştiriye açık düzenlemelere yer verilmiştir. Taslağa son şekli verilirken tüketicilerin tam ve etkin bir şekilde korunmasını sağlamak için eksikliklerin giderilmesi gerekir.

***Anahtar Kelimeler:** Tüketicinin Korunması, Tüketici Sözleşmeleri, Kanun Taslağı, Haksız Koşullar, Ayıplı İfa*

EVALUATIONS ON SOME OF THE PROVISIONS OF THE DRAFT STUDY OF LAW ON THE PROTECTION OF CONSUMERS

ABSTRACT

In this study, some of the provisions of the Draft Study of Law on the Protection of Consumers, which was opened to public opinion at 17 August 2012, are evaluated. The draft study text, formed by 9 parts 54 articles, is regulating some issues for the first time, which are not included in current law. It is emphasized that the draft text is prepared for the purpose of “to take measures to protect consumers in an advanced level, to ease the paths of consumers to seek remedy, to put emphasis on informing the consumers, to reduce bureaucracy and to create a criminal system which is in accordance with equity”. There are lots of positive provisions in the draft study in terms of consumers. When finalizing the draft study, the deficiencies must be made up to ensure full and effective protection of consumers.

***Keywords:** Consumer Protection, Consumer Contracts, Draft Law, Unfair Terms, Defective Performance*

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

İktisadi hayatın şekillenmesinde belirleyici rol üstlenen tüketicilerin güçlü konumdaki satıcı/sağlayıcı karşısında korunması meselesi yıllardan beri önemini muhafaza etmektedir. Dünyadaki ve Avrupa'daki gelişmelere kayıtsız kalamayan Türk norm koyucusu da başta anayasa olmak üzere iç hukuk mevzuatını bu doğrultuda dizayn etme çabası içine girmiştir.

1982 Anayasası'nın "Tüketicilerin Korunması" kenar başlıklı 172. maddesi uyarınca: "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder." Anayasanın bu amir hükmü gereğince tüketicilerin korunmasını sağlamak amacıyla, geç de olsa, 23.02.1995 tarihinde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) kabul edilmiş ve bu Kanun, 08.09.1995'de yürürlüğe girmiştir¹. İsminden de anlaşılacağı üzere temel amacı tüketicileri korumak olan bu kanunun uygulanmasını sağlamak üzere Bakanlık² tarafından değişik tarihlerde bol miktarda tebliğ ve yönetmelik çıkarılmıştır³. Böylelikle "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Mevzuat" hukuk yaşamamızdaki yerini almıştır.

Ancak söz konusu mevzuat, toplumsal ve iktisadi sahadaki gelişmeler karşısında, tüketici sorunlarına gerektiği ölçüde cevap veremez hale gelmiş⁴ ve bu sebeple yeni düzenlemeler yapma zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, 2003 tarihinde 4822 sayılı Kanunla⁵ TKHK'da birtakım değişikliklere gidilmiştir. Böylelikle AB'nin "Tüketiciyi Koruma Politikası"nın ürünü olarak ortaya çıkan yönergelerin "Türk Tüketici Hukuku" ile uyumlaştırılmasının sağlandığı öne sürülmüştür⁶.

¹ RG, T. 8/3/1995, Sa. 22221.

² Bilindiği üzere Sanayi ve Ticaret Bakanlığı; Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı olmak üzere ikiye bölünmüştür. İnceleme konumuz olan Taslakta TKHK'nın uygulamasında yetkili bakanlığın Gümrük ve Ticaret Bakanlığı olduğu belirtilmiştir (m. 3, b. a). Söz konusu bakanlık bünyesinde Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü kurulmuştur. Taslakta geçen "genel müdürlük" ifadesinin de bu birimi işaret ettiği belirtilmiştir (m. 3, b. c).

³ Tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuat için bkz. DEMİR, Mevzuat, s. 9 vd.

⁴ 4077 sayılı TKHK'nın sırf AB hatırına bir "göz boyama yasası" olarak alelacele çıkarıldığı ve ihtiyaçlara cevap veremeyeceğinin ta baştan belli olduğu yönünde bkz. SEROZAN, s. 340.

⁵ RG, T. 14/03/2003, Sa. 25048.

⁶ Gerçekten de 4822 sayılı Kanuna ilişkin Tasarı'nın genel gerekçesine göre: "... yapılan düzenleme ile, Avrupa Birliğine adaylık sürecini yaşadığımız bu günlerde Birliğin "Tüketici Koruma Politikasının" sonucu olan 13 adet Direktifin öngörülen değişikliklerle birlikte,

4822 sayılı Kanun birçok noktada olumlu sayılabilecek değişikliklere ve yeniliklere yer verdiği için övülmüş, bazı konularda ise gerekli ve yeterli düzenlemeleri getirmeyi ihmal etmesi nedeniyle eleştirilerin hedefi olmuştur⁷. Örneğin düzenleme yapılırken 2000/31/EC sayılı E-Ticaret Yönergesi⁸ ile 2002/65/EC sayılı Mesafeli Sürüm Yoluyla Tüketicilere Sunulan Finansal Hizmetlere İlişkin Yönerge⁹ hükümleri göz ardı edilmiş ve “AB Mevzuatına Uyum” gerçekleştirilemeyerek maalesef sözde kalmıştır.

4077 sayılı TKHK’da ayrıca 27/5/2004 tarihinde 5179 sayılı Kanunla¹⁰, 21.02.2007 tarihinde 5582 sayılı Kanunla¹¹ ve son olarak 23.01.2008 tarihinde 5728 sayılı Kanunla¹² küçük çaplı bazı değişiklik ve ilaveler yapılmıştır.

II. YENİ BİR KANUN YAPMA DÜŞÜNCSİNİN DOĞUŞU

Görüldüğü gibi 1995 tarihli 4077 sayılı TKHK’da bugüne kadar çeşitli tarihlerde değişiklik ve/veya ilaveler yapılmıştır. Ancak Bakanlık tarafından yayınlanan “taslağa ilişkin genel açıklamalarda”¹³ da belirtildiği gibi, düzeltilmesine ihtiyaç duyulan konuların çeşitli olması ve yine süreç içerisinde yeni AB yönergelerinin düzenlenmesi ve mevcut yönergelerde yapılan değişiklikler Kanun’daki çoğu maddede değişiklik yapılmasını zorunlu kılmıştır.

“Türk Tüketici Hukuku” ile uyumlaştırılması sağlanmış olacaktır. Tüketici hukuku alanındaki uyumlaştırmanın gerçekleşmesi Avrupa Birliğine adaylık sürecine önemli bir katkıda bulunacaktır.” Gerekçe için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss61m.htm> (Erişim 21 Ekim 2012).

⁷ 4822 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler hakkındaki değerlendirmeler için bkz. OZANOĞLU, 4822 sayılı Kanun, <http://www.e-akademi.org>, (Erişim 15 Kasım 2012); DEMİR, TKHK, s. 397 vd., KADIOĞLU, s. 295 vd.; SEROZAN, s. 339 vd.

⁸ Yönergenin orijinal başlığı “Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce in the Internal Market (Directive on electronic commerce)” şeklindedir. Yönerge metni için bkz. OJ L 178/1, 17.7.2000.

⁹ Yönergenin orijinal başlığı “Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC” şeklindedir. Yönerge metni için bkz. OJ L 271/16, 9.10.2002.

¹⁰ RG, T. 05/06/2004, Sa. 25483.

¹¹ RG, T. 06/03/2007, Sa. 26454.

¹² RG, T. 08/02/2008, Sa. 26781.

¹³ Bu açıklamalar için bkz. <http://www.gumrukticaret.gov.tr/icerik/31/2049/tuketicinin-korunmasi-hakkinda-kanun-tasarisi-taslagi.html> (Erişim 20 Ekim 2012).

Gerçekten de AB tüketicinin korunması mevzuatında yer alan on üç Yönerge, bir Tüzük ve iki Tavsiye Kararının iç hukukumuzda aktarılması için en iyi çözüm olarak kanunun yeniden kaleme alınması fikri benimsenmiştir¹⁴.

Öte yandan 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) tüketici haklarını da ilgilendiren bazı düzenlemelere gidilmesi sonucu bu hükümlere uyum sağlanması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bakanlık tarafından yayınlanan “taslağa ilişkin genel açıklamalar” da ayrıca yeni satış metotlarının ve türlerinin ortaya çıkması ve gittikçe yaygınlaşmasına paralel olarak tüketicilere etkin koruma sağlanması için yeni bir kanunun ihtiyaç haline geldiği de vurgulanmıştır.

Bütün bunlara ek olarak uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümü için Kanunun neredeyse bütün maddelerinde bir değişiklik yapılması gerektiğinin altı çizilmiş ve mevcut Kanundaki cezaların izlenen amaca hizmet etmediği belirtilmiştir. Ayrıca “cezalandırma yerine bilgilendirmek suretiyle ıslah etme yönteminin” daha faydalı olacağı ve taslakta buna yönelik hükümlerin bulunduğu belirtilmiştir¹⁵.

Yukarıda belirtilen nedenlerle mevcut Kanunun her maddesini değiştirmek yerine yeni bir Kanun hazırlanmasının daha uygun olacağı değerlendirilerek 06/10/2011 tarih ve 2011/4 sayılı bakanlık onayı ile mevzuat çalışmalarını yürütmek üzere bir “Özel İhtisas Komisyonu” oluşturulmuş ve neticede hazırlanan Taslak 17 Ağustos 2012 itibariyle kamuoyunun görüşüne açılmıştır¹⁶.

¹⁴ AB mevzuatı ve bunun iç hukuklarda uygulanması hakkında kısa bir bilgi verelim: AB hukuku, birincil ve ikincil hukuk olmak üzere iki esasa dayanmaktadır. Birincil hukuku oluşturan kuruluş antlaşmaları üye ülkelere ve onların vatandaşlarına doğrudan uygulanır. Ancak bir birincil hukuk kuralının doğrudan uygulanabilmesi için, bu kuralın açık, kesin ve şartsız olması gerekir (ODER, s. 121-123 vd.; ÇELENK, s. 79-80). İkincil hukuk ise, topluluk tüzükleri, yönergeler, kararlar ile tavsiye ve görüşlerdir. Bunlar topluluk organlarının, kuruluş antlaşmaları ile belirlenen gayeyi gerçekleştirebilmek için koydukları kurallardır. Tüzükler, aynen kurucu antlaşmalar gibi doğrudan uygulanır. AB Konseyi tarafından veya Konsey ile birlikte AB Parlamentosu veya AB Komisyonu ile ortaklaşa çıkarılan yönergeler ise doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz değildir. Bu nedenle üye ülkelere iç hukuklarına alınmaları gerekir. Tavsiye ve görüş niteliğindeki kurallar ise bağlayıcı değildir. Detaylı bilgi için bkz. TEKİNALP, s. 67 vd.; ÇELENK, s. 81-82.

¹⁵ Söz konusu açıklamaya göre: “Sektörde faaliyet gösteren firmaların çoğu, kendi alanlarıyla ilgili 4077 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeleri bilmemektedir. Sektörlerle yapılan bilgilendirme toplantıları neticesinde firmaların birçoğunun mevzuata uygun hareket etmeye başladığı görülmektedir. İşini doğru yapan ve tüketici mağduriyetine sebep olmayan firmalar sadece sözleşmede yer alması gereken bazı bilgilerde eksiklik bulunması nedeniyle ağır yaptırımlara maruz kalmaktadır. Bunun önüne geçilmesi için bazı alanlarda uyarı mekanizmaları getirilecektir.” (<http://www.gumrukticaret.gov.tr/icerik/31/2049/tuketicinin-korunmasi-hakkinda-kanun-tasarisi-taslagi.html>). (Erişim 20 Ekim 2012).

¹⁶ Taslak metin için bkz. <http://www.gumrukticaret.gov.tr/icerik/31/2049/tuketicinin-korunmasi-hakkinda-kanun-tasarisi-taslagi.html>. Bakanlık tarafından 28 Kasım 2012 tari-

Toplam 9 kısım ve 54 maddeden oluşan Taslak'ın içeriği şu şekildedir:

1. Kısım: Amaç, Kapsam, Tanımlar
2. Kısım: Genel Esaslar
3. Kısım: Ürün Sorumluluğu
4. Kısım: Tüketici Sözleşmeleri
5. Kısım: Tüketicilerin Bilgilendirilmesi ve Eğitilmesi
6. Kısım: Ticari Reklamlar ve Haksız Ticari Uygulamalar
7. Kısım: Tüketici Kuruluşları
8. Kısım: Yargılama ve Cezaya İlişkin Hükümler
9. Kısım: Çeşitli Hükümler

Mevcut Kanun ise 5 kısım, 34 madde + 1 de geçici maddeden oluşmaktadır¹⁷.

Yeni düzenlemenin, aşağıda yapacağımız eleştiriler saklı kalmak kaydıyla, halen yürürlükte olan TKHK'ya göre sistematik açıdan daha iyi olduğu söylenebilir.

Birçok noktada değişiklik yapan taslak metin bazı konuları ilk defa düzenlemiştir. Bunlara örnek olarak ürün sorumluluğu (m.8-15), haksız ticari uygulamalar (m. 36), finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler (m. 24) ve tüketici ödülleri (m. 34) gösterilebilir.

Taslağın kanunlaşmasının ardından 22 adet uygulama yönetmeliği hazırlanacaktır. Söz konusu yönetmelikler kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 ay içerisinde çıkarılacaktır (Taslak m. 50, f. 2)¹⁸.

hinde yapılan yazılı açıklamada, başta ilgili sivil toplum kuruluşları ve meslek örgütleri olmak üzere toplam 96 kurum ve kuruluşun görüşlerinin resmi yazı ile sorulduğu ifade edilmiştir. Bakanlığın söz konusu taslak hakkındaki iradesinin henüz sonuçlanmadığının belirtildiği açıklamada kurum ve kuruluşlardan gelen görüşleri değerlendirmek üzere oluşturulan mevzuat çalışma komisyonunun, gelen görüşleri de dikkate alarak taslakla ilgili değerlendirmelerini halen devam ettirmekte olduğu bilgisine yer verilmiştir. (<http://www.haberler.com/bakanlik-tuketici-kanun-taslaginda-bankalarla-4128508-haberi/>).(Erişim 20 Aralık 2012).

¹⁷ 1. Kısım: Amaç, Kapsam, Tanımlar; 2. Kısım: Tüketicinin Korunması ve aydınlatılması; 3. Kısım: Tüketici Kuruluşları; 4. Kısım: Yargılamaya ve Cezaya İlişkin Hükümler; 5. ve son Kısım: Çeşitli Hükümler

¹⁸ Taslağın geçici 2. maddesi uyarınca: “Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve diğer mevzuatın, bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.”

Taslağın, “tüketicileri daha ileri seviyede korumaya yönelik tedbirlerin alınması, tüketicilerin hak arama yollarının kolaylaştırılması, tüketicinin bilgilendirilmesine ağırlık verilmesi, bürokrasinin azaltılması ve cezalarda hakkaniyete uygun bir ceza sisteminin oluşturulması” amacıyla hazırlandığı belirtilmiştir¹⁹.

III. TASLAĞIN BAZI MADDELERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A) Kanunun Amacı ve Kapsamı

Kanunun amacı 1. maddede belirtilmiştir. Burada, hali hazır düzenlemeden herhangi bir farklılık söz konusu değildir²⁰.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde: “Bu Kanun tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar” ifadesine yer verilmiştir. “Tüketici işlemi” demekle zaten taraflardan birinin tüketici olması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca “tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu” ifadesi gereksizdir²¹. Taslakta bu hususun düzeltilmesi olumlu olmuştur.

Taslakta Kanun’un kapsamı tüketiciler lehine genişletilmiştir. Her şeyden önce 2. maddeye göre bu kanun, her türlü tüketici işlemi yanında tüketiciye yönelik uygulamayı da kapsar.

Ayrıca Taslakta “tüketici işlemi” tanımlanırken (m. 3, b. 1) herhangi bir tereddüt/tartışmaya yer vermemek için bu kavramın eser, taşıma, simsarlık sözleşmeleri de dâhil olmak üzere her türlü hukuki işlemi ifade ettiği belirtilmiştir. Mevcut düzenlemede eser, taşıma ve simsarlık sözleşmelerinden açıkça söz edilmemesi uygulamada tereddütlere yol açmakta ve yargı kararlarında bu sözleşmelerin TKHK kapsamı dışında kaldığı ve bu nedenle söz konusu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların genel mahkemelerde çözüme kavuşturulması gerektiği sonucuna varılmaktadır²².

¹⁹ <http://www.gumrukticaret.gov.tr/icerik/31/2049/tuketicinin-korunmasi-hakkinda-kanun-tasarisi-taslagi.html> (Erişim 20 Ekim 2012).

²⁰ Bu bağlamda kanunun amacını maddeler halinde şu şekilde belirtebiliriz: Tüketicinin a) sağlık ve güvenliğini korumak, b) ekonomik çıkarlarını korumak, c) tüketiciyi aydınlatıcı ve eğitici önlemleri almak, d) tüketicinin uğradığı zararların tazmin edilmesini sağlamak, e) tüketicinin çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak, f) tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve g) tüketicilerin korunmasına ilişkin politikaların oluşturulmasında gönülle örgütlenmeleri teşvik etmek.

²¹ ASLAN, s. 10.

²² Gerçekten de Yargıtay bazı kararlarında yanlış olarak, TKHK’nın ancak hazır bir mal veya

Oysa bir işlemin tüketici işlemi sayılabilmesi için TKHK anlamında mal ve hizmet sağlanmasını konu edinmesi ve taraflarının da yine TKHK’da belirtilen tüketici-satıcı/sağlayıcı konumunda bulunması yeterlidir. Sözleşmenin türü bu noktada önem taşımamaktadır²³. Taslaktaki bu düzenlemeyle artık eser, taşıma ve simsarlık sözleşmelerinin tüketici işlemi olarak kabulü konusundaki tereddütler ortadan kaldırılmış olacaktır. Fakat aynı tehlike maddede açıkça sayılmamış diğer sözleşmeler (ivazlı emanet, ivazlı vekâlet vs.) bakımından hâlâ devam etmektedir. Anılan tehlikeyi ortadan kaldırmak için tüketici işlemini: “Türü ne olursa olsun tüketici ile müteşebbis arasında yapılan her türlü hukuki işlem” olarak tanımlamaktan başka çare kalmamaktadır. Aksi takdirde Yargıtay maddede sayılmamış sözleşmeleri sırf ismen belirtilmediği için Kanunun kapsamı dışında bırakabilir.

Yine Taslağın 2. maddesinde taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu sözleşmelerle ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmiştir (f. 3). Bu hükümle Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu gibi diğer kurumlarla yaşanan yetki çatışmasının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır²⁴.

Bu olumlu yönlerine rağmen 2. maddede mevcut düzenlemedeki ifadeye benzer şekilde “Bu kanun 1. maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda gerçekleştirilen ...” ifadesinde ısrar edilmesi isabetli değildir²⁵. Zira 1. madde kanunun amacını, 2. madde ise nelerin kanun kapsamına girdiğini yani kanunun uygulama alanını belirtmektedir. “Tüketici işlemi” 1. maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda yapılmamışsa kanun kapsamına girmeyecek midir? Söz konusu ifade, bir işlemin TKHK kapsamına girip girmediğini tayin için tarafların hangi amaçla hareket ettiğinin tespitini arıyormuş şeklinde bir yoruma açık kapı bırakması bakımından yerinde değildir.

hizmetin sunulması durumunda uygulanabileceğini ileri sürmüştür. Sipariş üzerine yaptırılan ürünlerin TKHK kapsamı dışında kaldığına hükmetmiştir. Bu yönde bkz. 15. HD, T. 29.9.2003, E. 2003/1307, K. 2003/4388; 13. HD, T. 15.5.2002, E. 1401, K. 2522. (Kararlar için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 1052-1053, 1117). Yine aynı şekilde Yargıtay (15. HD, T. 22.2.2005, E. 4218, K. 928) otomobile LPG cihazının ayıplı monte edilmesi nedeni ile meydana gelen zararların tazminine ilişkin bir olayda eser sözleşmesi söz konusu olduğundan genel mahkemelerin görevli olduğuna karar vermiştir. Karar için bkz. ASLAN, s. 16. Aynı yönde bir başka karar (3. HD, T. 21.11.2011, E. 14437, K. 18077) için bkz. KARA, s. 123.

²³ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 74; KARA, s. 37.

²⁴ <http://www.gumrukticaret.gov.tr>

²⁵ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 72.

Taslağın 2. maddesinde TKHK’da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir (f. 2). Kanaatimizce söz konusu husus bilinen bir şeyi tekrardan ibarettir ve gereksizdir. Mutlaka konulması arzu ediliyorsa burada değil mevcut düzenlemede olduğu gibi (TKHK m. 30) diğer hükümler kısmında yer verilmesi daha uygun olurdu.

B) Tüzelkişilerin Tüketici Kavramı Dışında Bırakılması

Taslağın “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde Kanunun uygulanmasında bazı kavramların tanımı yapılmıştır. Bu maddede göze çarpan en önemli değişiklik/yenilik “tüketici” kavramında olmuştur. Şöyle ki AB’nin yönergelerinden ve birçok üye ülke hukukundan²⁶ farklı olarak hali hazırda yürürlükte olan Kanunda gerçek kişiler yanında tüzel kişilerin de tüketici sıfatına sahip olabilecekleri açıkça ifade edilmiştir (TKHK m. 3, b. e)²⁷. Fakat Taslakta tüketici olarak yalnızca gerçek kişilerden bahsedilmiştir. Buna göre, tüketici; bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya bunlardan yararlanan gerçek kişiyi ifade eder (m. 3, b. k). O halde Taslak bu haliyle kanunlaşırca tüzelkişiler artık tüketici olarak kabul edilmeyecektir.

Ancak herhangi bir ayırım yapılmaksızın bütün tüzelkişilerin kapsam dışı bırakılması kanaatimizce isabetli olmamıştır. Kamu hukuku tüzel kişilerinin²⁸ ve ticaret şirketlerinin zayıf tarafı koruma amacıyla düzenlenen bir kanunun kapsamına “korunmaya değer taraf olarak” alınmaması doğaldır²⁹. Fakat

²⁶ Örneğin Alman hukukunda tüketicinin gerçek kişi olduğu, tüzel kişilerin bu kapsam içinde değerlendirilmediği BGB § 13’de açıkça belirtilmiştir.

²⁷ 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK’ya göre de tüketici: “Sözleşmeyi ticari veya mesleki faaliyeti ile ilgili olmayan bir amaçla yapan bir gerçek ya da tüzel kişidir” (m. 864, b. 5).

²⁸ TKHK’nın amacı dikkate alındığında, kamu tüzel kişilerinin ve bunlar tarafından kurulan teşekkül ve müesseselerin tüketici olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Böyle bir sonuca, mevcut TKHK m. 3, b. e ile m. 3, b. f ve g hükümlerinden ulaşılabilir. Buna göre, kanun koyucu, satıcı ve sağlayıcı kavramlarını tanımlarken (m. 3, b. f ve g) açıkça, “Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere” ifadesini kullanmış, oysa tüketici tanımında (m. 3, b. e) böyle bir ifadeye yer vermemiştir.

²⁹ Doktrinde bazı yazarlar ticaret şirketlerinin tüketim amacıyla bir iş yapması durumunda tüketici sıfatı taşıyabileceğini kabul etmektedir. Bu görüşte bkz. POROY, s. 524; TAŞKIN, s. 36; BATTAL, s. 329-330; ÇEKER, s. 13, MAKARACI, s. 32. Yargıtay 19. HD, 9.2.2005 tarihli bir kararında ticaret şirketinin yaptığı işin tüketim amacı taşıya bile TKHK kapsamına girmeyeceğini kabul etmiştir. Kararın özet kısmına göre: “Elektrik kullanımını sağlayan şirket ile kullanımdan yararlanan şirket tacir olduğuna göre, kullanım sözleşmesinden doğan davanın ticari işletmeyle ilgili olduğu gözetilerek uyuşmazlığın genel mahkemelerde çözümlenmesinin gerektiği düşünülmelidir.” E. 7166, K. 952. Karar için bkz. İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, Sa: 3, Y. 2005, s. 1043-1044. Aynı şekilde Yargıtay 20. HD de konuya ilişkin bir

aynı şey özel hukuk tüzel kişilerinden kazanç paylaşma amacı gütmeyen dernek ve vakıflar için geçerli değildir. Bunların, ticari işletme işletmedikleri sürece, somut olaya göre bir mal veya hizmeti mesleki olmayan amaçlarla edinmesi, kullanması ve yararlanması mümkün olduğundan tüketici olarak nitelendirilmelerine ve TKHK hükümlerinden yararlanmalarına engel olunmamalıdır³⁰.

Taslakta tacir niteliği taşımayan tüzelkişilerin de tüketici olarak belirtilmesi uygun olurdu. Aksi takdirde tüketicileri daha ileri seviyede korumaya yönelik tedbirlerin alınması iddiası ve amacıyla hazırlanan bir düzenleme dernek ve vakıfları özel korumadan mahrum bırakacaktır.

Kanun'un uygulaması bağlamında Taslakta “hizmet (m.3, b. ç)³¹”, “imalatçı/üretici (m. 3, b. d)³²”, “ithalatçı (m. 3, b. e)³³”, “kredi veren (m. 3, b. g)³⁴”, “sağlayıcı (m. 3, b. i)³⁵”, “satıcı (m. 3, b. i)³⁶”, “teknik düzenleme (m. 3,

karanında (E. 8260, K. 9761, T. 28.11.2002) tacirin ticari işletmesiyle ilgili işlemlerinde tüketiciler için getirilen düzenlemelerin uygulama alanı bulamayacağını belirtmiştir. Karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, C. 29, Sa. 3, Y. 2003, s. 424-426. Aynı yönde Yargıtay HGK, E. 19-1255, K. 1249, T. 11.10.2000 (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 28, Sa. 4, Y. 2002, s. 531-538); 19. HD, E. 1782, K. 5240, T. 5.7.2001 (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Sa. 42, Y. 2002, s. 1191- 1192); 11. HD, E. 1815, K. 5112, T. 26.6.1997 (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 23, Sa. 10, Y. 1997, s. 1564- 1567); 11. HD, E. 8979, K. 9841, T. 29.12.1997 (Yargıtay Kararları Dergisi, C. 24, Sa. 11, Y. 1998, s. 1650- 1652).

³⁰ Bkz. ve karşı. OZANOĞLU, Tüketici kavramı, s. 690; AKİPEK, s. 196, KARA, s. 36.

³¹ Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen (ilave ibare) mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu (mevcut düzenlemede her türlü faaliyeti) ifade eder.

³² Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal ya da bu malların hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine markasını, unvanını veya herhangi bir ayırt edici işaretini koyarak kendisini imalatçı olarak gösteren gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

³³ Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere mal veya hizmetleri ya da bu mal veya hizmetlerin hammaddelerini yahut ara mallarını ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde ithal ederek satım, kira, finansal kira veya benzeri bir yolla piyasaya süren gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Mevcut düzenleme daha dar bir tanım içeriyor.

³⁴ Mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan tüzel kişiyi ifade eder. Mevcut düzenlemede nakit krediden bahsedilmiştir.

³⁵ Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında tüketiciye hizmet sunan ya da sunmayı taahhüt eden (ilave ibare) gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

³⁶ Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında tüketiciye mal sunan ya da sunmayı taahhüt eden (ilave ibare) gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

b. j)³⁷” ve “tüketici işlemi (m. 3, b. l)³⁸” kavramları yeniden kaleme alınmış; “mal (m. 3, b. ğ)³⁹” ve “tüketici örgütleri (m. 3, b. m)⁴⁰”ne ilişkin tanımlar ise mevcut düzenlemeyle aynı bırakılmıştır.

Taslakta mevcut Kanunda yer almayan yeni kavramlara rastlamak da mümkündür. Bunlardan biri “kalıcı veri saklayıcısı (m. 3, b. f)⁴¹” (ör. Disket, sabit disk, CD Rom), diğeri “müteşebbis (m. 3, b. h)⁴²”tir.

C) Tüketicinin Korunmasına İlişkin Genel Esaslar

Taslağın “Genel Esaslar” başlıklı ikinci kısmında (m. 4-7) tüketicinin korunmasına yönelik bazı genel düzenlemelere yer verilmiştir.

1. Tüketici Sözleşmelerinin ve Bilgilendirmelerin Şekli

Taslağın 4. maddesinin birinci fıkrasında; tüketici sözleşmelerinin ve bilgilendirmelerin yapılış şekline ilişkin esaslar belirlenmiştir. Mevcut Kanundaki “koyu siyah harflerle düzenlenir” ifadesi (m. 6, f. 6) terk edilerek “Bu Kanunda düzenlenen tüketici sözleşmeleri ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, açık, sade, anlaşılabilir bir dilde ve okunabilir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya diğeri bir kalıcı veri saklayıcısı ile yazılı olarak tüketiciye verilir” hükmü getirilmiştir. Yazılı şekildeki punto büyüklüğü mevcut kanundaki haliyle (en az on iki punto) aynen korunmuştur.

³⁷ Bir mal veya hizmetin, ilgili idarî hükümler de dâhil olmak üzere, özellikleri, işleme, üretim ve sunum yöntemleri, bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirmesi işlemleri hususlarından birini veya birkaçını belirten ve uyulması zorunlu olan her türlü düzenlemeyi ifade eder.

³⁸ Tüketici ile müteşebbis (mevcut düzenlemede satıcı/sağlayıcı ibaresi kullanılmıştır) arasında yapılan, eser, taşıma, simsarlık sözleşmeleri de dâhil olmak üzere (ilave ibare) her türlü hukuki işlemi ifade eder.

³⁹ Alış-verişe konu olan taşınır eşyayı, konut veya tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade eder.

⁴⁰ Tüketicinin korunması amacıyla kurulan dernek, vakıf veya bunların üst kuruluşlarını ifade eder.

⁴¹ Tüketicinin veya müteşebbisin, kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini sağlayan ve kaydedilen bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren her türlü araç veya ortamı ifade eder. Benzer bir tanıma “sürekli veri taşıyıcısı” adı altında şu anda yürürlükte bulunan Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik’te (m. 4, b. ğ) rastlamak mümkündür. Yönetmelik için bkz. (RG, T. 06.03.2011; Sa. 27866).

⁴² Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere kendi işi, işletmesi, zanaatı veya mesleğine ilişkin ticari amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden bir gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder.

Ancak metinde yer alan “bu kanunda düzenlenen tüketici sözleşmeleri ve bilgilendirmeler” ifadesi yanlış anlaşılmaya müsaittir. Şöyle ki bu ifade yüzünden söz konusu hükümlerle getirilen esasların Taslağın yalnızca 4. kısmında “Tüketici Sözleşmeleri” başlığı altında özel olarak düzenlenen Taksitle Satış Sözleşmeleri (m. 18), Tüketici Kredisi Sözleşmeleri (m. 19), Konut Finansmanı Sözleşmeleri (m. 20) vs. yönünden geçerli olacağı sonucu çıkarılabilir. Tüketicinin korunma ihtiyacının en üst seviyede ortaya çıktığı bu sözleşmeler bakımından getirilmiş esasları bu kanunda özel olarak düzenlenmemiş diğer tüketici sözleşmeleri için de aramak kanunun amacına ve ruhuna uygun olacaktır. Öte yandan tüketici ile müteşebbis arasında yapılan her türlü hukuki işlem “tüketici işlemi” olduğuna göre (Taslak m. 3. b. 1) söz konusu esasların bütün tüketici işlemlerinde geçerli olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple yanlış anlaşılmaların önüne geçmek için “bu kanunda düzenlenen” ifadesinin metinden çıkarılması yerinde olur.

Taslakta tüketici sözleşmelerinin ve bilgilendirmelerin yapılış şekline ilişkin yukarıda belirtilen düzenlemeye aykırılığın yaptırımını olarak idari para cezası öngörülmüştür⁴³. Ayrıca genel işlem koşulu içeren tüketici sözleşmeleri bakımından TBK m. 21 ve Taslak m. 5 bağlamında “yazılmamış sayılma” yaptırımını uygulanabilecektir. Kanaatimizce bu yaptırımın uygulanacağını metinde ayrıca ifade edilmesi, herhangi bir tereddüde yol açmaması bakımından isabetli olacaktır.

2. Tüketici Aleyhine Düzenleme Yapma Yasağı

Taslağın 4. maddesinin ikinci fıkrasında tüketiciler açısından önemli bir hükme yer verilmiştir. Buna göre; tüketici sözleşmelerinde aksi belirtilmedikçe, tüketiciden, faiz, masraf, komisyon, teminat ve benzeri ödeme talep edilemez; sözleşmede öngörülen koşullar, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez. Bankacılık sözleşmelerinde ise hiçbir suretle tüketicilerden kredi kartı üyelik ücreti, hesap işletim ücreti, dosya ücreti, ipotek fek ücreti vb. isimler altında herhangi bir bedel alınamaz⁴⁴. Hiçbir suretle denildiğine

⁴³ Buna göre: “4 üncü, 6 ncı, 18 inci, 23 üncü, 24 üncü, 26 ncı, 27 nci ve 29 uncu maddelerde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için; 30 uncu ve 31 inci maddede belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket eden üretici ve ithalatçı hakkında piyasaya arz edilen, satıcı hakkında tüketiciye satışı yapılan her bir mal için 200 TL idari para cezası uygulanır” (m. 46, f. 1).

⁴⁴ Bankacılık işlemleri genel olarak; “kredi kartı yıllık aidat ücreti, hesap işletim ücreti, işlem-sizlik ücreti, dosya masrafı, Komisyon ücreti, hayat sigortası ücreti, sigorta bedelleri, katkı payı, ekspertiz ücreti, ipotek fek ücreti, ilave peşin komisyon, havale ücretleri, EFT ücretleri, internet şubelerinden yurt içi/yurt dışı bankalara yapılan döviz transfer ücretleri, ATM na-

göre sözleşmede bunun aksi kararlaştırılmaz. Taslak bu haliyle kanunlaşırsa tüketicilerin korunması bakımından önemli bir mesafe kaydedilmiş olacaktır.

Bu maddede belirtilen yükümlülükler aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için 200 TL idari para cezası uygulanır (Taslak m. 46, f.1)⁴⁵.

3. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullar

Taslağın “Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar” başlıklı 5. maddesi kapsam itibariyle genel işlem koşullarını⁴⁶ da düzenlemektedir⁴⁷. Fakat tüketicinin korunması mevzuatı açısından genel işlem koşulu vasfı taşıyan veya taşımayan tüm haksız sözleşme hükümleri denetime tabidir⁴⁸.

Bu arada 6098 sayılı TBK’da “koşul” kavramı kullanılmış olmasına rağmen Taslakta “şart” kavramında ısrar edilmesi doğru olmamıştır. Zira TBK’ya uyum sağlanması iddiasıyla kaleme alınan bir metinde kavram birlikteliğine dikkat edilmesi gerekirdi.

kit çekim masrafı, bakiye görüntüleme ücreti, mevzuat araştırma ücreti, dekont ücreti, ekstre ücreti, telefon, faks ve posta ücretleri, SMS, e-posta ücretleri, menkul kıymet şifre gönderim işlemi, menkul kıymet bakım ücreti, rehin, haciz kaldırma ücretleri, nakit avans komisyonu, müşterinin diğer şubedeki döviz tevdiat hesabından para çekmesi, asıl kart bedeli/ek kart bedeli, harcama vaadi ihlal ücreti, arşivden belge çıkarma ücreti, kredi kartı borcu yoktur yazısı alma ücreti”dir. (KIVILCIM, http://www.ikv.org.tr/images/upload/data/files/degerlendirme_notu_-56-.pdf) (Erişim 10 Aralık 2012).

⁴⁵ “Fakat aykırılığın tespit edildiği tarih itibariyle bir defada uygulanan toplam para cezası tutarının 25.000 TL’yi aştığı durumlarda, bu miktardan az olmamak üzere toplam para cezası tutarı, cezaya muhatap gerçek ya da tüzel kişinin aykırılığın tespitinden bir önceki mali yılsonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde birini aşamaz. Bir önceki yıl gayri safi gelirin oluşmaması halinde, tespit tarihi itibariyle oluşan gayri safi geliri dikkate alınır. Gayri safi gelirlerinin bildirilmediği veya yanlış bildirildiği durumlarda bu hüküm uygulanmaz” (Taslak m. 46, f. 16). “Para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. Bu artışların hesabında bir Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz” (Taslak m. 46, f. 18).

⁴⁶ Çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenmiş olan ve sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafa sözleşme yapılırken sunduğu sözleşme hükümleri genel işlem koşulu olarak tanımlanmaktadır (TBK m. 20). Bu hüküm uyarınca genel işlem koşullarının unsurları için bkz. ATAMER, Yeni Türk Borçlar Kanunu, s. 13 vd.

⁴⁷ Belirtmek gerekir ki, taslaktaki düzenleme sadece tüketici sözleşmeleri bakımından geçerlidir. Tüketici işlemi niteliği taşımayan bir ilişkiye bu hükümler değil TBK m. 20-25 hükümleri uygulanacaktır. TBK’daki hükümler ancak TKHK’da bu konuda boşluk varsa devreye girecektir. Bu yönde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 162 vd.; EREN, s. 216-217; SİRMEN, s. 110. TKHK m. 6’daki haksız koşul tanımı ile TBK m. 20’nin karşılaştırılması için bkz. ATAMER, Yeni Türk Borçlar Kanunu, s. 19-20.

⁴⁸ SİRMEN, s. 109.

Taslağın 5. maddesinin 1. fıkrasında “haksız koşul” kavramı tanımlanmıştır. Fakat bu tanım yerinde olmamıştır. Zira müteşebbisin, tüketicile müzakere etmeden sözleşmeye dâhil ettiği, tüketicinin menfaatine aykırı sözleşme koşulları haksız koşul olarak nitelendirilmiş fakat dürüstlük kurallarına aykırılıktan bahsedilmemiştir. O halde Taslaktaki tanım dikkate alınacak olursa, tüketicile müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen tüketicinin menfaatine aykırı her sözleşme koşulu haksız koşul kabul edilecektir. Herhangi bir sınır getirmeden tüketicinin menfaatine aykırı olan her koşulun haksız koşul olarak kabulü doğru olmamıştır. Kanaatimizce mevcut Kanunda (TKHK m. 6) olduğu gibi haksız koşulun varlığı için söz konusu sözleşme kaydının dürüstlük kuralına aykırı olarak, tüketici aleyhine oransızlık meydana getirmesi de aranmalıdır⁴⁹. Hatta AB'nin 93/13 sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında Konsey Yönergesi daha da ileri giderek oransızlığın dürüstlük kuralına aykırı olmasını yeterli görmemiş, aynı zamanda tüketicinin zararına olarak önemli ve haksız bir oransızlık olmasını da aramıştır⁵⁰.

Taslağa göre, müteşebbis ile tüketici arasında kurulan sözleşmelerde yer alan haksız koşullar yazılmamış sayılır (m. 5, f. 1)⁵¹. “Yazılmamış sayılma⁵²” yaptırımı esasen TBK m. 21’de genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına dâhil olup olmadığına ilişkin belirlemede yani yürürlük denetiminde ortaya çıkan bir durumdur⁵³. Oysa Taslak m. 5, f. 1’de içerik denetimine girildiği

⁴⁹ Mevcut düzenlemeye göre: “Satıcı veya sağlayıcının tüketicile 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” (m. 6). Maddede geçen “iyiniyet kuralı”ndan dürüstlük kuralı anlaşılmalıdır. Bu yönde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 169. SİRMEN, s. 124.

⁵⁰ Gerçekten de Yönergeye göre: “Tek tek görüşülmemiş bir sözleşme kaydı, dürüstlük ilkesine aykırı düşecek şekilde, tüketicinin aleyhine (zararına), onun sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin dağılımında önemli ve haksız bir oransızlık yaratması halinde, kötüye kullanılabilir kayıt olarak nitelendirilir” (m. 3, b. 1). Hükmün eleştirisi için bkz. ÇINAR, s. 32.

⁵¹ Hali hazırda yürürlükte olan kanunda ise bu tür koşulların tüketici için bağlayıcı olmadığı belirtilmiştir (m. 6, f. 2). Burada yalnızca tüketici tarafından ileri sürülebilecek bir geçersizlik söz konusudur (ÖZ, s. 146). Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelikte ise haksız koşullar butlan yaptırımına tabi tutulmuştur (m. 7). Yönetmelikte butlan yaptırımından bahsedildikten sonra “yok sayılan bu hükümler olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin geri kalanı varlığını korur” hükmünde yokluktan söz edilmesi tutarsızlık oluşturmaktadır. Bu yönde bkz. SİRMEN, s. 128. Yönetmelik için bkz. RG, T. 13.06.2003, Sa: 25137.

⁵² “Yazılmamış sayılma” ifadesi kanaatimizce yokluk yani karşı tarafın kabul beyanının bu hükümleri kapsamadığı şeklinde yorumlanabilir. Bu konuda bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 165-166; EREN, s.221; ANTALYA, s. 310; ATAMER, Yeni Türk Borçlar Kanunu, s. 30 vd.; SİRMEN, s. 115.

⁵³ Genel işlem koşullarının denetiminde üç safha söz konusudur: Birincisi, genel işlem ko-

görülmektedir. Bu sebeple metnin yeniden kaleme alınması ve 1. fıkrada yürürlük denetimine yer verilerek TBK m. 21 ile uyum sağlanması gerekir⁵⁴. Bu bağlamda sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı yani şaşırtıcı olarak ifade edilen kayıtların durumu da ele alınmalıdır⁵⁵.

Taslağın 5. maddesinin 2. fıkrasında önce genel işlem koşulunun tanımının yapıldığı görülmekte, devamında bir standart koşulun münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa müteşebbisin bunu ispatla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Fıkra ayrıca sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olmasının, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemeyeceği ifade edilmiştir.

Taslağın 5. maddesinin 3. fıkrasında ise yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi düzenlenmiştir. Buna göre: “Sözleşmenin yazılmamış sayılan şartları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda müteşebbis, yazılmamış sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” Bu hüküm TBK m. 22 ile paraleldir.

Taslağın 5. maddesinin 4. fıkrasında genel işlem koşulunun yorum yoluyla denetimi düzenlenmiş ve TBK m. 23 ile uyumlu bir hükme yer verilmiştir. Buna göre: “Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde, bu hüküm müteşebbisin aleyhine ve tüketicinin lehine yorumlanır.” Belirtmek gerekir ki, genel işlem koşulu içermese bile, her sözleşmenin şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanacağı (in dubio contra stipulatorem) temel bir ilkedir⁵⁶.

şulunun sözleşmenin içeriğine dâhil olup olmadığının belirlenmesi yani yürürlük denetimi (TBK m. 21-22); ikincisi, genel işlem koşulunun yorum yoluyla denetlenmesi (TBK m. 23) ve üçüncüsü geçerlik veya içerik denetimi (TBK m. 25). Detaylı bilgi için bkz. ALTOP, s. 35 vd.; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 81 vd.; EREN, s. 220 vd.

⁵⁴ TBK m. 21 uyarınca: “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır...”

⁵⁵ TBK m. 21’de bu tür kayıtların da yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu nitelikteki genel işlem koşullarının, düzenleyence, bunlar hakkında açıkça bilgi verilip, içeriğini öğrenme olanağının sağlanması ve diğer tarafın da bunu kabul etmesi, yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasını engellemez. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. ALTOP, s. 40-41; KAŞAK, s. 420 vd.

⁵⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 168; EREN, s. 222 ve 473.

Taslağın 5. maddesinin 5. fıkrasında dürüstlük kurallarına aykırı olarak, tüketicinin aleyhine olan veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki hükümlerin sözleşmeye konulamayacağı öngörülmüştür. Genel işlem koşullarının içerik (geçerlik) denetimine ilişkin⁵⁷ bu hükmeye aykırılık durumunda TBK m. 25⁷deki geçersizlik yaptırımı devreye girecektir⁵⁸.

Taslağın 5. maddesinin 8. fıkrasında ise haksız koşulların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız koşul olduğu kabul edilen sözleşme kayıtlarının yönetmelik ile belirleneceği belirtilmiştir. Hali hazırda yürürlükte olan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Eki'nde de yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı olmamak üzere haksız koşul olarak kabul edilebilecek birtakım durumlar sayılmıştır⁵⁹. Bu sayede pratikte sık karşılaşılan bazı tipik haksız koşullara yer verilerek bunlar hâkimin takdir yetkisine bırakılmamış olmaktadır⁶⁰. Ancak Taslakta dürüstlük kurallarına aykırı olarak, tüketicinin aleyhine olan veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki hükümlerin tespiti konusunda hâkime ışık tutması açısından bazı kriterler de getirilebilirdi⁶¹.

Taslağın 5. maddesinin 6. fıkrasında bu madde hükümlerinin faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanacağı belirtilerek bu konuda yaşanabilecek tereddütler giderilmiştir. Benzer bir düzenleme TBK m. 20, f. 4'de de yer almaktadır.

⁵⁷ Genel işlem koşullarının içerik denetimi ile ilgili olarak detaylı açıklamalar için bkz. HA-VUTÇU, s. 153 vd.

⁵⁸ TBK m. 25 düzenlemesi ile ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır. Burada söz konusu olan geçersizlik, kısmi geçersizliktir. Bu nedenle diğer hükümler geçerliliğini koruyacaktır. Geçersiz sözleşme hükümleri yerine kanun hükümleri uygulanacaktır (TBK m. 25 gerekçesi).

⁵⁹ Mesela, tüketicinin, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yapma veya yapmama şeklinde bir fiili sonucu hayatını kaybetmesi veya maddi zarara uğraması halinde, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar; satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden birisini kısmen veya tamamen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin satıcı, sağlayıcı veya kredi verene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği taleplerini, herhangi bir alacağını satıcı, sağlayıcı veya kredi verene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dâhil, bertaraf eden ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar; satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar; tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi verene, tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar; yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketiciyi, ölçüsüz derecede yüksek bir tazminatla mükellef kılan şartlar vs.

⁶⁰ Bu yönde bkz. ALTOP, s. 43-44.

⁶¹ TBK'daki değerlendirme açısından bkz. ALTOP, s. 44.

Taslağa göre, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde (kısaca “genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde” denilebilirdi) yer alan haksız koşulların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alma yetkisi ve görevi Bakanlığa verilmiştir (m. 5, f. 7)⁶².

4. Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme serbestliği ilkesi gereğince bir kimse dilediği biri ile sözleşme yapıp yapmamakta kural olarak serbesttir. Bu bağlamda bir kişi diğerini sözleşme yapmaya zorlayamaz. Fakat bazı hallerde kanun hükmü veya taraflar arasındaki ön sözleşme gereğince sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olabilir. İşte böyle bir zorunluluk doğuran bir düzenleme Taslağın 6. maddesinde yer almaktadır. Buna göre: “Müteşebbis, vitrinde, rafta veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde satılık olmadığını belirten bir ibareye yer vermedikçe teşhir ettiği malın satışından kaçınmaz⁶³.” Benzer bir hüküm hali hazırda yürürlükte bulunan Kanunda da bulunmaktadır (TKHK m. 5). Mevcut Kanunda “numunedir” ibaresi konularak da satış yapma zorunluluğundan kurtulmak mümkündür. Taslakta ise sadece “satılık olmadığını” ifadesine yer verilmiştir. Kanaatimizce “numunedir” ibaresi de aynı yönde anlaşılmalıdır.

Bir mal fiyatı gösterilerek sergilenmişse bu herkese açık öneri sayılır (TBK m. 8, f. 2). Öneri, sahibini bağladığından karşı tarafın (tüketici olması gerekmez) kabulü ile zaten sözleşme kurulmuş olur. Mal fiyatı gösterilmeden teşhir edilmişse henüz bir öneriden bahsetmek kural olarak mümkün olmamasına rağmen Taslaktaki ve TKHK m. 5’deki bu hüküm sayesinde tüketici malı almak istediğini belirtmişse satıcı için sözleşme yapma zorunluluğu doğacaktır. Görüldüğü gibi bu durum sadece tüketiciler için geçerlidir. Diğer bir ifadeyle tüketici olmayanlar için “teşhirin böyle bir

⁶² Taslağa ilişkin genel açıklamalarda da mevcut düzenlemede tüketicinin taraf olduğu sözleşmede yer alan haksız koşulların hangi kurum tarafından tespit edileceği ve denetleneceğine ilişkin açık bir hüküm olmadığından bu alanda etkin bir denetim yapılamadığı ve milyonlarca tüketicinin mağduriyet yaşadığı belirtilerek, yeni düzenlemede haksız sözleşme koşullarının denetimi yetkisinin Bakanlığa verildiği vurgulanmıştır. Verilen bu yetki ile özellikle bankacılık alanındaki sözleşmeler, abonelik sözleşmeleri vb. çok geniş kitleleri ilgilendiren sözleşmelerde tüketici aleyhine hükümler yer alması durumunda Bakanlığın yapacağı denetim sayesinde tüketicinin mağdur olmasının engelleneceği belirtilmiştir (<http://www.gumrukticaret.gov.tr/icerik/31/2049/tuketicinin-korunmasi-hakkinda-kanun-tasarisi-taslagi.html>). (Erişim 10 Ekim 2012).

⁶³ Bu şekilde özel bir hükme yer verilmeseydi, sözleşme yapma zorunluluğu ancak TMK m. 2’ye dayanılarak gündeme getirilebilirdi. Bu konuda bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 188-189.

sonucu yoktur⁶⁴. Satıcı bu sonucun doğmasını istemiyorsa malın “satılık olmadığını” belirten bir ibareye teşhirde yer vermelidir⁶⁵. Böyle bir ibareye yer vermemiş olan satıcı malın stokta bulunmadığını ileri sürerek satış yapma zorunluluğundan kurtulamayacaktır.

Hizmet sağlamaktan da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz (Taslak m. 6, f. 2). Bu hükümle mevcut düzenlemedeki cümle bozukluğu giderilmiş olmaktadır⁶⁶. Hizmet bunu belirten yazı ve işaretlerin sergilenmesi veya genele duyurulmasıyla teşhir edilmiş sayılır⁶⁷.

Taslağın 6. maddesinin 3. fıkrasına göre de: “Müteşebbis, aksine bir teamül, ticari örf veya adet yoksa bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı veya ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınmasına bağlı kılamaz.” Bu fıkrada “hizmet satışından” bahsedilmesi yerinde olmamıştır. Tıpkı bir önceki fıkrada olduğu gibi “hizmet sağlanması” ifadesinin tercih edilmesi gerekirdi.

Taslakta ayrıca mevcut düzenlemeye paralel şekilde (TKHK m. 25, f. 2) bu maddeye aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir sözleşme için idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir (m. 46, f. 1).

5. İsmarlanmamış Mal ve Hizmetler

Taslağın “İsmarlanmamış mal ve hizmetleri” düzenleyen 7. maddesi hali hazırda yürürlükte bulunan TKHK’da yer almayan yeni bir hükümdür⁶⁸. 6098 sayılı TBK’da ise bu konu “İsmarlanmayan şeyin gönderilmesi” başlığı altında taslaktaki düzenlemeden kısmen farklı bir biçimde de olsa ele alınmıştır (m. 7).

Bu hüküm sipariş edilmemiş mal ve hizmet sunumlarına karşı tüketicilerin korunması amacıyla getirilmiştir. Emrivaki oluşturan ve adeta bir pazarlama yöntemi haline getirilen bu tür durumlarda müteşebbis, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri süremez.

⁶⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 188.

⁶⁵ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 152.

⁶⁶ Gerçekten de TKHK m. 5, f. 2’de yer alan “Hizmet sağlamada da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz” ifadesi düzeltilmeye muhtaçtı.

⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 188.

⁶⁸ Fakat şu an yürürlükte bulunan Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelikte ise bu konu düzenlenmiştir (m. 10). Buna göre: “Sipariş edilmeyen malın teslimi veya hizmetin sunulması durumunda; mal veya hizmetin kullanılması veya tüketilmesi hariç olmak üzere satıcı veya sağlayıcı tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri süremez. Bu hâllerde tüketicinin sessiz kalması, sözleşmenin kurulmasına yönelik bir kabul beyanı olarak yorumlanamaz ve tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.”

Taslaktaki hükme göre, bu hallerde tüketicinin sessiz kalması, sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanı olarak yorumlanamaz. Kanaatimizce bu hüküm gereksizdir. Zira TBK uyarınca ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi zaten öneri sayılmaz⁶⁹. Önerinin bulunmadığı bir durumda kabulün olup olmadığını tartışmaya lüzum dahi yoktur. Hatta ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılsa bile sessiz kalma (öneriyi yanıtsız bırakma) kural olarak kabul sayılmaz⁷⁰. Başka bir anlatımla, kabul olarak yorumlanabilecek kanaat verici bir davranış sergilemediği sürece, tüketicinin yalnızca susması, sözleşmenin kurulduğu anlamına gelmeyecektir.

Taslağa göre tüketicinin ısmarlamamış olduğu malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Aynı husus TBK m. 7’de de belirtilmiştir. Bu nedenle Taslakta tekrar aynı hükme yer verilmesi gereksiz olmuştur.

D) Üreticinin Sorumluluğunun Ayrı Bir Düzenlemeye Tabi Tutulması

Üreticinin sorumluluğu ile satıcının ayıplı mal tesliminden doğan sorumluluğu TKHK m. 4’de “Ayıplı Mal” başlığı altında bir arada düzenlenmiş ve bu iki sorumluluk birbirinden yeterince ayırt edilememiştir⁷¹. Taslakta ise bunlar birbirinden ayrılmış ve 3. kısım “Ürün Sorumluluğu”na

⁶⁹ Gerçi bu hükmün ne denli isabetli bir hüküm olduğu tartışmaya açıktır. Şöyle ki kanun, fiyatı belirtilmiş olsa bile (fiyat belirtilmemişse kural olarak zaten öneriden bahsedilemez), ısmarlanmayan bir şeyin gönderilmesini öneri saymadığına göre mal kendisine gönderilen kişi malı ve fiyatını uygun bulsa bile sözleşmeyi bu aşamada kendi kabul beyanıyla kurma olanağında yoksun bulunmaktadır. (OĞUZMAN/ÖZ, s. 54). Zira bu hükümler son söz satıcı/sağlayıcıya bırakılmış olmaktadır. Kanaatimizce hüküm amacı doğrultusunda yorumlanmalı ve tüketici veya alıcı ısmarlamamış olsa bile gönderilen malı ve fiyatını uygun bulup kabul etmişse artık sözleşme kurulmuş sayılmalıdır. Öte yandan TBK m. 8, f. 2 uyarınca, tarife, fiyat listesi ve benzerlerinin gönderilmesi aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılacakça öneri sayılmakta iken, m. 7 uyarınca malın kendisini fiyat belirterek göndermenin öneri sayılmaması kabulü mümkün olmayan bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesini fiyatını da içeriyorsa öneri saymalı fakat böyle bir durumda sözleşmenin ancak açık bir kabul beyanı ile kurulabileceğini benimsemek daha uygun olacaktır. (OĞUZMAN/ÖZ, s. 54).

⁷⁰ EREN, s. 256.

⁷¹ Hâlbuki satıcının ayıplı mal tesliminden doğan sorumluluğu tüketiciyi somut sözleşmeden beklenen ifa menfaatine karşı koruma gayesi güderken, üreticinin sorumluluğu ise genel anlamda kamuyu hatalı ürünlerin doğurduğu zarar potansiyeline karşı korumayı amaçlamaktadır. Üreticinin sorumluluğu ürünün hatalı olması satıcının sorumluluğu ise satılanın ayıplı çıkması nedeniyledir. Ayrıca her iki sorumluluğun dayandığı esas, tazminat taleplerinin kapsamı ve bu taleplerin borçlusu farklıdır. Konuyla ilgili olarak bkz. ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 94-95, dn. 33; KIRCA, s. 102 vd.; ÖZSUNAY, s. 373 vd.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine ...

tahsis edilmiştir (m. 8-15). Böylece üreticinin sorumluluğu adeta sıkıştırıldığı yer olan TKHK m. 4'den kurtarılmıştır. Fakat kavram birlikteliğine yeterince dikkat edilmemiş bazı yerlerde üretici (m. 9, f. 1, m. 10, m. 13) bazı yerlerde ise imalatçı (m. 9, f. 2, m. 15) kavramı kullanılmıştır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da üreticinin sorumluluğuna yalnızca tüketici vasfı taşıyan kişilerin gidebileceği belirtilmişken taslakta böyle bir sınırlandırma getirilmemiştir. Gerçekten de TKHK m. 4, f. 2, c. 4 uyarınca: "Tüketici ... ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir." Taslağa göre ise: "Bu Kanunun uygulanmasında ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde hareket eden kişiler de zarar gören olarak kabul edilir." (m. 9, f. 3). Bu açıdan taslaktaki düzenlemeyle korumadan yararlanacak kişilerin çevresi genişletilmiştir.

Fakat Taslağa göre, mala gelen zararlarda, ancak hatalı ürün dışındaki bir malın zarar görmesi ve bu malın zarar görenin kişisel kullanımına veya tüketimine mahsus bir mal olması durumunda tazminat borcu doğar (m. 9, f. 1, c. 2). TKHK'da ise malın zarar görenin kişisel kullanımına veya tüketimine mahsus bir mal olması şeklinde bir sınırlandırma olmaksızın "kullanımdaki diğer mallarda" ibaresine yer verilmiştir (m. 4, f. 2, c. 4). Bu yönüyle TKHK, Taslağa oranla tüketicilerin diğer malları açısından bunların kişisel kullanıma veya tüketime mahsus bir mal olup olmadığına bakmaksızın uğradığı zararların tazmin edilmesini kabul etmekle daha kapsamlı bir koruma sağlamaktadır. Taslaktaki düzenleme AB'nin 25 Temmuz 1985 tarihinde kabul edilen Ürün Sorumluluğu Yönergesine benzetilmeye çalışılmıştır⁷². Gerçekten de Yönerge mala verilen zararlar bakımından sorumluluğu sınırlandırmakta ve özel tüketim ve kullanım amacına olağan olarak hizmet eden ve zarar gören tarafından ağırlıklı olarak bu amaç için kullanılan veya tüketilen mallarda oluşan zararları sorumluluğun kapsamına dâhil etmektedir⁷³ (m. 9, b. b). Böyle bir düzenleme eleştiriye açıktır. Fakat Ürün Sorumluluğu Yönergesinin, diğer birçok Yönergeden farklı olarak, üye ülkelerin ürün sorumluluğuna ilişkin iç hukuk kurallarının Yönergeye maksimum ölçüde uyum sağlamalarını

⁷² Ürün Sorumluluğu Yönergesi hakkında bkz. ÖZSUNAY, s. 359 vd.

⁷³ Bu hükmün temelinde mala verilen zararlar bakımından yalnızca tüketicilerin özel olarak korunmaya muhtaç olduğu, ticari veya mesleki amaçla malı kullanan kişilerin kendilerini başka şekilde özellikle sözleşmelere koyabilecekleri hükümlerle koruyabilme düşüncesi yatmaktadır (KIRCA, s. 157).

hedeflediği de göz ardı edilmemelidir⁷⁴.

Taslağın “Zamanaşımı” kenar başlıklı 15. maddesi kafa karıştırıcıdır. Söz konusu hükme göre: “Bu maddeden doğan talepler, zarar görenin zararı, üründeki hatayı ve imalatçının kim olduğunu öğrendiği veya makul olarak öğrenebileceğinin kendisinden beklendiği tarihten itibaren üç yıl içinde zamanaşımına uğrar ve her halükarda hatalı ürünün piyasaya sürüldüğü tarihten itibaren on yıl içinde düşer.” Her şeyden önce “bu maddeden doğan talepler” ifadesi yerinde değildir. Zira 15. madde üreticinin sorumluluğuna ilişkin önceki maddelerde yer alan taleplere ilişkin süreyi belirlemektedir; yoksa hükmün kendisi ayrıca bir talep içermemektedir.

Öte yandan 15. maddenin kenar başlığı “Zamanaşımı” olmasına rağmen “... on yıl içinde düşer” ifadesiyle maddede hak düşürücü süreye de yer verildiği görülmektedir. O halde başlığın içerikle uyumlu hale getirilmesi gerekir. Yürürlükteki düzenlemeye göre de: “Bu talepler zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar” (TKHK m. 4, f. 4, c. 4). “Ortadan kalkar” ifadesi 10 yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu izlenimi uyandırmaktadır⁷⁵.

E) Ayıplı Mal Teslimi ve Hizmet Sunumlarında Önemli Düzenlemelere Yer Verilmesi

Taslağın 16. maddesi “Ayıplı mal”, 17. maddesi ise “Ayıplı hizmet” başlığını taşımaktadır. Bu maddeler “Tüketici Sözleşmeleri” başlıklı dördüncü kısımda yer almaktadır. Oysa ayıplı mal ve ayıplı hizmet bir sözleşme türü değil, edimin gereği gibi ifa edilmemesi halidir. Bu nedenle her iki konunun tıpkı üreticinin sorumluluğunda olduğu gibi ayrı bir kısımda düzenlenmesi isabetli olacaktır.

Öte yandan Taslağın 16. maddesinde yalnızca satım sözleşmesinden bahsedilmiş olmasına rağmen bu hükümlerin mal teminine ilişkin diğer tüketici işlemlerinde de uygulanacağına tereddüt edilmemelidir. Özellikle uygulamada herhangi bir tartışmaya meydan vermemek için bu hususun belirtilmesi yerinde olacaktır.

“Ayıplı mal” a ilişkin 16. madde 11, “Ayıplı hizmet”e ilişkin 17. madde ise 6 fıkradan oluşmakta fakat maddeler içinde alt başlıklar bulunmamaktadır.

⁷⁴ Yönerge'nin amaçları için bkz. KIRCA, s. 61 vd.; AYDOS, s. 76 vd.

⁷⁵ Bu düzenlemenin Ürün Sorumluluğu Yönergesi'ne uygun olduğu yönünde bkz. KIRCA, s. 248; AYDOS, s. 262-263.

Sistematik ve anlaşılabilir olma açısından tanım, ispat yükü, seçimlik haklar, zamanaşımı gibi alt başlıklara yer verilmesinin uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Bu genel değerlendirmenin ardından ayıplı mal teslimi ve hizmet sunumlarına ilişkin olarak Taslakta getirilen düzenlemeleri aşağıdaki şekilde ele almak mümkündür.

1. Ayıplı İfanın Sözleşmeye Aykırılık Oluşturduğunun Açıkça Belirtilmesi

Ayıbın tanımı 25 Mayıs 1999 tarihli Tüketim Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkındaki Yönergeye uygun olarak yenilenmiştir⁷⁶. Buna göre: “Saticı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür. Sözleşmeye konu malın, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması veya objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması halinde sözleşmeye aykırı dolayısıyla ayıplı olduğu kabul edilir. Özellikle;

a) Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında yer alan,

b) Saticı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan,

c) Muadili olan malların kullanım amacını taşımayan,

ç) Tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar ayıplıdır.” (m. 16, f. 1).

Tanımda ayıplı ifanın sözleşmeye aykırı ifa olduğu özellikle belirtilmiştir⁷⁷. Bu bağlamda malın, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması veya objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması halinde sözleşmeye aykırı dolayısıyla ayıplı ifanın var olacağı belirtilmiştir⁷⁸.

Ancak Taslağa göre tüketicinin sözleşmenin kuruluşu anında malın kendisine bildirilen ayıbından haberdar olduğu hallerde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz (m. 16, f. 11). Tüketicinin ayıptan haberdar olduğunu ispat

⁷⁶ Yönergeyle ilgili olarak bkz. ERLÜLE, s. 419 vd.; DEMİR, AB Yönergesi, s. 26 vd.

⁷⁷ ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 83, dn. 4. Ayıptan doğan sorumluluğun hukuki niteliği ile ilgili olarak bkz. YAVUZ, Borçlar Özel, s. 67-68.

⁷⁸ Ayıp kavramı ve türleri ile ilgili olarak bkz. ARAL/AYRANCI, s. 104 vd.

yükü satıcıya aittir. Fakat satıcının bunu ispatlaması birçok durumda zor olacağından tüketicinin maldaki “ayıptan haberdar olmamasının mümkün olmadığı” ayıpların da sözleşmeye aykırılık oluşturmayacağı belirtilmiştir (m. 16, f. 11)⁷⁹. Tüketicinin kendisine bildirilenin dışındaki ayıplara karşı ise hakları saklıdır.

Ayıplı mala ilişkin tanımda dikkat çeken bir nokta da ayıplı ifanın mevcut olup olmadığının malın tüketiciye teslim anı dikkate alınarak belirlenecek olmasıdır. Zaten 6098 sayılı TBK uyarınca da; 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 (m. 208, f. 1). Yani satıcı devir veya tescilden önce var olan ayıplardan dolayı sorumludur. Hasarın tüketiciye geçmesinden sonra ortaya çıkan ayıplar, bunlar devir veya tescilden önce var olan bir sebepten dolayı oluşmuş olmadıkça, satıcının sorumluluğunu gerektirmeyecektir⁸⁰.

2. Malın Gereği Gibi Monte Edilmemesinin de Ayıplı İfa Sayılması

25 Mayıs 1999 tarihli Tüketim Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkındaki Yönergeye uygun olarak taslakta malın gereği gibi monte edilmemiş olması da ayıplı ifa kapsamında değerlendirilmiştir. Buna göre montajın satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda, malın gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hallerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj yanlış yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur. (m. 16, f. 2).

3. Satıcı/Sağlayıcıya Kurtuluş Kanıtı Getirme Olanığı Tanınması

Taslakta satıcıya kendisinden kaynaklanmayan reklamlardaki vaatlerin sözleşme içeriğine dâhil olmadığını ispatlamak suretiyle kurtuluş kanıtı getirme olanığı tanınmıştır. Mevcut Kanunda olmayan böyle bir düzenleme 1999

⁷⁹ Taslağa göre: “29/06/2001 tarih ve 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanununun 5 inci maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, imalatçı veya ithalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgiyi içeren bir etiket konulması zorunludur. Malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgi, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde açıkça gösterilir.” (m. 16, f. 11, c. 1 ve 2).

⁸⁰ YAVUZ, Ayıplı Mal, s. 1298-1299. TBK uyarınca satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun şartları hakkında ayrıca bkz. ARAL/AYRANCI, s. 104 vd.

tarihli Yönerge esas alınarak getirilmiştir⁸¹. Buna göre satıcı açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin satım sözleşmesinin kuruluşu anında düzeltilmiş olduğunu veya satım sözleşmesi kurulma kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağılı olmaz. (m. 16, f. 3)⁸². Yönergeye uygun da olsa böyle bir düzenlemenin tüketicileri mağdur etme riski göz ardı edilmemelidir. Diğer yandan ilgili Yönerge hükümlerinin tüketicilerin korunması bakımından asgari düzeyde kurallar öngördüğü (m. 8, f. 2), bu sebeple üye ülkelerin tüketiciyi daha yüksek düzeyde koruyucu tedbirler alabileceği de unutulmamalıdır.

Ayrıca TKHK'ya göre, satılan malın veya sunulan hizmetin ayıplı olduğunun bilinmemesi sorumluluğu ortadan kaldırmaz (m. 4, f. 3, c. son). Diğer bir ifadeyle satıcı/sağlayıcı, ifa edilen edimdeki ayıbı bilmediğini veya ayıbın kendi kusurundan meydana gelmediğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz⁸³. Tüketicilerin korunması açısından taslakta bu hususun açıkça belirtilmesi yerinde olacaktır.

4. Tüketici Lehine İspat Kolaylığı Sağlanması

Tüketicinin ayıp nedeniyle kendisine tanınan hakları kullanabilmesi için malın teslim anında ayıplı olduğunu ispat etmesi gerekir. Yani ayıbın varlığını ispat yükü kural olarak tüketicidedir. Fakat özellikle malın bu ayıp nedeniyle telef olduğu veya hasar gördüğü durumlarda ayıbı ispat zordur⁸⁴. Bu nedenle Taslakta tüketici lehine ispat kolaylığı getirilmiştir. Buna göre teslim anından itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim anında var olduğu kabul edilir (m. 16, f. 4). Görüldüğü gibi teslim edilen malın 6 ay süresince sorunsuz çalışması hayatın olağan akışına uygun olarak kabul edilerek bu süre içerisinde mal da bir problem çıkmışsa karine olarak bu problemin teslim anında var olan bir ayıptan kaynaklandığı kabul edilmiştir⁸⁵. Bu durumda

⁸¹ ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 85.

⁸² Benzer bir düzenlemeye ayıplı hizmetler bakımından da yer verilmiştir. Buna göre: “Sağlayıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin hizmet sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu veya hizmet sözleşmesi kurulması kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağılı olmaz.” (m. 17, f. 2).

⁸³ YAVUZ, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 529; ERDOĞAN, s. 55; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 117.

⁸⁴ ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 87.

⁸⁵ ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 88.

malın teslim anında ayıplı olmadığına ispatı satıcıya ait olacaktır. 1999 tarihli Tüketim Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkındaki Yönergeye de uygun olan⁸⁶ bu düzenleme tüketicinin korunması açısından çok önemli bir işleve sahip olacaktır.

Fakat aynı hükme göre bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz. Bu sayede satıcının mağdur olması engellenecektir⁸⁷. Örneğin doğası gereği çabuk bozulan, çürüyen yok olan mallar açısından bu karine geçerli değildir⁸⁸. Bu sebeple her somut olayda ayıbın ve malın özelliği dikkate alınarak ayıbın varlığını ispat yükü (6 ay içinde ortaya çıkmış olsa bile) tüketicide bırakılabilir.

5. Ayıbın 30 Gün İçinde Bildirilmesi Külfetinin Kaldırılması

Mevcut Kanun'a göre tüketicinin ayıplı ifa nedeniyle kendisine tanınan seçimlik hakları kullanabilmesi için, ayıbı belirli bir süre içinde satıcı/sağlayıcıya bildirmesi gerekir. Tüketici ayıbı, konusu mal teslimi olan sözleşmelerde malın tesliminden; konusu bir hizmet sağlanması olan sözleşmelerde ise hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde satıcı/sağlayıcıya bildirmekle yükümlüdür (TKHK m. 4, f. 2, c. 1; m. 4/A, f. 2, c. 1)⁸⁹. Söz konusu düzenlemede muayene külfetinden açıkça bahsedilmemiş⁹⁰ yalnızca ayıbı bildirim yükümlülüğüne yer verilmiştir⁹¹.

Türk Borçlar Kanunu'na göre ise; alıcı, satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılarda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır (m. 223)⁹².

⁸⁶ ERLÜLE, s. 430; DEMİR, AB Yönergesi, s. 32.

⁸⁷ ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 88; DEMİR, AB Yönergesi, s. 32.

⁸⁸ ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 88.

⁸⁹ Ancak ayıp, adi bir muayene ile ortaya çıkarılmayacak bir ayıp ise veya ayıp tüketiciden satıcı/sağlayıcının ağır kusuru veya hilesi ile gizlenmişse artık 30 günlük süre dikkate alınmaz (TKHK m. 4, f. 4, c. son; m. 4/A, f. 4, c. son). Bu gibi hallerde tüketici, zamanaşımı süresi içinde ayıp ortaya çıkar çıkmaz hemen ayıbı ihbar etmelidir. Bu yönde bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 121.

⁹⁰ Aslan'a göre bu tercih bilinçli olarak yapılmıştır (ASLAN, s. 136).

⁹¹ Bu arada belirtmek gerekir ki; otuz günlük süre, ayıp nedeniyle tüketiciye tanınan hakları kullanma süresi değil, yalnızca ayıbı ihbar süresidir (YAVUZ, Ayıplı Mal, s. 1300).

⁹² Maddenin 2. fıkrasına göre de: "Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılarda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılmayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır."

Taslakta muayene ve ihbar külfeti öngörülmemiştir⁹³. Avrupa Birliği'nin 1999 tarihli Tüketim Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkındaki Yönergesinde ise muayene külfetine yer verilmemiş, ayıbın tespitinden itibaren işleyecek 2 aylık bir ihbar süresi öngörülmesi de üye ülkelerin tercihine bırakılmıştır (m. 5/2)⁹⁴. Taslak bu haliyle kanunlaşırsa norm koyucu tercihini tüketiciden yana kullanmış olacaktır.

6. Seçimlik Hakların Kullanılmasına ve Muhatabına İlişkin Sınırlandırmalara Yer Verilmesi

Taslakta ayıplı mal teslimi durumunda tüketicieye tanınan seçimlik haklar mevcut kanunda olduğu gibi dört adet olarak belirlenmiştir. Buna göre tüketici, ücretsiz onarım, malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanmakta serbesttir (m. 16, f. 5)⁹⁵.

Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda da tüketicinin, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanmakta serbest olduğu ifade edilmiştir (m. 17, f. 3). Mevcut düzenlemeden farklı olarak eser sözleşmeleri de ayıplı hizmet kapsamına alınmış ve tüketicinin ayıplı hizmet sonucu ortaya çıkan eserin onarımını isteme hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır.

Avrupa Birliği'nin 1999 tarihli Tüketim Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkındaki Yönergesi ise seçimlik hakları belli bir sıraya tabi tutmuştur (m. 3). Buna göre tüketici öncelikle onarım veya yenisi ile değiştirme isteyecek, dönme veya bedelden indirim talebini ise ancak bunlardan sonuç alınmadığı hallerde kullanabilecektir⁹⁶.

Taslakta ve TKHK'da ise böyle bir sıralandırma yapılmamıştır. Taslakta yalnızca ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı

⁹³ Atamer'e göre, tüketicinin seçimlik haklarından birini kullandığı yönünde satıcıya her halükarda bildirimde bulunması gereğinin olması, bunun öncesindeki ayıbı ihbar zorunluluğunu anlamsız kılmaktadır. Yazara göre ayıp hemen tespit edilmiş olmasına rağmen tüketicinin uzun bir süre seçimlik haklarını kullanmamış olması, duruma göre hakkın kötüye kullanılması engelene takılacaktır. (ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 92).

⁹⁴ ERLÜLE, s. 430.

⁹⁵ Tüketicieye tanınan bu seçimlik haklarla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 125 vd.; ARBEK, s. 53 vd.; ASLAN, s. 167 vd.; YAVUZ, Ayıplı Mal, s. 1302 vd.; ERDOĞAN, s. 62 vd.; TİRYAKI, s. 109 vd.; KARA, s. 373 vd.

⁹⁶ Konuyla ilgili olarak bkz. ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 90; DEMİR, AB Yönergesi, s. 30 vd.; ERLÜLE, s. 427 vd.

için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması halinde tüketicinin, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedel indirimi haklarından birini kullanabileceği belirtilmiştir (m. 16, f. 6, c. 4)⁹⁷.

Taslakta ayıplı hizmetler bakımından mevcut düzenlemede yer alan: “Tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesi, durumun gereği olarak haklı görülemiyorsa, bedelden indirim ile yetinilir” hükmüne (TKHK m. 4/A, f. 2, c. 3) yer verilmemiştir. Fakat “Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması halinde tüketici bu hakları kullanamaz” hükmü getirilmiştir (m. 17, f. 4).

6098 sayılı TBK’da da seçimlik haklar bakımından sıralandırma yapılmamış fakat bu hakların kullanılmasında bazı sınırlandırmalara yer verilmiştir. Buna göre her şeyden önce satıcı alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir. Öte yandan alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir. Ayrıca satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir (TBK m. 227, f. 3,4,5)⁹⁸.

Tüketici, mevzuatın kendisine tanıdığı dört seçimlik haktan dilediğini tercih etmekte, kural olarak, serbesttir. Bu hakkın genel sınırını, TMK m. 2’deki dürüst davranma ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturur. Somut olayın özellikleri, ayıbın durumu ve taraf menfaatleri dikkate alındığında, tüketicinin seçimi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görülebiliyorsa, tüketicinin istemi reddedilmelidir⁹⁹. Hâkim bu konuda karar verirken, tüketiciyi koruyan hükümleri amacına uygun olarak yorumlamalı ve tüketicinin korunması düşüncesini her zaman için ön planda tutmalıdır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a göre ayıplı maldan ve tüketicinin seçimlik haklarından dolayı satıcı ile birlikte imalatçı-üretici, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına veya 10/B maddesinin

⁹⁷ “Orantısızlığın tayininde malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurma hakkı tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi unsurlar dikkate alınır” (m. 16, f. 6,c. son).

⁹⁸ TBK’da alıcının seçimlik haklarına getirilen sınırlamalarla ilgili olarak bkz. ARAL/AYRANCI, s. 125 vd.

⁹⁹ Konuyla ilgili olarak bkz. ve karşı. YAVUZ, Ayıplı Mal, s. 1304-1305; ZEVLİLER/AYDOĞDU, s. 125; ARBEK, s. 156.

dokuzuncu fıkrasına göre kredi veren, müteselsilen sorumludur¹⁰⁰ (m. 4, f. 3. c. 1)¹⁰¹. Ayıplı hizmet nedeniyle de sağlayıcı, bayi, acente ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren müteselsilen sorumludur (m. 4/A, f. 3). Satılan malın veya sunulan hizmetin ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

Taslağa göre ise yalnızca ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları imalatçı veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir (m. 16, f. 6)¹⁰². Ayıplı hizmetlerde ise sorumluluk süjesi olarak yalnızca sağlayıcı işaret edilmiş; bayi, acente ve kredi verenden bahsedilmemiştir.

Taslağa göre tüketicinin, ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birini seçmesi durumunda bu talep, malın niteliği ve tüketicinin bu malı kullanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde yerine getirilmelidir. Her halükarda bu süre, talebin satıcıya, imalatçıya veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren otuz günü geçemeyecektir¹⁰³ (m. 16, f.7).

Öte yandan Taslağa göre; tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden yapılan indirim tutarı derhal tüketiciye iade edilir (m. 16, f. 8; m. 17, f. 5, c. 1). Hükümde geçen “derhal” ifadesi yerine her türlü tereddüdü ortadan kaldırmak için somut kısa bir sürenin belirtilmesinde fayda vardır.

Taslakta ayrıca seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masrafların, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanacağı ve tüketicinin bu seçimlik haklarından biri ile birlikte TBK hükümleri uyarınca tazminat da talep edebileceği belirtilmiştir (m. 16, f. 9).

¹⁰⁰ Bu saymanın sınırlı olmadığı, halin icabı ve dürüstlük kuralına uygun olarak başka kimselerin de duruma göre sorumlu olabilecekleri yönünde bkz. KARA, s. 386.

¹⁰¹ Söz konusu hüküm teorik açıdan nispiyet ilkesine aykırı olduğundan haklı olarak eleştirilmiştir. Bu yönde bkz. ATAMER, Tüketici Satım Sözleşmeleri, s. 96 vd. Tüketici, seçimlik haklarını sözleşmeyi kiminle akdetmişse ona karşı kullanmalıdır. Ancak satıcının bu istemi yerine getirmediği veya getirmesinin imkânsız olduğu hallerde diğer sorumluluk süljelerine başvurulabileceği yönünde bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 141 vd.

¹⁰² Bu hakların yerine getirilmesinden satıcı, imalatçı ve ithalatçı müteselsilen sorumludur. Fakat imalatçının veya ithalatçının, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat edebildiği hallerde sorumluluğu söz konusu olmaz (m. 16, f. 6, c. 2 ve 3).

¹⁰³ “Ancak, bu Kanunun 32. maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin ücretsiz onarım süresi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresini aşamaz. Aksi takdirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir.” (m. 16, f. 7, c. 3 ve 4).

Seçimlik hakların kullanılması bakımından öngörülen süre mevcut düzenlemeden farklı değildir. Buna göre: “Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun süreli bir sorumluluk öngörülme hallerde, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bu süre konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda beş yıldır ve taşınmazın teslim anında işlemeye başlar.” (m. 16, f. 10). Bu hükmün devamında ayıbın tüketiciden hile ile gizlenmiş olması halinde zamanaşımı süresinden faydalanılamayacağı belirtilmiştir. Taslaktaki bu hüküm tüketiciler bakımından mevcut durumdan geriye gidiş mahiyetindedir. Zira mevcut düzenlemede (TKHK m. 4, c. son) ve TBK m. 231’de bu konuda hilede ısrar edilmemiş ağır kusur yeterli görülmüştür¹⁰⁴. Tüketicinin korunması bakımından aynı çözümün taslağa aktarılması yerinde olacaktır.

IV. SONUÇ

1995 tarihli 4077 sayılı TKHK’da bugüne kadar farklı tarihlerde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Fakat değiştirilmesine ihtiyaç duyulan konuların fazla sayıda olması Kanun’daki çoğu maddenin yeniden ele alınması zaruretini doğurmuştur. Ayrıca 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda tüketicileri de ilgilendiren esaslı bazı düzenlemeler yapılmıştır. Hem bu Kanunlara hem de AB mevzuatına tam uyumun sağlanması ve uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümü için mevcut Kanunun her maddesini değiştirmek yerine yeni bir kanun hazırlanmasının daha uygun olacağı değerlendirilerek TKHK Tasarısı Taslağı hazırlanmış ve bu Taslak 17 Ağustos 2012 itibariyle kamuoyunun görüşüne açılmıştır.

Toplam 9 kısım ve 54 maddeden oluşan Taslakta tüketiciler açısından olumlu birçok hüküm getirilmiş fakat bazı yerlerde eleştiriye açık düzenlemelere yer verilmiştir. Kavram birlikteliğine dikkat edilmemesi, yoruma açık ifadelerin bulunması, genel hükümlerin (özellikle TBK’nın) göz ardı edilmesi ve bu yüzden gereksiz tekrarlara ve çelişkili cümlelere yer verilmesi başlıca eleştiri konularını oluşturmaktadır. Daha da önemlisi Taslaktaki bazı hükümlerin mevcut tüketici hukukundaki koruma çitasının altında kaldığı görülmüştür.

Taslağa son şekli verilirken metnin gözden geçirilerek tüketicileri daha ileri seviyede korumaya yönelik tedbirlerin alınması sağlanmalıdır.

¹⁰⁴ TBK m. 231’in gerekçesinde; ağır kusurun kastı, bu nedenle hileyi ve ağır ihmali de içerdiği göz önünde tutularak “ağır kusur” teriminin kullanılmasıyla iktifa edildiği vurgulanmıştır.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999.
- ALTOP, Atilla, “Genel İşlem Koşulları”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 27-44.
- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 9, Ankara 2012.
- ARBEK, Ömer, Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku, B. 3, Ankara 2006.
- ATAMER, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001. (Genel İşlem Şartları).
- ATAMER, Yeşim M., “Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m. 4-Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri-”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 24, Sa. 1, Y. 2007, s. 81-106. (Tüketici Satım Sözleşmeleri).
- ATAMER, Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 8 Nisan 2011, s. 9-73. (Yeni Türk Borçlar Kanunu).
- AYDOS, Oğuz Sadık, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2009.
- BATTAL, Ahmet, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, Y. 1998, s. 313-332.
- ÇEKER, Mustafa, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Tüketici Kredileri Açısından Bankalara Getirdiği Yükümlülükler”, Bankacılar Dergisi, Sa. 15, Y. 1995, s. 12-21.
- ÇELENK, Sevdanur, “Avrupa Birliği Düşüncesi ve Tarihi”, Hukuk Dünyası, Sa. 1, 2006, s. 69-83.

- ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.
- DEMİR, Mehmet, Son Değişikliklerle Tüketicinin Korunması Hukuku Mevzuatı, Ankara 2004. (Mevzuat).
- DEMİR, Mehmet, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Tüketim Sözleşmeleri İle İlgili Hükümlerinin Eleştirisi ve Çözüm Önerileri”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006, s. 397 – 420. (TKHK).
- DEMİR, Mehmet, “Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Yasal Düzenleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, Sa. 3, Y. 2005, s. 23-51. (AB Yönergesi).
- ERDOĞAN, İhsan, “Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmet İfalarına Karşı Korunması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, Sa. 2, Y. 1997, s. 53-66.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 14, Ankara 2012.
- ERLÜLE, Fulya, “Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 419-434.
- HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- KADIOĞLU, Kâmil “4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da 4822 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler Hakkında İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2004, Sa. 55, s. 295 – 316.
- KARA, İlhan, Tüketici Hukuku, Ankara 2012.
- KAŞAK, Esra, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, Sa. 1, Y. 2012, s. 415-429.
- KIRCA, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.
- KIVILCIM, İlge, “AB Uyum Süreci: Yeni Tüketici Kanunu Tasarı Taslağı” İktisadi Kalkınma Vakfı Değerlendirme Notu, http://www.ikv.org.tr/images/upload/data/files/degerlendirme_notu_-_56-.pdf (Erişim 10 Aralık 2012).
- MAKARACI, Aslı, Taşınır Mallara İlişkin Kampanyalı Satım Sözleşmesi, Ankara 2007.
- ODER, Bertil Emrah, “Topluluk Hukukunun Temel Doktrinleri ve

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine ...

Uygulanması”, (Tekinalp/Tekinalp) Avrupa Birliği Hukuku, B. 2, İstanbul 2000, s. 114-190.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku C. 1, B. 10, İstanbul 2012.

OZANOĞLU, Hasan S. “4822 Sayılı Kanunla 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Uygulama Alanında Getirilen Değişiklikler Üzerine”, <http://www.e-akademi.org>, (Erişim 15 Kasım 2012), E- Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Y. 2003, Sa. 18. (4822 Sayılı Kanun).

OZANOĞLU, Hasan S., “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 663-692. (Tüketici kavramı).

ÖZ, Turgut, “Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları”, <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/98.pdf> (Erişim 15 Kasım 2012).

ÖZSUNAY, Ergun, “AB’de ve Türkiye’de Ürün Sorumluluğu, AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemelerin Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul 2013, s. 357-390.

POROY, Reha, “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 513-550.

SEROZAN, Rona, “Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 61, Y. 2003, Sa. 1- 2, s. 339-356.

SİRMEN, A. Lale, “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 8 Nisan 2011, s. 109-134.

TAŞKIN, Mustafa, “Tüzel kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı”, Ankara Barosu Dergisi, Sa. 1, Y. 1997, s. 30-37.

TEKİNALP, Ünal, “Topluluk Hukuku, Kaynakları ve Özellikleri”, Tekinalp Avrupa Birliği Hukuku, B. 2, İstanbul 2000, s. 64-76.

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

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2012.

(Borçlar Özel).

YAVUZ, Cevdet, “Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması (TKHK. m. 4)”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1293-1316. (Ayıplı Mal).

YAVUZ, Cevdet, “Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukuki Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1998, s. 503-542. (Ayıba Karşı Tekeffül).

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

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
B.	: Bası
b.	: Bent
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
dn.	: Dipnot
EC	: European Communities
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

BOŞ