BANKACILAR İÇİN

TÜKETİCİ HUKUKU

Prof. Dr. İsmail Yılmaz Aslan

BKM
BANKALARARASI
KART MERKEZİ

© Prof. Dr. İsmail Yılmaz Aslan

Yayıncı: ARYAN Basım Tanıtım ve Matbaa Hizmetleri San. ve Tic. Ltd. Şti.

Sertifika No: 20243

ISBN: 978 - 605 - 63062 - 7- 3

Üretim Ajansı: Terminal Medya / Tel: (0212) 367 49 88
e-posta: info@terminaliletisim.com.tr / www.terminaliletisim.com.tr

Editör: Özlem Özkan

Kitap Tasarımı & Grafik Uygulama: Gülistan Şenol

Baskı: ARYAN Basım Tanıtım ve Matbaa Hizmetleri San. ve Tic. Ltd. Şti.
Yüzyıl Mah. Mas-Sit Matbaacılar Sitesi 5. Cad. No: 57 Bağcılar / İstanbul
Tel: (0212) 544 99 06

Bu kitabın tüm yayın hakları saklıdır. Telif sahibinin önceden yazılı izni olmadan kısmen ya da tamamen yeniden basılamaz, herhangi bir kayıt sisteminde saklanamaz, hiç bir şekilde elektronik, mekanik, fotokopi ya da başka bir araçla çoğaltılıp iletilemez.

BKM
BANKALARARASI
KART MERKEZİ

BANKACILAR İÇİN

TÜKETİCİ HUKUKU

Prof. Dr. İsmail Yılmaz Aslan

GİRİŞ

TÜKETİCİ TANIMI VE KANUNUN KAPSAMI

1. Giriş **11**
1.1. Genel Olarak 11
1.2. Tüketicinin Bilgilendirilmesi 13
2. Tüketici Kavramı Ve Tanımı **16**
2.1. Tüketici Kavramı 16
2.2. Tüketici Tanımı 18
2.3. Tüketici Tanımının Unsurları 19
3. TKHK'nin Kapsamının Belirlenmesi **23**
3.1. Genel Olarak Tüketici İşlemi 23
3.2. Sözleşmenin Tarafları Bakımından 24
3.3. Sözleşmenin Konusu Bakımından 25
3.4. Sözleşmenin Amacı Bakımından 29
3.5. Tüketiciye Yönelik Uygulamalar 30
4. Tüketicinin Korunmasını Gerektiren Sebepler **31**
4.1. Üretim Şeklindeki Ve Teknolojideki Gelişmeler 31
4.2. Tüketim Toplumu 32
4.3. Reklam ve Pazarlama Tekniklerindeki Gelişmeler 32
4.4. Ekonomik Yoğunlaşma 33
4.5. Klasik Yasaların Tüketiciyi Korumakta Yetersizliği 33
5. Tüketici Hukukunun Anayasal Temelleri **35**
6. Tüketici Hukuku'nun Çeşitli Hukuk Dalları İle İlişkisi **37**
6.1. Genel Olarak 37
6.2. Borçlar Hukuku 38
6.3. Ticaret Hukuku 38
6.4. İdare Hukuku 39
6.5. Ceza Hukuku 39
6.6. Rekabet Hukuku 40
6.7. Tüketici Hukuku'nun Genel Hukuk Sistemi İçinde Yeri 40
7. Tüketici Hukuku Sistemleri ve Türkiye'de Durum **41**
7.1. Genel Olarak 41
7.2. Sübjektif Sistem 41
7.3. Objektif Sistem 42
7.4. Karma Sistem 42
7.5. Türkiye'de Durum 42

BÖLÜM I

TÜKETİCİ İŞLEMLERİNİN GENEL ESASLARI

1. Temel İlkeler **45**
1.1. Şeklin Şartları 45
1.2. Aleyhe Değiştirme Yasağı 46
1.3. Ek Bedel İsteme Yasağı 46
1.4. Ücret ve Masraf Bilgilerinin Ayrıca Verilmesi 53
1.5. Tüketiciden Kıymetli Evrak Alınması 54
1.6. Sahsi Teminatların Durumu 54
1.7. Bileşik Faiz Yasağı 55
2. Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar **55**
2.1. Genel Olarak 55
2.2. Genel İşlem Şartları 56
2.3. Haksız Sözleşme Şartları ve Genel İşlem Şartlarına İlişkin Düzenlemelerin Uygulama Alanı 58
2.4. Haksız Sözleşme Şartının Tanımı ve Unsurları 60
2.5. Yargısal Denetim 72
2.6. Bakanlığın Yetkisi 75
2.7. Haksız Sözleşme Şartı Örnekleri 76
3. Satıştan Kaçınma **84**
4. Sipariş Edilmeyen Mal ve Hizmetler **85**
5. Bankacılık Ücretlerinde Uygulanacak Esaslar **86**
5.1. Genel Olarak 86
5.2. Temel İlkeler 87
5.3. Çeşitli İşlemlerin Ücretlendirilmesi 92

BÖLÜM II

TÜKETİCİ KREDİLERİNDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

1. Genel Olarak **101**
2. Tüketici Kredileri **104**
2.1. Genel Olarak 104
2.2. Hukuki Mahiyeti 105
2.3. Tüketici Kredisi Sözleşmesi 108
2.4. Muacceliyet Şartı 131
2.5. Erken Ödeme 133
2.6. Sigorta Yaptırılması 136
2.7. Cayma Hakkı 138
2.8. Bağlı Kredilerde Kredi Verenin Sorumluluğu 141
3. Mevduat Hesapları **146**
3.1. Krediye Bağlı Hesap Açma 146
3.2. Kredili Mevduat Hesabı 147
3.3. Limiti Aşılabilir Mevduat Hesabı 148
4. Kredi Kartları **148**
4.1. Kredi Kartı Sisteminin İşleyişi 148
4.2. Hukuki Mahiyeti 154
4.3. Kredi Kartının Kredi Niteliği 156
4.4. Taraflar Ve Yükümlülükleri 158
4.5. Tüketici Kredisi Olarak Kredi Kartı Sözleşmesi 169
4.6. İspat Yükü 174
4.7. Asgari Ödeme Tutarının Vadesinde Ödenmemesi 174
4.8. Kredi Kartı Yıllık Ücreti 175
4.9. Kredi Kartı İhtilaflarında Yetki Ve Görev 180
5. Konut Finansmanı **181**
5.1. Genel Olarak 181
5.2. Konut Finansman Sözleşmesi 181
5.3. Konut Finansman Sözleşmesinin Şekli ve İçeriği 183
5.4. Ön Bilgilendirme Formu 184
5.5. Muacceliyet Şartı 186
5.6. Erken Ödeme 188
5.7. Sigorta Yaptırılması 192
5.8. Bağlı Kredilerde Finansman Kuruluşunun Sorumluluğu 193
5.9. Krediye Bağlı Hesap Açma 198
6. Ön Ödemeli Konut Satışı **200**
6.1. Genel Olarak 200
6.2. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi 202
6.3. Teminat 205
6.4. Cayma Hakkı 206
6.5. Konutun Teslimi 208
6.6. Sözleşmeden Dönme 209
7. Haksız Rekabet Sayılan Haller **211**

BÖLÜM III

BANKACILIĞI İLGİLENDİREN ÇEŞİTLİ TÜKETİCİ İŞLEMLERİ

1. İşyeri Dışında Kurulan Tüketici İşlemleri **205**
1.1. Genel Olarak 205
1.2. Tanımı 216
1.3. Yetkili Satıcı Veya Sağlayıcı 217
1.4. Ön Bilgilendirme 218
1.5. Şekil 218
1.6. Cayma Hakkı 220
1.7. Hukuki Mahiyeti 226
2. Mesafeli Sözleşmeler **228**
2.1. Genel Olarak 228
2.2. Tanım 229
2.3. Çeşitleri 231
2.4. Ön Bilgilendirme 236
2.5. Sözleşmenin Kurulması 237
2.6. Sözleşmenin Şekli 238
2.7. Tarafların Hakları ve Borçları 240
2.8. Tüketicinin Cayma Hakkı ve Sonuçları 241

İçindekiler

2.9. Kredi Kartları İle Ödeme 243
2.10. Sistem Sahiplerinin Yükümlülükleri 244
3. Mesafeli Finansal Hizmet Sözleşmeleri 245
3.1. Genel Olarak 245
3.2. Tanım 246
3.3. Ön Bilgilendirme 247
3.4. Sözleşmenin Şekli 249
3.5. Cayma Hakkı 251
3.6. Sözleşmenin Feshi 252

BÖLÜM IV

AYIPLI HİZMETLER VE AYIP NEDENİYLE TÜKETİCİ HAKLARI

1. Ayıp Kavramı ve Çeşitleri 255
1.1. Genel Olarak 255
1.2. Ayıp Kavramı 256
1.3. Ayıp Çeşitleri 257
2. Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Hukuki Mahiyeti 260
3. Ayıba Karşı Tekefül Borcunun Şartları 262
3.1. İFA 262
3.2. Satılanın Ayıplı Olması 262
4. Ayıba Karşı Tekeffül Borcunu Sınırlandıran Kayıtlar 263
5. Ayıb Nedeniyle Tüketicinin Hakları 264
5.1. Genel Olarak 264
5.2. Seçimlik Hakların Hukuki Mahiyeti 265
5.3. Seçimlik Hakların Sınırları 265
5.4. Seçimlik Hakların Kullanılma Zamanı 266
6. Sözleşmeden Dönme Hakkı 270
7. Satış Bedelinin İndirilmesini İsteme Hakkı 273
8. Hizmetin Yeniden Görülmesini İsteme Hakkı 273
9. Ücretsiz Onarım Talep Hakkı 275
10. Tazminat Hakkı 277

BÖLÜM V

ALDATICI REKLAMLARA KARŞI TÜKETİCİNİN KORUNMASI

1. Reklam ve Hukuki Mahiyeti 281
1.1. Reklamın Tanımı 281
1.2. Reklamın Hukuki Mahiyeti 283
2. Aldatıcı Reklam Kavramı ve Bu Konudaki Düzenlemeler 284
2.1. Genel Olarak 284
2.2. Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Aldatıcı Reklam 285
3. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Reklamlarla İlgili Düzenlemeler 290
3.1. Genel Olarak 290
3.2. Ticari Reklamlarda Uyulması Gereken Genel İlkeler 291
3.3. Can ve Mal Güvenliğini Tehlikeye Düşürücü Reklamlar 301
3.4. Zayıf Kişileri İstismar Edici Reklamlar 302
3.5. Aldatıcı Reklam Kıstası 303
3.6. Reklamlarda Yer Alan İddiaların İspatı 304
3.7. Reklamların Uygunluğundan Yükümlü Olanlar 304
3.8. Banka Reklamlarının İçeriği 305
4. Tüketicinin Aldatıcı Reklamlara Karşı Başvurabileceği Yollar 305
4.1. Tkhk Çerçevesinde Başvurulabilecek Yollar 305
4.2. Genel Hükümler Çerçevesinde Başvurulabilecek Yollar 306
5. Haksız Ticari Uygulamalar 315

BÖLÜM VI

TÜKETİCİ SORUNLARININ ÇÖZÜMÜ

1. Genel Olarak 319
2. Reklam Kurulu 319
2.1. Görevleri ve Yetkileri 319
2.2. Reklam Kurulu Kararlarının Uygulanması 323
2.3. Reklam Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi 323
2.4. Oluşumu ve Üyelerin Nitelikleri 324
2.5. Kurulun Çalışma Usul ve Esasları 325
3. Tüketici Hakem Heyeti 326
3.1. Genel Olarak 326
3.2. Tüketici Hakem Heyetlerinin Oluşumu 327
3.3. Tüketici Hakem Heyetinin Görevleri 328
3.4. Çalışma Usul ve Esasları 334
3.5. Yetkili Tüketici Hakem Heyeti 339
3.6. THH Kararlarının Hukuki Mahiyeti 339
3.7. THH Kararlarına İtiraz 341
4. Tüketici Mahkemeleri 342
4.1. Görevi 342
4.2. Harç ve Masraflar 343
4.3. Usul ve Yetki 344
4.4. Kararların İlanı ve İzlenmesi 345
4.5. Seri Olarak Ayıplı Mallar 346
4.6. Banka Kartları ve Kredi Kartları İle İlgili İhtilaflar 346
5. Tüketici Hakem Heyetlerinin İncelemelerinde Dikkat Etmesi Gereken Bazı Hususlar 347
5.1. Başvurunun Yapılması 347
5.2. Şikayetin İncelenmesi 349
5.3. Karar Aşaması 351
5.4. Diğer Sorunlar 352
6. Para Cezaları 353
6.1. Genel Olarak 353
6.2. Bakanlığın Yetkisinde Olan Cezalar 359
6.3. Reklam Kurulu Yetkisinde Olan Cezalar 360
6.4. Valiliklerin Yetkisinde Olan Cezalar 361
6.5. Cezalarda Üst Limit 364
6.6. Tekerrür 365
6.7. Fiillerin İctimaı 365
6.8. Yargısal Denetim 366
6.9. Zamanaşımı 366
7. Tüketici Örgütleri Ve Tüketicinin Temsili 367
7.1. Genel Olarak 367
7.2. Türkiye'de Tüketici Örgütleri 368

BKM
BANKALARARASI
KART MERKEZİ

Teşekkür

Değerli okurlar,

Bankalararası Kart Merkezi (BKM) olarak bankacılık ve ödeme sistemleri sektörüne yalnızca yeni ürün ve hizmetlerle katkı sunmuyor, aynı zamanda bilgi toplumuna dönüşümü de destekliyoruz. Sektörel farkındalık yaratmaya yardımcı olmak, profesyoneller ve tüketiciler için yeni ufuklar açabilmek BKM Yayınları'nın varoluş amaçlarından yalnızca bazıları. İşte bu amaçlar doğrultusunda, şimdi de "Bankacılar için Tüketici Hukuku" adlı çalışmamızı sizlere sunmaktan mutluluk duyuyoruz. Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan tarafından hazırlanan bu değerli çalışma sektörümüzde çok önemli bir boşluğu doldururken tüketicilerin ve bankacıların akıllarını meşgul eden sorulara cevap veriyor.

Ülkemizde ve dünyada, tüketicilerin ve kurumların haklarını koruyan, ilişki ve haklarını belirleyen birçok kanun ve düzenleme bulunuyor. Bu alanda bilgi sahibi olmak, haklardan yararlanabilmek için önemli. Tüketiciler ile kurumlar arasında yaşanan olası anlaşmazlıkların önlenmesi de ancak bilgiyle mümkün olabilir. Hukuki yollara başvuru öncesinde mümkün olduğunca uzlaşı sağlamak; tüketiciler, kurumlar ve sektörel düzeyde kazanımlar sağlayabilir.

Tüm bu nedenlerden ötürü, bu kitabın literatürde önemli bir yer edineceğine inanıyoruz. Bu vesileyle, değerli yazarımız Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan'a ve emeği geçen çalışma arkadaşlarıma teşekkürlerimi sunuyorum.

Saygılarımla

Dr. Soner Canko

Genel Müdür
Bankalararası Kart Merkezi

Prof. Dr. İsmail Yılmaz Aslan

Yazar Hakkında

Prof. Dr. İsmail Yılmaz Aslan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1981 yılında mezun olduktan sonra yüksek lisans öğrenimini de aynı üniversitede tamamlamış; ardından İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı'nda 1989 yılında " Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması" adlı tez ile mezun olarak doktor unvanını almıştır. Akademik kariyerine Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı'nda başlayan Aslan, 1998 yılında Ticaret Hukuku Profesörü olmuştur.

Hem Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un hem de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un hazırlık ve değişiklik çalışmalarına katılan Aslan, Devlet Planlama Teşkilatı Özel İhtisas Komisyonları'nda da görev almıştır. Aslan'a Mart 2004 tarihinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından Tüketici Kanunu hazırlığına katkılarına " Tüketici Hizmet Ödülü " verilmiştir.

Aslan, 1997 – 1999 yıllarında Rekabet Kurumu Başkanlık Danışmanlığı görevinde bulunmuştur. 2005 yılında Uludağ Üniversitesi'ndeki görevinden ayrılarak, İstanbul'da hukuk danışmanlığı faaliyetlerine ve çeşitli üniversitelerde uzmanlık alanları ile ilgili faaliyetleri yanında Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyeliği yapmaktadır.

Aslan'ın ellinin üzerinde makale ve tebliği ve otuza yakın kitap ve çevirisi bulunmaktadır. Bunların başlıcaları aşağıdaki gibidir;

1. Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar, Teori ve Uygulama; Ekin Kitabevi Bursa 2004
2. İşletme Hukuku (Ticari İşletme Hukuku, Şirketler Hukuku, Kıymetli Evrak Hukuku, Fikri Mülkiyet Hukuku, Sözleşme Hukuku, Rekabet Hukuku, Tüketici Hukuku, Vergi Hukuku,) (Prof. Dr. Doğan Şenyüz ve Dr. Mevci Ergün'le beraber), Ekin Kitabevi, Bursa 2005
3. Otomobil Sektöründe Rekabet Hukuku ve Politikaları; (Erol Katırcıoğlu, Şahin Ardıyok, Fevzi Toksoy, Ali Ilıcak, Fırat Bilgel ile birlikte) Ekin Kitabevi, Bursa 2006
4. Rekabet Hukuku Teori, Uygulama ve Mevzuat, 4 Bası Ekin Kitabevi, Bursa 2007
5. Enerji Hukuku Cilt I Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülâsyon, Ekin Kitabevi, Bursa 2007
6. Enerji Hukuku Cilt II Petrol Piyasasında Rekabet ve Regülâsyon, Ekin Kitabevi, Bursa 2008
7. Enerji Hukuku Cilt III AB Doğalgaz Piyasasında, Türk Doğalgaz Piyasasında, Türk LPG Piyasasında Rekabet ve Regülâsyon, Ekin Kitabevi, Bursa 2009
8. Hukuka Giriş, (Doğan Şenyüz, ile birlikte) Ekin Kitabevi, Bursa 2014
9. Ticaret Hukuku, (Ticari İşletme Hukuku, Şirketler Hukuku, Kıymetli Evrak Hukuku) (Dr. Mevci Ergün'le birlikte) Ekin Kitabevi, Bursa 2010
10. Avrupa Birliği Otomotiv Sektöründe Yeni Rekabet Kuralları (ilgili Tüzükler ve Kılavuzlar ile birlikte) Ekin Kitabevi, Bursa 2010
11. Tüketici Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa 2015
12. Tüketici Hukuku, 5. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa 2015

Önsöz

Bilindiği gibi ülkemizde Tüketici Haklarını özel olarak koruyan bir kanun 1995 yılında ilk kez kabul edilmişti. O günden bu güne kadar 4077 sayılı kanunda defalarca değişiklik yapıldı en sonunda 6502 sayılı kanun ile 4077 sayılı kanun tamamen yürürlükten kaldırılarak yepyeni bir kanun kabul edildi. 6502 sayılı kanun çok daha detaylı ve sistemli bir kanun olarak Tüketici Hukukunun ülkemizdeki olgunlaşma seviyesinin de bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun uygulanmasında Tüketici Hakem Heyetlerinin (THH) alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır. Bir anlamda tüketici hakları koruma sicili oluşturmak istersek THH kararlarının istatistiki sonuçlarına bakmamız gerekir.

Bu güne kadarki uygulamalar göstermektedir ki THH önüne giden uyuşmazlıkların çok ağırlıklı bir bölümünü bankacılık işlemleri nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar oluşturmaktadır. Özellikle bankacılık işlemlerinin hangisinin özel olarak ücrete tabi olması gerektiği, ücretlerin yapısının ne olması gerektiği ve hangi şartlar altında talep edilebileceği konularında sayısız ihtilaf THH önüne gitmiştir. Bu durumu fark eden yasa koyucu yeni kanuna bu konuda özel düzenlemeler getirmek zorunluluğu hissetmiştir. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna da (BDDK) yetki veren yeni kanun bankacılık işlemlerinden alınabilecek ücretler sorununa yasal çözüm getirmiştir.

Yeni kanun ile birçok bankacılık işlemini derinden etkileyebilecek detaylı düzenlemeler getirilmiştir. Bu nedenle Tüketici Hukukunun bankacılık alanındaki uygulamalarını diğer alanlardan arındırılmış bir şekilde sunacak bir kitaba ihtiyaç doğmuştur. Elinizdeki kitap Bankalar Arası Kart Merkezinin (BKM) öngörü ve teşviki ile hazırlanmıştır. Kitap hazırlanırken bankacılıkla ilgili yargı kararlarının emsal tutulmasına çalışılmış ve BDDK düzenlemeleri genişçe bir şekilde değerlendirilmiştir.

Bu kitap Bankacılık alanında çalışan hukukçu ve diğer tüketici işlemleri ile ilgili kişilerin hukuki yorum ve yaklaşım ihtiyaçlarına cevap vermeyi amaçlamaktadır.

Kitap BKM tarafından basılarak ilgililere ulaştırılmıştır. Bu nedenle BKM Genel Müdürü Soner Canko başta olmak üzere tüm yöneticilerine teşekkürü borç bilirim. Kitabın hazırlanmasında tüm Aslan Hukuk Bürosu çalışanları çeşitli derecede yardım ve destek verdi kendilerine de teşekkür ediyorum.

Kitabın bankacılık alanında yaşanmakta olan tüketici sorunlarının çözümünde bir nebze katkısı olması halinde kitap amacına ulaşmış olacaktır.

İstanbul 2016 Mayıs

Prof. Dr. İsmail Yılmaz Aslan

GİRİŞ

Tüketici Tanımı ve Kanunun Kapsamı

1. GİRİŞ

1.1. GENEL OLARAK

"Tüketicinin Korunmasına İlişkin Temel Esaslar" başlığını taşıyan Birleşmiş Milletler Deklarasyonu'nda, Avrupa Birliği'nin daha önce ortaya koyduğu beş hak geliştirilerek, sekiz temel tüketici hakkı açıklanmıştır. Bu haklar, öncelikle, 1960 yılında Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Belçika, Hollanda ve Avustralya tüketici birlikleri tarafından kurulan, merkezi halen Londra' da bulunan ve dünyanın en üst düzeydeki tüketici örgütü olarak nitelendirilen Uluslararası Tüketici Birlikleri Örgütü (IOCU) tarafından ortaya konmuştur.. Yine bu haklar, aynı Örgüt' ün önerisi ile Birleşmiş Milletler genel kurulunda tüm üyelerin oybirliği ile kabul edilmiş ve ilerleyen yıllarda IOCU tarafından daha da geliştirilmiştir. Bugün için tüketicinin sekiz hakkının varlığından söz edilmektedir. Bunlar, "güvenlik ve güven duyma hakkı", "bilgilendirilme hakkı", "seçme hakkı", "temsil edilme hakkı", "temel ihtiyaçların karşılanması hakkı", "tazmin edilme hakkı", "eğitim hakkı", "sağlıklı bir çevreye sahip olma hakkı"dır[1].

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Tüketici Hukuku geniş anlamda Kamu Hukuku ve Özel Hukuk alanlarına yayılmış bulunmaktadır. Bu bölümde uygulamada ortaya çıkan tüketicinin temel hakları çerçevesinde, Tüketici Hukuku'nun geniş anlamda kapsamı üzerinde durulacaktır.

Tüketicinin seçme hakkının varlığı, serbest rekabet ortamının sağlanması, böylece, tüketicinin almak istediği malları, rakip mallar arasından, kendi tercihlerine göre seçebilmesi anlamına gelmektedir. Burada, devlete düşen görev, tüketicinin seçme hakkını kullanabilmesi için, seçeneklerin çok olduğu ve tüketicinin bu seçenekler içinden en uygun olanı serbestçe seçebileceği bir ortamı yaratmaktır. Bu tarif edilen ortam serbest rekabet ortamıdır. Serbest rekabetçi ekonomik düzeni korumak amacıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çıkarılmış olduğundan burada ayrıca incelenmeyecektir.

1 AKİPEK, Şebnem; Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi; Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s.131 vd.

Tüketicinin temel ihtiyaçlarının karşılanması, sırf insan olmak nedeniyle, insanca yaşam için gerekli olan asgari koşulların sağlanması anlamına gelmektedir. Bu durum ayrıca sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Anayasa'da yer alan sosyal ve ekonomik haklar çerçevesinde herkesin temel bazı hakları bulunmaktadır. İnsanca yaşamak için gerekli olanakları sağlamak ise, ülkemiz için henüz ütopya niteliğindedir. Bu konu, insan hakları, sosyal haklar, sosyal devletin sorumlulukları gibi konuları ilgilendirmektedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK) bu konularda özel düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu nedenle aşağıda, daha çok İnsan Hakları kapsamına giren bu konulara değinilmeyecektir.

Tüketicinin ekonomik çıkarlarının korunması ve tazmin edilmesi, dar anlamda Tüketici Hukuku'nun konularını oluşturmaktadır. Ayrıca, TKHK'nin özellikle bu konulardaki düzenlemeleri özel bir ağırlık taşımaktadır. Bu nedenle Tüketicinin ekonomik çıkarlarının korunması ve tazmini ayrı bölümlerde ve ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bu bölümde sadece konunun bütünlüğünü bozmamak açısından özetle değinilecektir. Tüketicinin eğitimi ve bilgilendirilmesi genellikle birlikte ele alınmaktadır. Ancak aslında ikisi farklı niteliklidir. Gerçekten tüketicinin bilgilendirilmesi; tüketicinin pazardaki malların özellikleri konusunda doğru ve tam olarak bilgilendirilmesi anlamına gelmekte ve bu üretici ve satıcıya yüklenen bazı sorumluluklarla sağlanmaya çalışılmaktadır. Oysa tüketicinin eğitimi, ona tüketici bilincinin verilmesi ile ilgili olup genel eğitim politikasının bir parçasıdır. Bu nedenle aşağıda ayrı bölümler halinde incelenmiştir.

TKHK'nin 1. maddesi Kanun'un amacını şu şekilde belirlemiştir. ***"Bu kanunun amacı, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilgilendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir"***. Maddede genel olarak tüketicinin haklarının nelerden oluştuğu sayılmıştır.

Bu konuların tamamının bu Kanun'da düzenlenmiş olması söz konusu değildir. Aşağıda belirtileceği gibi, çeşitli kanunlarda tüketicinin haklarını koruyucu hükümlere rastlanmaktadır. Bu Kanun'da yer alan düzenlemelerin de ne derece amaca uygun olduğu aşağıda tartışılacaktır.

Burada değinilmesi gereken bir nokta şudur; Türkiye'de genellikle hak ve özgürlük alanlarının düzenlenmesinde ve özellikle ekonomik ve sosyal hakların düzenlenmesinde daima bir açık nokta bırakılmaya çalışılır. Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklarla ilgili düzenlemeleri, kişilere bazı haklar verildiğini belirttikten sonra, bu hakların ancak devletin ekonomik gücünün elverdiği ölçüde yerine getirilebileceğini belirtmiştir (Any. m.65). Ne kadar ayrıntılı ve geniş ekonomik haklar verilirse verilsin, bunların bu hüküm karşısında "talep" edilmesi mümkün değildir. Burada gerçek bir haktan söz edilemez, bunlar olsa olsa "temennilerdir". Birtakım hakların sağlanması ve korunması konusundaki düzenlemelerin, sınırları belli olmayan, herkese göre anlamı değişebilecek, muğlâk ibarelere bağlanması yöntemi Anayasa'da çok başvurulan bir yöntemdir. Bu muğlâk kavramlar genellikle kamu düzeni, kamu yararı, ekonomik gerekler, vatanın ve milletin bütünlüğü vb. kavramlardır. Maalesef TKHK'nin 1. maddesinde de kamu yararı ve ekonominin gerekleri gibi muğlâk kavramlara yer verilmiştir. Her şeyden önce bu bir Anayasa ilkesi değildir. Uygulamaya yönelik bir kanundur. Ayrıca tüketicinin korunmasının kamu yararına aykırı olması veya ekono-

minin gereklerine aykırı olması söz konusu değildir. Bu kavramların, Kanun'un uygulanmasında tüketicinin aleyhine verilecek kararların ve özellikle tüketici aleyhine olarak hükümet tarafından çıkarılacak düzenlemelerin gerekçelerini oluşturmaktan başka tüketicinin korunmasına hiçbir katkısı olmayacaktır[2]. Nitekim, madde metninde bulunan "Ekonominin gereklerine" ifadesi 4822 sayılı Kanun'la çıkarılmıştır. Kanun'un gerekçesinde bu ifadenin çıkarılış nedeni belirtilmemiştir. 6502 sayılı yeni TKHK "kamu yararı" kavramını muhafaza etmiş bulunmaktadır.

Tüketici Hukuku'nu, dar anlamda Tüketici Hukuku ve geniş anlamda Tüketici Hukuku olmak üzere iki ye ayırmak mümkündür. Geniş anlamda Tüketici Hukuku, tüm diğer yasalardaki tüketiciyi koruyucu hükümleri de kapsarken; dar anlamda Tüketici Hukuku, 6502 sayılı Kanun hükümlerini kapsamaktadır. Dar anlamda Tüketici Hukuku'nu; genel hükümler, tüketici sözleşmeleri ve tüketiciyi koruyucu kurumlar olmak üzere üçe ayırmak mümkündür[3]. Genel hükümler dediğimiz zaman, Kanun'un, tüm tüketici işlemleri bakımından geçerli olan hükümlerini anlıyoruz. Bunlar, 116, 5462. maddelerdir. Tüketici sözleşmeleri 4. kısımda 1753 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tüketiciyi koruyucu kurumlar ise, 63 vd. maddelerde düzenlenmiştir. Diğer bazı hükümlerde de, bu kurumların yetkileri ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Bu bölümde genel olarak tüketici hukukunun genel ilkeleri inceleme konusu yapılmış olup, diğer bölümlerde özellikle Bankalara ilişkin olarak tüketici mevzuatı içerisinde yer alan düzenlemeler ele alınacaktır.

1.2. TÜKETİCİNİN BİLGİLENDİRİLMESİ

Klasik iktisat teorisi, kişinin kendi ihtiyaçları ve bu ihtiyaçları karşılayabilecek mevcut imkanlar hakkında tam bilgi sahibi olduğunu kabul eder. Buna göre tüketicinin daima rasyonel hareket eden, kendi menfaatleri doğrultusunda davranan bir kişi olduğunu varsayar. Neo klasik iktisat teorisi de bu inancı devam ettirmiştir. Keynesyen teoride tüketicinin piyasaların işleyişinde önemi vurgulanmış olmakla birlikte, tüketicinin korunması için rekabet piyasasının korunmasının yeterli olacağı görüşü hakimdir. Bu görüş açısından da tüketicinin rasyonel davranacağı kabul edilir. İktisatçılar tüketiciye piyasalar hakkında bilgi verilmesi konusunda ilgisiz kalmışlardır[4]. Tüketicinin bilgilendirilmesi, tüketicinin korunmasında merkezi bir role sahiptir[5]. Gerçekten tüketicinin piyasadaki tüm mal çeşitlerini, bunların özelliklerini ve hangisinin kendisi için en uygunu olduğunu bildiğini varsayarsak, o zaman tüketici edindiği bilgileri doğru kullanmakla zaten kendisi-

2 Krş. ZEVKLİLİLER, Aydın; Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun, Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, İzmir, 2001 İkinci Bası, s. 29 vd.

3 Krş. DEMİR'e göre tüketici sözleşmesi "Girişimciyi, yürüttüğü mesleki, ticari ya da sanatsal bir faaliyete özgü işletme çerçevesinde, tüketicinin özel tüketim amaçları için belirlenmiş olan maddi veya kişisel edimi belli bir ivaz karşılığında yerine getirmekle yükümlü tutan borç doğurucu nitelikteki her türlü sözleşmeye "Tüketici Sözleşmesi" denir". s.53

4 KILKIŞ, s.15vd.

5 ÜNÜSAN, Çağatay; "Etiketlemenin ve Beslenme Bilgi Panellerinin Gıda İşletmeleri ile Tüketiciler Açısından Önemi" Standart Dergisi S.399 Mart 1995 s.80 vd.

ni korumuş olacaktır. Halbuki durum böyle değildir. Tüketicinin tüketim kararlarını verirken hiç de bilgili olmadığı ve rasyonel davranmadığı ortadadır. Tüketici piyasada bulunan binlerce çeşit, marka, model ve özellikteki mallar hakkında bilgi sahibi değildir. İşletmeler ürünleri hakkında genellikle ya hiç bilgi vermemekte ya da yanıltıcı bilgi vermektedirler. Dolayısıyla tüketici yaptığı sözleşmelere tamamen tesadüfi ve genellikle eksik veya yanlış bilgilere dayanarak girişmektedir. Bu nedenle, hem tüketicinin korunabilmesi hem de pazar ekonomisinin doğru işleyebilmesi açısından tüketicinin bilgilendirilmesi ve aydınlatılması tüketicinin en temel haklarından birini oluşturmaktadır. Nitekim TKHK' nin 1. maddesinde bu husus açıkça belirtilmiştir. Bilgi edinme hakkı yazılı, görsel ve sözel tanıtımlarda mamul, hizmet ve işletmeler hakkında doğru, tutarlı ve eksiksiz bilgilerin verilmesini kapsar. Tüketicinin bilgilendirilmesinin tüketicinin bir hakkı olarak düzenlenmesi genellikle ürün üreticilerine ve satıcılarına yüklenen bazı bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülükleriyle ve bunları yaparken uyulması gereken bazı kurallarla sağlanmaktadır. Tüketiciyi belirli bir malın varlığı ve özellikleri hakkında bilgilendirerek satın alınmasını sağlamak üretici veya satıcının menfaatine uygun bir durumdur. Bu nedenle üretici veya satıcı tarafından yapılması gerekmektedir. Ancak satıcılar genellikle malın olumlu yönlerini ön plana çıkararak, olumsuz yönlerini gizleme eğilimindedirler. Satıcılar kendi hallerine bırakıldıklarında "alıcı uyanık olsun" ilkesine uyarak malları hakkında yanıltıcı ve aldatıcı bilgi vererek mallarını en kısa zamanda satmayı tercih ederler. Bu hem rakiplere karşı, hem de tüketiciye karşı haksız rekabet teşkil eder[6]. Satıcılar çeşitli pazarlama ve reklam tekniklerini kullanarak tüketiciyi net olmayan, bulanık bir alanda etkilemeyi ve tüketim kararları almalarını sağlamayı başarırlar[7]. Bu nedenle, kanunlarla üreticilerin bu faaliyetlerinde doğru, dürüst ve eksiksiz bilgi vermelerini sağlayıcı tedbirler alınır. Tüketicinin bilgilendirilmesi amacıyla çeşitli araçlar kullanılmaktadır. Bunların başlıcaları reklamlar, etiketler, kullanma kılavuzları, garanti belgeleri, kalite uygunluk belgeleri ön bilgilendirme yükümlülükleridir. Aşağıda özellikle ön bilgilendirme sözleşmesinin ücret vs. gibi mali konularında bilgilendirme ve tarife gibi bankaları ilgilendirebilecek olan TKHK'deki düzenlemelere değinilecektir.

6502 sayılı yeni TKHK, tüketicinin yapacağı sözleşmelerle ilgili olarak tam bilgilendirilmesine büyük önem vermiştir. Nitekim Kanun'un temel ilkeler başlıklı 4. maddesinin ilk dört fıkrası tüketicinin sözleşme yaparken hangi konularda ve ne şekilde bilgilendirilmesi gerektiğini düzenlemiş, bunlara aykırı hareket edenler hakkında da 77(1). maddeye göre idari para cezası verileceğini belirtmiştir. Kanun'un 4. maddesinin ilk dört fıkrası şu şekildedir: ***"(1) Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir. Sözleşmede bulunması gereken şartlar-***

6 GÖLE, Celal; "AET ve Tüketicinin Korunması" s.178

7 BAYRAKTAR, Meltem; "Tüketici Kararlarının Psikolojik Boyutları" Tüketici Bülteni Mart 1995 Sayı:80 s.3, ÖZGEN, Özlen;"Tüketici Davranışlarının Yönlendirilmesinde Ailenin Rolü" Tüketici Bülteni Mart1995 Sayı:80 s.5 ERSOY, Gülgün; "Televizyonda Yayınlanan Yiyecek içecek Reklamları ve Çocuklar" Tüketici Bülteni Mart 1995 Sayı:80 s.8

dan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhâl giderilir.

(2) Sözleşmede öngörülen koşullar, sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemez.

(3) Tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyenin yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez. Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar tarafından tüketiciye sunulan ürün veya hizmetlerde ise tüketiciden faiz dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türleri ile bunlara ilişkin usul ve esaslar Bakanlığın görüşü alınarak bu Kanunun ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir.

(4) Bu Kanunda düzenlenen sözleşmelere istinaden tüketiciden talep edilecek her türlü ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin, sözleşmenin eki olarak kâğıt üzerinde yazılı şekilde tüketiciye verilmesi zorunludur. Uzaktan iletişim aracıyla kurulan sözleşmelerde ise, bu bilgiler kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde verilir. Bu bilgilerin tüketiciye verildiğinin ispatı sözleşmeyi düzenleyene aittir."

Bu genel hükmün tamamı bankaları ilgilendirmektedir. Gerçekten bankalar sürekli olarak tüketicilerle yazılı sözleşmeler yapmaktadırlar. Bu sözleşmelerin 1. fıkradaki şekil şartlarına uygun olması gerekmektedir.

Tüketici aleyhine değiştirme yasağı olduğuna göre, bankaların yaptıkları sözleşmelere sözleşmeyi tek yanlı olarak değiştirme yetkisi koymamaları gerekecektir. Faiz değişikliklerinin mümkün olduğu durumlar ileride incelenmiştir.

Tüketiciye sunulan hizmetlerle ilgili olarak alınacak masraf, ücret veya komisyonların BDDK tarafından düzenlenmesi öngörülmüştür; bunlar muhtemelen maksimum ücretler şeklinde düzenlenecektir ve böylece bankaların indirimler yaparak birbiri ile rekabet etmeleri önlenmeyecektir.

4. fıkra gereğince, bankaların yaptıkları sözleşmelerde yer alan ücret, faiz, komisyon ve masraflarla ilgili olarak sözleşmeden ayrı bir bilgilendirme belgesi vermeleri gerekecektir. Ayrıca böyle bir bilgilendirme belgesini tüketiciye verdiğini bankanın ispat etmesi gerekecektir. İspat edememesinin sonuçları belirtilmemiş olmakla birlikte, bu durumda tüketicinin bilgi sahibi olamadığı ücret, faiz, komisyon ve masraflarla ilgili olarak itiraz etme olanağı doğmuş olacaktır.

Bu genel hüküm dışında çeşitli özel tüketici sözleşmesi tiplerinde "tüketiciyi sözleşme öncesinde bilgilendirme yükümlülüğü" düzenlenmiştir. Örneğin; tüketici kredileri ile ilgili olarak 23. maddede, konut finansmanı sözleşmeleri ile ilgili olarak 33. maddede, ön ödemeli konut satış sözleşmeleri ile ilgili olarak 40 (2) maddede, iş yeri dışında yapılan sözleşmelerle ilgili olarak 47 (3) maddede, mesafeli sözleşmelerle ilgili olarak 48 (2) maddede, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde 49 (23) maddelerde, devre tatil ve uzun süreli tatil sözleşmeleri ile ilgili olarak 50 (4) maddede ve paket tur sözleşmeleriyle ilgili olarak 51 (4) maddede tüketicinin sözleşme öncesinde bilgilendirilmesine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

23, 33 ve 49. maddelerde yer alan ön bilgilendirme yükümlülüğü bankaları doğrudan ilgilendirmektedir. Bunlara ileride tüketici kredileri ile ilgili bölümde yer verilmiştir.

Tüketicinin bilgilendirilmesi konusunda Bankaları ilgilendirebilecek bir diğer düzenleme Etiket ve fiyat tarifeleri ile ilgili olarak kanunda yer alan düzenlemedir[8]. Kanun'un 54. maddesi "Fiyat Etiket" başlığını taşımaktadır[9]. ***Buna göre; "(1) Perakende satışa arz edilen malların veya ambalajlarının yahut kaplarının üzerine kolaylıkla görülebilir ve okunabilir şekilde tüketicinin ödeyeceği tüm vergiler dâhil satış fiyatı ve birim fiyatını gösteren, üretim yeri ve ayırıcı özelliklerini içeren etiket konulması; etiket konulması mümkün olmayan hâllerde aynı bilgileri kapsayan listelerin görülebilecek şekilde uygun yerlere asılması zorunludur. Hizmetlerin tarife ve fiyatlarını gösteren listeler de bu madde hükmüne göre düzenlenerek asılır.***

(2) Etiket, tarife ve fiyat listelerinde belirtilen fiyat ile kasa fiyatı arasında fark olması durumunda tüketici lehine olan fiyat uygulanır.

(3) İndirimli satışa konu edilen mal veya hizmetlerin indirimli satış fiyatı, indirimden önceki fiyatı, tarife ve fiyat listeleri ile etiketlerinde gösterilir. İndirimli satışa konu edilen mal veya hizmetlerin indirimden önceki fiyattan daha düşük fiyatla satışa sunulduğunun ispatı satıcı veya sağlayıcıya aittir.

(4) Bakanlık, belediyeler ve ilgili odalar, bu madde hükümlerinin uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle görevlidirler.

(5) Etiket, tarife ve fiyat listeleri, indirimli satışlara ilişkin süre ile diğer uygulama usul ve esasları yönetmelikle belirlenir."

Kanun'un 54. maddesine aykırı hareket edilmesi halinde mülki amirlerce ilgiliye valilik tarafından para cezası verilebilecektir (TKHK m.71 (1) ve 78).

Burada bankalar açısından bakıldığında fiyat tarifesi faiz, komisyon ve masraf adı altında alınan ücretler anlaşılması gerekir ki bu konuda zaten Bankacılık mevzuatı gereği çeşitli derecelerde şeffaflık sağlanmaktadır.

2. TÜKETİCİ KAVRAMI VE TANIMI

2.1. TÜKETİCİ KAVRAMI

Tüketici kavramı, esas olarak yüzyılımızın ortaya çıkardığı bir kavramdır. 19. yüzyıl, sanayi devriminin "seri üretime" geçişinin had safhaya ulaştığı yıllardır. Üretimde görülen bu artış, doğal olarak tüketime de yansımıştır. Daha önceleri yaşamsal öneme sahip ihtiyaçlar için yapılan tüketme faaliyeti, zamanla sadece çağdaşça yaşamanın gerektirdiği tüketim alışkanlıklarına ve giderek zorunlu olmamakla birlikte sadece "tüketmek için tüketme" eğilimlerine

8 Etiketle ilgili olarak 3489 sayılı Pazarlıksız Satış Mecburiyetine Dair Kanun bazı hükümler getiriyordu bu hükümler kanunun 32. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. BAYKAN Renan; Türkiye'de Tüketicinin Korunması Tedbirleri, Öneriler ve Ekonomik Etkileri; İSO yayını No: 1996-23, İstanbul, Nisan 1996, s.159, 196

9 Daha önce hazırlanmış olan tasarılarda da etiket kullanma zorunluluğuna ilişkin hükümler yer almıştı. Bkz. TANDOGAN; "Tasarıların incelenmesi" s.935, 4077 sayılı kanunun 12. maddesinin başlığı sadece "Etiket" iken 4822 sayılı kanunla "Fiyat Etiketi" olarak değiştirilmiştir.

dönüşmüştür. Günümüzde ise teknolojik buluşlar ve üretim sürecinde bilginin kullanılmaya başlamasıyla verimlilik artışları değil, verimlilik sıçramalarıyla karşılaşılmaktadır. Artık, en yoğun şekilde emek harcanan sektörlerde dahi, 100 yıl öncesine göre 2530 kat daha fazla verimliliğin yaşanmasının sonucunda seri üretim yerini, "kitlesel üretime" bırakmıştır. Çağımızda tüketim, temel ihtiyaçların giderilmesinde bir araç olmaktan çıkarak başlı başına bir amaç olmuştur. Artık tüketmek amaçtır; toplumdaki tüketme eğilimi çılgınlık düzeyindedir, bu nedenle günümüz toplumuna "tüketim toplumu" da denmektedir.

19. yüzyıldan önceki tarihlerde "tüketiciden" değil "alıcıdan" söz edilmesi, 19. yüzyıldan itibaren yavaş yavaş tüketiciden bahsedilmeye başlanması ve 20. yüzyılın başında tüketicinin korunması yönünde yasal düzenlemelerin gündeme gelmesi ve bu gündemin günümüze kadar gittikçe artan bir şekilde sürmesi, "tüketici" kavramının çağımızın bir kavramı olduğunu göstermektedir. Hammurabi Kanunları'ndan beri, çeşitli kanunlarda çeşitli malların standartlarına ve çeşitli mesleklerin faaliyetlerine ilişkin hükümlere rastlanmışsa da bunların çağdaş anlamda tüketicinin korunması kavramıyla ilgisi yoktur. Bunlar daha çok ticaretin ve mesleklerin düzenlenmesi amacıyla yapılmış yasalardır, özgün amaçları tüketicinin korunması değildir.

Diğer bir açıdan tüketici kavramı ve tüketicinin korunması ihtiyacı üretim sistemleriyle doğrudan ilgilidir. Kapitalist ekonomi öncesi üretim sistemlerinde, bireysel üretim, zorunlu yaşamsal ihtiyaçlar için tüketim söz konusu iken sanayi devrimiyle artan üretim, tüketim ile zorunlu yaşamsal ihtiyaçlar arasındaki bağı koparmıştır. Sanayi devrimi sonrasında "kitlesel üretim" aşamasında meydana gelen katlamalı üretim artışları "tüketimi" "ihtiyaç" olgusundan da koparmış, tüketim kendi başına bir amaç haline gelmiştir. Tüketicinin korunması ihtiyacı ve bu yoldaki yasal düzenlemelerin öncelikle gelişmiş ülkelerde ortaya çıkmış olması ve bugün ulaştığı seviye, tüketici kavramının üretim sistemleriyle doğrudan ilgili olduğunu göstermektedir. Gerçekten, Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde, tüketicinin korunması ihtiyacı yeni gündeme gelmektedir. Geri bırakılmış ülkelerde ise genellikle böyle güçlü bir toplumsal hareketten söz etmek mümkün değildir. Ancak "kitlesel üretim" aşamasının bir sonucu olarak, dışsal baskılar sonucunda bu ülkelere de mal akışı aşırı boyutlara ulaşacaktır. Bu nedenle geri bırakılmış ülkelerde de tüketici, tüketim ve tüketicinin korunması kavramları çok kısa bir süre içinde gelişecektir.

Tüketici, sözleşmenin alelade iki tarafından biri değildir. Tüketici, aşağıda anlatacağımız çeşitli nedenlerle, sözleşmede iradesini serbestçe oluşturamayan ve çeşitli şekillerde iradesi sakatlanan ve bunun farkında olmayan taraftır. Tüketici, teknolojinin ulaştığı baş döndürücü seviye nedeniyle çoğu zaman aldığı malın nasıl yapıldığını, nasıl çalıştığını, hatta hangi maddelerden yapıldığını bilmemekte ve bilse bile bunları anlayamamaktadır. Sadece onu kullanmayı öğrenerek, belirli bir fonksiyonu görmesi için satın almakta ve tüketmektedir. Böyle bir satış sözleşmesinde tarafların serbest iradesinden söz etmek oldukça zordur. Öte yandan satıcı taraf da çoğu zaman ne sattığını bilmemektedir. Gerçekten o malın sadece ne işe yaradığını bilmekte ve genellikle ambalajı içindeki malın tüketici üzerinde ne gibi zararlar doğurabileceğini ya da teknolojik özelliklerini bilmemektedir.

2.2. TÜKETİCİ TANIMI

Böyle bir ticari ortamda, Türkiye'de de tüketicinin korunması amacıyla bir kanun kabul edilmesi ihtiyacı doğmuştur. Uzun yıllardan beri çeşitli tasarılar hazırlanmış ve bunlar tartışılmıştır. İlk önce 4077 sayılı Kanun 23.2.1995 tarihinde, daha sonra 4822 sayılı Kanun 14.06.2003'te yürürlüğe girmiş; şimdi bunları tamamen değiştiren 07.11.2013 kabul ve 28.11.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 6502 sayılı yeni "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun" ("TKHK" veya "Kanun" olarak anılacaktır.) yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girmiştir[10].

TKHK'nin 3. maddesi tüketiciyi tanımlamıştır. Buna göre ***"tüketici, ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi"*** ifade eder. Yeni tanımda "mal veya hizmet", "edinen, kullanan veya yararlanan" ifadeleri çıkarılmış "hareket eden" ifadesi eklenmiştir. Böylece tanımlarla ilgili tartışmalar başka bir boyuta taşınmış olacaktır[11] [12]. Bu değişikliklerin amacı Kanun gerekçesinde gösterilmemiştir. Ancak kanaatimize göre bu değişikliklerin yapılmasının sebebi, tüketicinin sadece bir sözleşmenin tarafı olarak değil, sözleşme yapılmadan önce veya sonra da korunma ihtiyacının ortaya çıkmış olmasıdır. Nitekim kapsam maddesinde de "uygulamalar" da Kanun kapsamına alınmış bulunmaktadır. Bu değişikliklerle tanım ve kapsam arasında bir uyum sağlanması düşünülmüş olabilir.

Hareket etme kavramında bir mal veya hizmeti edinme, kullanma veya yararlanmanın yanı sıra buna yönelik olarak bir sözleşme yapma öncesinde ve sonrasında tüketicinin haklı olarak bekleyeceği çeşitli uygulamalar ve hizmetleri de alma gibi birçok unsurun varlığı kabul edilebilir.

Bu tüketici tanımından hareketle tüketici kavramının unsurlarını tespit etmek mümkündür. Bu unsurlar; tüketicinin işlem yaparken amacının ticari ve mesleki olmaması, tüketicinin "hareket etmesi" ve son olarak da tüketicinin gerçek veya tüzel kişi olmasıdır. Bunlar üzerinde aşağıda kısaca durulacaktır.

Burada şunu da belirtelim ki, genel olarak hukuki işlem ehliyeti ile ilgili hususların, tüketici hukuku açısından bir özelliği bulunmadığından tamamen genel hükümlere tabidir.

---

10 Daha önce de, 4077 sayılı kanunun 11. ve 25. maddeleri 15.1.1997 tarihinde 4226 sayılı yasa ile ve 19. maddesi de 4703 sayılı kanun ile değiştirilmiştir.

11 İstanbul Ticaret Odası; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısına ilişkin Görüşlerimiz; Kasım 1994 s. 1 (Bundan böyle İTO ELEŞTİRİ olarak kısaltılacaktır) Tüketim mallarından sadece tüketilerek bitirilen mallar değil, dayanıklı tüketim malları da girer. Tüketimi dayanıklı ve dayanıksız tüketim malları olarak ayrımı için bkz. DOĞU, Engin;Tüketicinin Korunması; Ankara 1975, s. 3 vd; SİRMEN, Lale; "Consumer Protection Law" İntroduction Turkish Business Law, Ayrı Bası (Chapter Two) Kluwer Law International (Tuğrul Ansay and Eric Schneider 2001 Nederland s .26 vd.

12 Tüketici genellikle "bir mal ve hizmeti şahsi ve ailesi ihtiyacı için nihai olarak tüketen gerçek kişi" olarak tanımlanmaktadır. Ancak kanun yukarıda belirtilen şekilde tüzel kişileri de tüketici tanımına dahil etmiştir. Bkz. İTO ELEŞTİRİ; s.1 Ayrıca çeşitli ülkelerde tüketici kredilerinde tüketicilerin korunmasıyla ilgili olarak çıkarılan yasalarda gerçek kişilerin aldığı tüketici kredileri esas alınmaktadır. bkz. "Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulamalar" İTO yayını İstanbul 1992, s. 23, 36

2.3. TÜKETİCİ TANIMININ UNSURLARI

2.3.1. Ticari ve Mesleki Amaçlı Olmama

Her şeyden önce her alıcı tüketici değildir. Gerçekten kişisel ihtiyaçları dışında, belirli bir meslek icrası, belirli bir üretimde kullanma, yeniden satış, ticari olarak kullanma vs. gibi amaçlarla alıcı olmak mümkündür. Bir mal veya hizmeti, mesleki veya ticari amaçlarla satın alanlar tüketici sayılmayacaklardır[13]. Tüketici belirli mal veya hizmetleri "edinen" kişidir[14]. Yani burada mal veya hizmet ve onun maliyeti alıcının uhdesinde kalmaktadır. Mal herhangi bir şekilde ticari hayata geri dönmemekte ve bunun için ödenen maliyet geri kazanılmamaktadır. Tüketimden bahsedebilmek için alınan malın veya hizmetin başka bir malın hammaddesi veya yarı mamul maddesi olarak kullanılmaması veya herhangi bir şekilde yeni bir mal veya hizmetin maliyet unsurları arasında yer almaması gerekir.

Bir mal veya hizmetin başka bir mal veya hizmetin girdisi olarak alınması halinde, malın fiziki varlığı tükense bile, bu mal veya hizmet tüketim amaçlı kabul edilemez. Ticari veya mesleki amaç kavramı, satıcının değil alıcının amacına göre belli olacaktır. Tüketim denilince bir malın maddi varlığının ve ekonomik değerinin ortadan kalkması değil, onu satın alan kişiye maliyetinin geri gelip gelmemesi göz önünde tutulmalıdır. Bir kişinin tüketici sayılabilmesi için, bir mal veya hizmeti elde etmek için harcadığı paranın, o mal veya hizmetin kullanılmış veya tüketilmiş olmasıyla bağlantılı olarak tekrar geri gelmemesi gerekir. Bize göre, bir kişinin ticari işletmesi ile ilgili olan her hukuki işlem ticari veya mesleki amaçlıdır. Gerçek kişi tacirler bakımından, bunun istisnaları olabilir. Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 19. maddesinin (1). fıkrasında belirtilen, ticari işletmesi ile ilgili olmadığını belirtme veya bu durumun halin icabından anlaşılması kıstasları, bir işlemin ticari ve mesleki amaçlı olup olmadığının tespit edilmesinde, kıyasen, burada da uygulanabilir. Tüzel kişi tacirler açısından ise böyle bir istisna bulunmamaktadır.

---

13 "4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 3/F maddesinde tüketici, bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Somut olaya konu aracın, davacı şirketin ticari işletmesiyle ilgili işte kullanıldığı ve bu amaçla alınmış olduğu hususları tartışmasızdır. Bu durumda 4077 sayılı yasanın tüketiciler için benimsediği hükümlerin somut olayda uygulanamayacağı gözetilmeden davaya Tüketici Mahkemesi sıfatıyla bakılıp yazılı şekilde sonuçlandırılması isabetli değildir... gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir... Yukarıda tarifi verilen düzenlemelerden çıkan sonuca göre, tüketici sayılabilecek kişinin mal ya da hizmeti ticari faaliyeti dışında özel kullanım ya da tüketimi için talep etmesi gerekir. Mal ya da hizmetin bizzat kendi kullanımı ya da yararlanmasının talep edilmesi "nihai yararlanmak" olarak anlaşılmalıdır. Tariflerde yazılı özel amaç, ticari olmayan amaçtan kastedilen ise, kişinin ticareti veya mesleği ile ilgili olmayan amaç olarak yorumlanmalıdır." YARGITAY 13. H.D.-E. 2000/1255 K. 2000/1249

14 POROY, Reha;"Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları" Arslanlı'ya Armağan 1979, s.522, İTO tarafından tüketici şu şekilde tanımlanmıştır: "bir mal veya hizmeti şahsı veya ailesi ihtiyacı için nihai olarak tüketen gerçek kişi" İTO ELEŞTİRİ s.1 Diğer bir tanım şu şekildedir: Tüketici, ekonomik sosyal ve kültürel gereksinmelerini karşılayabilmek için nihai bir mal ve hizmeti satın alıp kullanan ya da kendi kendine üretip kendisi kullanan ve hiçbir mübadeleye sokmayan her kişi, kurum ve ailedir. DPT; Türk AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Tüketicinin Korunması Alt Komisyonu Raporu s. 1 (Bundan böyle DPT; Uyum Raporu olarak kısaltılacaktır.)

Bununla birlikte bazı yazarlar, işletmenin ısınması için kömür veya aydınlanması için elektrik veya yemekhanede kullanılmak için yiyecek maddesi satın alması gibi işlemler bakımından şirketlerin de tüketici sayılması gerektiğini ileri sürmektedirler[15].

Bir ticari işletmenin, satın alarak hem ticari işlerinde kullandığı hem de özel işlerinde kullandığı bir otomobilin maliyeti ticari işletmenin kayıtlarına geçeceğinden ve böylece geri döneceğinden bu gibi işlemler tüketici işlemi sayılamaz[16]. Burada, söz konusu mal veya malların maliyetinin geri dönüp dönemeyeceği kıstasına göre hareket etmek gerektiğini düşünüyoruz.

Bir görüşe göre, "kredi ile satın alınan malın tahsis edildiği amaç, kredi talebinde bulunan kişinin mesleki kimliğinden de anlaşılmaktadır. Her türlü delil veya delil başlangıcı, kullanımın mesleki olup olmadığının anlaşılmasına hizmet etmektedir. Nitekim otomobil satın almak için kredi talebinde bulunan kişinin, kredi talep formunda basılı bulunan eczane kaşesi, otomobilin mesleki faaliyette bulunmaya tahsis edileceğinin delili sayılmıştır. Aynı yönde olmak üzere, kredi alan tarafından turistik amaçlara hizmet etmeye uygun olacak boyutlarda bir otomobil satın alındığında; bu otomobilin, içecek işlerinin taşımacılığına ve dağıtımına yönelik bir mesleki faaliyette kullanılamayacağının anlaşıldığına karar verilmiştir. Bunun gibi bir hekimin hem mesleki, hem de özel amaçlarla kullanılmak üzere, tüketici kredisi talep ederek otomobil satın almak yoluna gitmesi halinde; otomobilin çok yönlü kullanımına tahsis edilmesine rağmen, kredi talep eden kişinin, kredi kurumuna göre zayıf durumda olması, tüketici hukukuna tabi olması için yeterli kabul edilmelidir. Şu halde tüketici kredisi ile satın alınan şeyin niteliğinden, hangi amaca tahsis edileceği anlaşılmaktadır"[17].

Bize göre, bu kıstasın, ticari ve mesleki işler ile ticari ve mesleki olmayan tüketici işlemlerini ayırmakta yararlı olması mümkünse de, kesin belirleyici olması mümkün değildir. Bizim ileri sürdüğümüz görüş doğrultusunda, alınan eşyanın maliyetinin geri dönmesinin mümkün olup olmadığına bakmak gerekmektedir. Örnekteki doktorun satın aldığı otomobil, işletmesine kaydettirilmiş ise, mesleki amaçlıdır. Kaydettirilmemiş ise mesleki amaçlı sayılmayacaktır. Bu daha objektif bir kıstastır.

Bir işverenin gözetiminde ve ona bağımlı olarak çalışan ücretlinin, yaptığı işte kullanmak üzere mal satın aldığı hallerde, temsil yetkisine dayanarak işletme hesabına bir sözleşme yaptığından, işlemin tüketici işlemi sayılması mümkün değildir[18]. Örneğin, başkasının taksisini

15 ATASOY, Adil Ömer; TAŞKIN, Mustafa; ACAR, Hakan; Tüketiciyi Koruma Hukuku, İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları; Yargı Yayınevi; İkinci Baskı, Ankara, 2000, s.8, İNAL, Tamer; Açıklamalı ve İçtihatlı, Tüketici Kredileri ve tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İsviçre Hukuku- Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında; Beta Yayınevi, İstanbul, 2002 s.42-43, GEZDER; s.159 vd.

16 ATASOY, TAŞKIN, ACAR; s.9, AYDOĞDU; malın ticari amaçlı olmayan kısımları diğer kısımlarından ayrılabiliyorsa bu kısımlarına TKHK'nin uygulanabileceğini belirtmektedir. s.78, 80 Bize göre bunun objektif kıstası maliyetlerin geri dönüp dönmemesidir. Alıcının soyut kullanım amacının araştırılması yeterli değildir. Bu amaçla, özellikle söz konusu malların maliyetlerinin, işletmenin kayıtlarına geçip geçmediğine bakmak gerekir.

17 İNAL, s.246

18 İNAL, s.49; Zevkliler, s.25 dpn. 12

işçi sıfatıyla çalıştıran şoför, bu taksi için benzin satın aldığında tüketici sayılmayacaktır. Bir başkasının terzihanesinde el işçisi olarak çalışan işçi, işyerinde kullanmak üzere malzeme satın aldığında yine tüketici sıfatıyla mal satın almış olmayacaktır.

Kanunda "ticari veya mesleki" amaçtan bahsedilmiş "zirai" amaçtan bahsedilmemiştir. Örneğin bir çiftçinin, evinde ekmek yapmak üzere buğday satın alması, tüketim amaçlı iken, aynı buğdayları ekim amacıyla satın almış olması zirai amaçlı olacaktır. Bize göre, Kanun açıkça, "ticari veya mesleki olmayan" ifadeleri ile zirai amaçlı olmayı tüketici sayılmaya engel görmediğini belli etmektedir. Ancak, ziraatın de mesleki veya ticari amaçlarla yapılıp yapılmadığına bakmak gerekir.

2.3.2. Gerçek veya Tüzel Kişi Olma

TKHK'nin 3. maddesinde tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. TTK 3. maddeye göre "Bu kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir." Ticari işlere ticari kurallar uygulanır. Tacir olan tüzel kişilerin bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanmaları veya tüketmeleri söz konusu değildir. O halde, tacir niteliğindeki tüzel kişilerin yani anonim şirket, limited şirket, kollektif şirket, komandit şirket gibi ticaret şirketlerinin "tüketici" olarak kabul edilmemeleri gerekir[19]. Yine de Yargıtay bir kararında, tüzel kişi tacirlerin de TKHK kapsamında tüketici sayılabileceğine karar vermiştir[20]. Ancak Yargıtay sonraki bir kararında ise tüzel kişi tacirlerin tüketici olmayacağına karar vermiştir[21]. Bu son kararın isabetli olduğu kanaatindeyiz.

---

19 Aynı görüş için bkz. ARKAN Sabih; "Tüketici Kredileri" Batıder C.18, S.1-2 1995, s.36,

YARGITAY.19 HD 6.7.1999 - E. 3932/K. 4621, kararda özellikle, tüketici tanımında herhangi bir ayrıma gidilmeden tüzel kişilerin de tüketici sayılacağının belirtilmiş olması üzerinde durulmuştur. Ayrıca, amaç maddesinde belirtilen amaçların elde edilmesi bakımından da tüzel kişi tacirlerin tüketici sayılmaları gerektiği, aksi halde gerçek kişi tacirler tüketici sayıldıkları için, anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık ortaya çıkacağı ileri sürülmüştür. Aynı kararın karşı oy yazısında ise tüzel kişi tacirlerin tüm işlerinin ticari iş olması, gerçek kişi tacirler için tanınan istisnanın tüzel kişi tacirler için tanınmamış olması, bu nedenle de tüzel kişi tacirlerin tüketici olarak kabul edilemeyeceği, TKHK'de belirtilen tüzel kişilerin dernek ve vakıflar olması gerektiği ileri sürülmüştür.

20 Yargıtay'a göre de tüzel kişi tacirlerin tüketici olmaması gerekmektedir. "Diğer taraftan TTK'de tacir sıfatı, gerçek ve tüzel kişiler bakımından ayrı ayrı ele alınarak düzenlenmiştir. (TTK. 14, 18md). Buna göre "bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kişiye tacir denir" denildikten sonra Eski Ticaret Kanununda tüzel kişi tacir olarak sadece ticaret şirketlerinden söz edilmişken, TTK 'nun 18. maddesinde "ticaret şirketleri, amacına varmak için ticari işletme işleten dernekler ve kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümleri dairesinde yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseselerin tacir sayılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında (18/2) sosyal düşüncelerle, kamu tüzel kişileri ile kamuya yararlı derneklerin, tüzel kişi olmalarına ve ticari işletme işletmelerine rağmen tacir sayılmayacakları açıklanmıştır. Bu durumda TTK. 18/1 maddesine göre tüm ticaret şirketlerinin tacir sıfatına sahip olduklarında kuşku duymamak gerekir.

21 Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak gerçek kişi olan bir tacir, yaptığı iş ve işlemin veya aldığı hizmetin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele fiil veya işleminin ticari sayılmasına halin icabı, müsait bulunmadığı takdirde, bu işlemlerden doğan borç adi, yani özel sayıla-

Esasen bazı ülkelerin kanunlarında[22] ve Avrupa Birliği Konseyi'nin çeşitli yönergelerinde "tüketici" olarak sadece gerçek kişiler kabul edilmiştir[23]. TKHK tüzel kişileri de tüketici olarak kabul etmiş olmakla birlikte, yukarıdaki nedenlerle bunu sadece ticari amaç gütmeyen tüzel kişiler açısından kabul etmek gereklidir[24]. Bu bakımdan dernekler ve vakıflar tüketici olarak kabul edilebilecektir. Ayrıca ticari faaliyette bulunmayan kamu tüzel kişilerinin de tüketici olarak kabul edilmesi gerekir. Bu bakımdan Yargıtay'ın bir Üniversite'nin Dekanlığı'nın tüketici kabul edilemeyeceği yönündeki kararına katılmamaktayız[25]. Ticaret şirketleri açısından ise, herhangi bir işlemin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi söz konusu değildir. Çünkü TTK'nin 3. maddesine göre onların her türlü işlemi ticari işletmeleri ile ilgilidir ve ticari iştir. Aşağıda amaç maddesinde de değineceğimiz gibi ticari amaçlı olan bir işlemin tüketici işlemi sayılması mümkün değildir. Burada ayırt edici olan kıstasın, ticaret şirketlerinin, her türlü harcamalarını maliyetlerine atabilmeleri ve böylece, bir şekilde ödedikleri bedelin geri dönüşünü sağlayabilmeleridir. Oysa, hiçbir tüketici işleminde

caktır. (TTK. 21md) Tüzel kişi tacirin barınma, gıda giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunlar hakiki şahıslar gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilir. Hele somut olayda olduğu gibi ticaret şirketleri bir ticari işletme işletmiyor olsalar dahi TTK. 18/1 madde gereğince kanunen tacirdirler. Doğrudan ticari amaçla ya da işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olmayacaktır. Tacir olmanın nimetine göre külfeti de mevcuttur. TTK. 20-25 inci maddelerinde tacir sıfatına bağlanan yerine göre "hak" yerine göre "külfet" niteliği arz eden hukuki sonuçlar düzenlenmiştir. Bunların en önemlilerinden biri basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğudur (TTK 20/2). Tacirin, ticari işletmesiyle ilgili tüm faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi davranması gerekir. Bu cümleden olarak ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken basiretli bir işadamı gibi davranmak zorundadır. O nedenle tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri kapsamına alınmazlar. Somut olayda davacı Ltd. Şti., tüzel kişilik adına ticari işletmesinde kullanmak üzere ticari vasıfta kamyonet almıştır. Özel amaçlı satın almalar için uygulanan 4077 sayılı yasanın, davacı şirkete ait araç yönünden uygulanması söz konusu değildir. Bu itibarla, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde 4077 sayılı yasanın uygulanması söz konusu olmayacaktır. Mahkemece, ticari nitelik taşıyan uyuşmazlığın tüketici mahkemesi sıfatıyla incelemesi ve karara bağlanması yasaya aykırıdır. Tarafların tüzel kişi tacir bulunması nedeniyle bu davanın genel hükümlere göre açılmış bir dava olarak kabulü ile verilecek bir ara kararıyla davanın genel mahkemede açıldığının kabulü ile harcın tamamlattırılması ondan sonra tarafların iddia ve savunmalarının incelenmesi ve hasıl olacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekir. Belirtilen nedenlerle Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır." YARGITAY 13. HD E. 2000/1255 K.2000/1249

22 POROY, s.524

23 Bkz. "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullar Hakkında" 5 Nisan 1993 tarihli Konsey Yönergesi m.2(a), "Tüketici Kredileri İle İlgili Üye Devletlerin Hukuklarını, Düzenlemelerini ve İdari Hükümlerini Birbirine Yakınlaştırılması Hakkında" 22 Aralık 1986 Tarihli Konsey Yönergesi m.2(a)

Krş AKİPEK, s.197

25 YARGITAY.13. HD. 30.12.2004 - E. 11573/K. 19219

"4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 3. maddesinin (e) bendinde tüketici; "Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanmıştır: Davalı ... Dekanlığı, davacının sunmuş olduğu hizmetten mesleki amaçlarla yararlanmakta olup anılan Yasada tanımlanan "tüketici" tanımına uymadığından olayda 4077 sayılı sayılı Kanun hükümlerinin değil, Borçlar Kanununun genel hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu itibarla, davada görevli mahkeme Tüketici Mahkemesi değil, Asliye Hukuk Mahkemesidir." O halde, işin esasına girilerek tarafların delillerinin toplanarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. "

bu gerçekleşmez. Gerçek kişi tacirler ise, istisnai olarak, TTK'nin 19. maddesinin (1). fıkrasına göre özellikle işlemin mahiyetinden anlaşıldığı veya kendisi açıkça söylediği hallerde, ticari işletmesi ile ilgili olmayan işlemler yapabilirler. Bu işlemler ticari işletmeleri ile ilgili olmadığından, işlemin giderlerini maliyet olarak hesaplarına geçiremezler, maliyetleri kendi üzerinde kalır[26].

2.3.3. Hareket Etme

Tüketici, Kanun'da ***"ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi"*** ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Yeni tanımda "mal veya hizmet", "edinen, kullanan veya yararlanan" ifadeleri çıkarılmış, "hareket eden" ifadesi eklenmiştir. Bu değişikliklerin amacı Kanun gerekçesinde gösterilmemiştir. Ancak kanaatimize göre bu değişikliklerin yapılmasının sebebi; tüketicinin sadece bir sözleşmenin tarafı olarak değil, sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yapıldıktan sonra da korunma ihtiyacının ortaya çıkmış olmasıdır.

Hareket etme kavramı içerisinde bir mal veya hizmeti edinme, kullanma veya yararlanmanın yanı sıra buna yönelik olarak bir sözleşme yapma öncesinde ve sonrasında tüketicinin haklı olarak bekleyeceği çeşitli uygulamalar ve hizmetleri de alma gibi bir çok unsurun varlığı kabul edilebilir. Dolayısıyla, bu tanımın önceki tanımın kapsamını daraltmadığı, aynı kişileri kapsadığı; ayrıca bu kişilere karşı sözleşme öncesi ve sonrası yapılan haksızlıkları da kapsama alabilmek ve bu kişileri bu durumlarda da koruyabilmek için bu şekilde yazıldığı kabul edilmelidir.

Ayrıca bu tanımın üçüncü şahsı koruyucu etkili sözleşme teorisi kapsamında tüketici sözleşmesinin tarafı olan kişi yanında, onun ailesi, misafirleri, mal veya hizmeti kullanan veya mal ve hizmetten yararlanan tüm çevresinin de tüketici kavramına dahil olmasına engel olmayacağı düşünülebilir.

3. TKHK'NİN KAPSAMININ BELİRLENMESİ

3.1. GENEL OLARAK TÜKETİCİ İŞLEMİ

Kanun'un kapsam başlığını taşıyan 2. maddesine göre ***"Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar." Tanımları düzenleyen 3. maddeye göre de tüketici işlemi, "Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi,"***ni ifade eder.

26 Karşı görüş için bkz. "Örneğin yağlı boya satıcısı bir tacirin yüklü miktarda yağlı boya satın alması, bir otomobil lastiği toptancısının yüz adet lastik satın alması gibi işlemlerin tacirin ticari işletmesi ile ilgili olduğu açıktır. Ancak binaya çay-kahve makinesi satın alması, işyerinin yemekhanesinde kullanılmak üzere yiyecek maddesi alması gibi alım-satımlar ticari nitelikte bir alım-satım değil; tüketim amacıyla yapılan bir alım satım olduğundan, bu gibi sözleşmelerde şirketler tüketici addedilmelidir. Zira nihai kullanım amacı vardır ve ticari ya da mesleki bir gelir elde etme yoktur. Bu durumda korumadan, sadece tüketim gayesiyle hareket eden bir ticaret şirketini mahrum etmek doğru olmayacaktır. Tacir olan ticaret şirketlerinin (TTK m.18) özel alanları olmadığından, ancak iktisadi faaliyet konuları dışında yaptıkları mal ve hizmet alımları için TKHK' un uygulanmasında tüketici sayılacaklardır." GEZDER, 159-169.

Bu durumda Kanun'un kapsamına "tüketici işlemleri" ve "tüketiciye yönelik uygulamalar" girmektedir. Tüketici işlemlerinde ise sadece taraflardan birisi değil, her iki tarafın da "kimliği" önem taşımaktadır. Gerçekten, taraflardan birisi tüketici olacağı gibi diğer tarafın da satıcısağlayıcı olması gerekmektedir. Satıcı ve sağlayıcı kavramları da Kanun'da tanımlanmıştır.

Tüketici işlemi tanımına kamu tüzel kişileri de ilave edilmiştir. Esasen eski Kanun'da bulunan satıcı sağlayıcı tanımında da aynı tanım bulunduğundan Kanun'un uygulanması bakımından bir yenilik getirdiği düşünülmemektedir.

Tüketici işlemi tanımının ***"eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi"*** kısmı da yenidir. Ancak bu sayma yönteminin sebebi sadece tereddütleri gidermek içindir. Yoksa eski Kanun zamanında tanımda tek tek sayılan sözleşmeler Kanun kapsamındaydı. Ancak Yargıtay bazı tereddütler yaşamıştı. Bu sebeple açıkça sayılma yolu tercih edilmiştir. Bu eklenen kısımdan sayılan sözleşmelerin "de" tüketici işlemine dahil olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda ana tüketici işleminin (hükümde belirtilmese bile) satış sözleşmesi olduğu malumdur.

TKHK'nin kapsamına tüketicinin taraf olduğu hukuki işlemler girmektedir. Tüketicinin taraf olduğu haksız fiiller ise TKHK kapsamı dışındadır. Örneğin, tüketicinin bir sözleşmeye dayalı olmadan kaçak olarak elektrik veya su kullanması haksız fiil niteliğinde bir eylem olup, bu nedenle doğacak ihtilaflar da TKHK kapsamı dışında olacaktır[27].

3.2. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI BAKIMINDAN

Taraflarından biri tüketici olan bir hukuki işlemde tüketicinin korunabilmesi için diğer tarafın da bazı özelliklerinin olması gerekli midir? TKHK' de esas olarak sözleşmenin diğer tarafı olarak "satıcının" veya "sağlayıcının" düşünüldüğü anlaşılmaktadır. Kredi veren ve konut finansmanı kuruluşları da tüketici ile doğrudan sözleşme yapabilecek olup bu durumda bunların sattıkları şey bir hizmet olarak görüleceğinden bunların da sağlayıcı olarak görülmesi gerekmektedir. Kanun bunları 3. maddesinde şu şekilde tanımlamaktadır:

"ı) Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,

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

"g) Konut finansmanı kuruluşu: Konut finansmanı kapsamında doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketlerini,

27 YARGITAY 7. HD 14.6.2005 - E. 1987/K. 1956

"4077 sayılı Yasa taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi esas almaktadır. Dava konusu olay ise kaçak su kullanımından kaynaklanan haksız eyleme ilişkindir. Bu nevi davalarda ise tüketici mahkemeleri değil, genel mahkemeler görevlidir. Açıklanan hususlar nazara alınmadan yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi isabetsizdir."

ğ) Kredi veren: Mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişiyi," ifade eder.

Burada özellikle hizmet tanımının genişliği dikkate alınacak olursa, sağlayıcı kavramının çok geniş olduğu, çok çeşitli tipteki hukuki işlemlerin, tüketici karşısında yer alan tarafını ifade etmek için kullanıldığı açıkça ortaya çıkacaktır. Bu tanımlamaların genişliği karşısında, sözleşmenin diğer tarafının tacir, esnaf veya serbest meslek mensubu olmasının bir önemi yoktur[28].

Tüketici Hukuku açısından sözleşmenin karşı tarafının belirli özellikleri önem arz eder[28]. Tüketici Hukuku'nun gelişimi ve amaçları ele alındığında ana fikrin güçlüye karşı güçsüzün korunması olduğunu görüyoruz. Dolayısıyla, sözleşmenin diğer tarafının tüketiciye sözleşme konusu mal ve hizmetleri sunmayı meslek edinmiş kişi olması lazımdır[30]. Arızi olarak yapılan satış işlemleri esasen "eşitler" arasındaki bir sözleşmedir. Böyle bir sözleşmeye, taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf olacağını varsayarak, menfaat dengelerini buna göre düzenleyen bir hukuk kuralı uygulanamaz. Bu gibi sözleşmelerin amacı tüketim bile olsa diğer tarafın menfaatlerinin de dengelenebilmesi için genel kuralların uygulanması gerekir. Kanun'un yapmış olduğu tanımlamalarda, "ticari ve mesleki faaliyetleri" kapsamında tüketiciye mal veya hizmet sunma ifadesinin, tüketici işlemlerinde işlemin diğer tarafının sahip olması gereken bu özelliği vurguladığı kabul edilmelidir.

3.3. SÖZLEŞMENİN KONUSU BAKIMINDAN

3.3.1. Genel Olarak

TKHK tüketiciye arz edilen mal ve hizmetlerle ilgili sözleşmeleri kapsamaktadır. 3. maddeye göre mal, ***"alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları", hizmet ise "bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu"*** ifade etmektedir. Böylece yapılan bu tanımlama, Kanun'un kapsamını oldukça genişletmiş bulunmaktadır[31]. Ortaya çıkan sorunların büyük bir bölümünün devre mülk ile ilgili olması yasa koyucuyu tatil ve konut amaçlı taşınmaz-

28 "Tüketicinin korunmasının en ileri noktasına götürüldüğü Batı'da bile, yurttaşın mühendislere, mimarlara, muhasebecilere, avukatlara sanatçılara, kalfalara, kunduracılara, boyacılara, otomobil tamircilerine, tesisatçılara, elektrikçilere, doktorlara ve benzeri iş edimi borçlularına karşı özel tüketiciyi koruma yasalarıyla korunmasına rastlanmaz; ancak tüketicinin turistik gezi düzenleyen seyahat acentelerine, özel eğitim kursları düzenleyen dershanelere ve bir de sigortacılara karşı özel yasalarla korunmasına rastlanır. Kimi kime karşı koruyacağının ayırdında olmayan yasa koyucumuzun böyle bir korumayı nasıl gerçekleştirebileceğini tutarlı bir biçimde planlamasını kendisinden nasıl beklenebilirdi ki? Gerçekten, düpedüz gülünç bir hayalden ibarettir tüketicinin korunması kurallarının dişçilere, otomobil tamircilerine, lostra salonlarına, heykeltıraşlara, kalorifercilere, taksi şoförlerine karşı uygulanması." SEROZAN, s. 596.

29 "Önemli olan, tüketici sayılan kişiye mal ve hizmet sunulmasıdır. Bunun, kimin (tacir ya da esnaf) tarafından sunulmuş olduğu korumanın kapsamı yönünden önem taşımaz." ZEVKLİLER, s. 42; Krş; ÖZEL, Çağlar; Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını; Ankara 1998, s. 36

30 ERDOĞAN, s. 15

31 YAVUZ, Cevdet, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine Düşünceler"; s.263; POROY, s.522,

ları da Kanun kapsamına almaya sevk etmiştir. Bundan başka, özellikle, bilgisayar kullanımının yaygınlaşması ile, bilgisayar ortamında kullanılan bazı malların da Kanun kapsamına alınmasını gerektirmiştir.

3.3.2. Mallar

Her türlü taşınır mal Kanun kapsamına girmektedir. Avrupa Topluluğu düzenlemelerinde, "elektrik" özel olarak sayılarak, tüketicinin korunması ile ilgili mevzuatın elektrik satışlarını da kapsaması sağlanmıştır. Kaldı ki elektrik, doğalgaz gibi mülk edinmeye elverişli doğal kuvvetler zaten satış sözleşmesine konu olabilmektedir(32). Ayrıca, TKHK mal satışı yanında "hizmet" sağlanmasını da kapsayacak şekilde geniş olduğundan elektrik sağlanmasının satış olarak kabul edilmeyeceğini kabul eden görüşler dahilinde bile tüketici hukukunun uygulanması sağlanabilecektir. Bizim Kanun'umuzda ise özel olarak sayılmamakla birlikte "hizmet" tanımı mal satışı dışında kalan her şeyi kapsayacak şekilde genişletildiğinden; elektrik mal olarak kabul edilmese bile hizmet tanımı kapsamına girecektir. Kaldı ki TCK 141. maddesinin (2). fıkrasına göre ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınır mal sayılır. Böylece, elektrik kesilmeleri ve voltaj dalgalanmaları nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunlar da tüketicinin korunmasını amaçlayan bu Kanun kapsamında değerlendirilebilecektir.

İmalatçının sorumluluğu hakkında AB Yönergesine göre, tarımsal ürünler mal kapsamı dışında kalmaktadır. Toprağı işleyerek elde edilen sebze ve meyve ile hayvancılıkla elde edilen işlenmemiş et ve süt Yönerge anlamında mal sayılamaz. Ancak bunlar, sınai bir yöntemle işlenerek biçim değiştirip veya başka mallarla karıştırılıp piyasaya sürülürse artık mal sayılırlar. Örneğin; sebzeden yapılan konserve, meyveden yapılan reçel, sütten yapılan peynir, buğdaydan yapılan un vb. böyledir. Ancak TKHK böyle bir istisna içermediğinden Kanun'umuz açısından tarımsal ürünler de mal tanımı kapsamındadır(33). Yargıtay bir kararında, tarımsal bir ürünle ilgili davanın ticari amaçlı olması nedeniyle Kanun kapsamında olmadığına karar vermiştir(34).

AB Konsey Yönergesi'ne göre avlanma sonucu elde edilen şeyler mal sayılmazlar. Buna göre, kara ve deniz avından elde edilenler Yönerge anlamında mal sayılmaz. Böyle bir istisna Kanun'umuzda öngörülmediğinden av ürünleri de Kanun'umuz kapsamındadır(35).

32 TANDOĞAN, CI/1, s. 100

33 Karşı görüş, ZEVKLİLER, s.57.

34 "Davacı, satmak amacıyla ürettiği karanfil çiçeklerinin davalıdan alınan fidelerinin hastalıklı çıkması nedeniyle, uğranılan zararın tazminini istemiştir. 4077 sayılı yasanın 3. maddesinin f bendinde tüketici, bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Davacı ise, bu tanımlamanın dışında kalan bir kişidir. Zira satmak amacıyla çiçek üretmektedir. Bu çiçekleri nihai olarak kullanan veya tüketen kişi değildir. 4077 sayılı yasa, ancak tüketicilerin açacağı davaların tüketici mahkemelerinde görüleceğini öngörmüştür (T.K.H.K. madde 23/1). Görülmekte olan dava, 4077 sayılı yasanın tarif ettiği anlamda tüketici tarafından açılmamış bulunduğundan, davanın genel mahkemede görülmesi gerekir. Mahkemece bu yön görülmeksizin, tüketici mahkemesi sıfatıyla davaya bakılarak sonuçlandırılması bozma nedenidir." YARGITAY 13. HD. 1999 - E. 3176/K. 4810

35 Karşı görüş, ZEVKLİLER, s.57.

Bir başka taşınır ya da taşınmazın bütünleyici parçası (mütemmim cüz'ü) haline gelecek şekilde onunla birleşen ya da monte edilen taşınır da mal sayılır. Buna göre bir radyo ya da televizyonda kullanılan bobin ya da kablo; bir binada kullanılan şofben, kalorifer kazanı, elektrik kablosu, su borusu vb. de mal sayılır[36]. Nitekim Yargıtay bir kararında bir gayrimenkulün mutfak dolabının ayrı bir mal olarak sayılabileceğini kararlaştırmıştır[37].

Yeni düzenleme ile taşınmazlar da Kanun kapsamına alınmıştır. Ancak her türlü taşınmaz değil, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar kapsama alınmıştır[38]. Önceden taşınmazlar Kanun kapsamında olmadığından Yargıtay, taşınmaz içinde yer alan dolap gibi bazı unsurlarla ilgili ihtilafların hallinde, TKHK'nin uygulanıp uygulanmayacağını anlamak için, taşınmazdan ayrı olarak yaptırılıp yaptırılmadığını araştırmıştır[39]. Burada konut ve tatil amaçlı taşınmaz ifadesinden, kişilerin kişisel kullanımları amacıyla edindikleri, kullandıkları veya yararlandıkları taşınmazları anlamak gerekmektedir. Ticari veya mesleki amaçlı taşınmazlar, TKHK çerçevesinde mal kapsamına

36 ZEVKLİLER, s.57.

37 YARGITAY 13. HD. 23.2.1998 - E. 974/K. 1603

38 "Türk Hukuku'nda da, Fransız Hukuku'nda 1979 tarihli Scrivener Kanununda olduğu üzere, 4077 sayılı TKHK' nin yanı sıra bir diğer kanunun çıkarılması ve bununla özellikle yuva kredisi alanların korunması gerekmektedir. Nitekim enflasyonist bir ortamda büyük risklere girerek, bir ev satın alıp, içinde yaşamak gayesini güden ve bunun ticaretini yapmaksızın taksitlerini öderken 5 Nisan 1994 tarihinde olduğu üzere, devletin aldığı ekonomik tedbirler neticesinde felaketlere maruz kalan kişilerin korunması kanaatimizce gereklidir. Ülkemizdeki kadar ağır enflasyonist bir ortamda kiradan kurtularak kendi evinde yaşamak isteyen ve küçük tasarrufları olan kimseler için, kiracılıktan kurtulmak, bir zaruret olarak devam etmektedir. İçinde yaşanılacak bir taşınmazı satın almak teşebbüsü, artık yatırımcılıktan çok uzak bir temel ihtiyacın karşılamaya yönelik olarak kalmaktadır. Şu halde ülkemizde de kiracıdan kurtularak kendisine tek bir konut satın almak isteyenleri, belirlenecek bedeller içinde kalmak koşulu ile kanun ile korumak yerinde olacaktır." İNAL, s.168.

39 "Öte yandan bir hukuki işlemin, 4077 sayılı Yasa kapsamında kabul edilebilmesi için yasada tanımlanan mal ve hizmet olması zorunludur.

Yasanın 3. maddesindeki tanımıyla mal "ticaret konusu taşınır veya hizmet" ise bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan bedeni ve/veya fikri faaliyettir. Öyle ise taşınmaz mülkiyetinin nakline ilişkin hukuki işlemlerin tüketicinin korunması hakkındaki kanun kapsamı dışında bırakıldığı açıktır. Kaldı ki bu bağlamda MK'nin 619. ve 621. madde hükümleri de göz ardı edilmemelidir.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında bulunmayan hukuki işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklara bakma görevinin Genel Mahkemelere ait olduğunda ise duraksamaya yer yoktur.

Somut olayda, davacının mutfak dolabının çöktüğü dairede malik veya kiracı sıfatıyla mı yoksa başka bir nedenle mi oturduğu, malik ise taşınmazı hangi tarihte kimden satın aldığı, satın alırken mutfak dolabının dairede montajlı olup olmadığı sonradan taşınmaz üzerinde bulunan binadan ve daireden tamamen ayrı ve bağımsız olarak yaptırılıp monte ettirilmiş ise kim tarafından kime hangi tarihte yaptırılıp monte ettirildiği, bu halde davalının mutfak dolabının yapımı ve montesi ile ilgisinin ne olduğu konularında dava dilekçesinde ve mahkeme kararı gerekçesinde bir bilgi bulunmamaktadır. Oysaki, bu bilgiler Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun gerek zaman gerek kapsam itibariyle davada işleme uygulanabilirliği dolayısıyla mahkemenin görevini tespitte zorunludur.

Hal böyle olunca mahkemece belirtilen konulara ilişkin olarak inceleme ve araştırma yapılmalı, ileri sürülüşe göre davadaki uyuşmazlığın 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında bir uyuşmazlık olup olmadığı saptanmalı sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Mahkemenin hiçbir araştırma yapmadan ve hiçbir gerekçe göstermeden yazılı şekilde dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir." YARGITAY 13. H.D. Sayı 1998 E.974 K.1603

girmezler. Örneğin; dükkanlar, oteller, ticari amaçlı olarak satın alınan konutlar (örneğin, lojman veya misafirhane yapmak amacıyla) Kanun kapsamına girmeyecektir. Bu durumda, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarla ilgili olarak alınan krediler de Kanun kapsamına girecektir[40]. Nitekim; Kanun bu konuda açık bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır.

Yargıtay, konut alım satımına ilişkin sözleşmenin, TKHK kapsamına girmesi için konuta ilişkin olmasının zorunlu olmadığına karar vermiştir:

"Somut olayda, davacının, davalı tarafından müteahhit sıfatıyla inşa edilen inşaattan bir adet konutu satın almak için 23.12.2003 tarihli adi yazılı sözleşmeyi düzenledikleri ve tapunun devredildiği ihtilafsızdır. Konut alım ve satımına dair böyle bir hukuki ilişkinin 4077 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilmesi için mutlaka yapılmış olan konutun veya kat mülkiyeti oluşturulmuş konutun alıma satıma konu olması söz konusu olmayıp böyle bir sonuç 4077 sayılı Yasanın amacına da aykırıdır. Tarafların 4077 sayılı Yasada tanımı yapılan tüketici ve üretici, satıcı sıfatlarını taşıması ve hukuki ihtilafın 4077 sayılı Yasa kapsamında çözümlenebilecek nitelikte bulunması yeterlidir. Dava konusu ihtilaf değerlendirildiğinde; taraflar arasındaki ilişkinin 4077 sayılı Yasa kapsamında bulunduğunda duraksama bulunmamalıdır. Mahkemece, değinilen bu husus gözetilerek ve davaya bakmanın tüketici mahkemesinin görev alanında olduğu benimsenerek işin esasına girilip hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir."[41].

Kanun'da yapılan değişikliklerle, elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar da mal tanımı kapsamına alınmıştır. Burada "benzeri gayri maddi mallar" ifadesini "elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan" ifadesi ile sınırlamamak gerektiğini düşünüyoruz. Tüketicinin yapabileceği herhangi bir tüketici işlemine konu olabilecek diğer gayri maddi malların da bu Kanun kapsamında kaldığının kabul edilmesi gerekir. Özellikle haklar da satış sözleşmesine konu olabileceğinden TKHK'deki mal kavramı bunu da kapsamalıdır. Örneğin; gösteri bileti satışlarının bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür.

Canlı veya cansız hayvanlar da taşınır mal sayılacağından TKHK kapsamına girer. Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 220. maddesinde yer alan özel hüküm ise tüketici işlemi olmayan hallerde uygulanır[42].

Taşınır eşya kavramına menkul kıymetler girmez; dolayısıyla menkul kıymetlerle ilgili sözleşmelere taraf olan kişiler tüketici olarak kabul edilemeyeceği gibi bu sözleşmeler TKHK'nin kapsamı dışında kalacaklardır[43]. Ancak Kanun'un 49. maddesi çerçevesinde yatırımlarla ilgili finansal hizmetler düzenlenmiş bulunmaktadır.

---

40 AKİPEK, s.202.

41 YARGITAY 13. HD. 16.3.2006 - E. 17838/K. 3740

42 Bu konudaki görüşler için bkz; AYDOĞDU, s.154, ZEVKLİLER karşı görüştedir, s.51, 52.

43 Bazı yazarlar küçük yatırımcının korunmasını da tüketici kanunu kapsamında olması gerektiğini düşünmektedirler, biz bu görüşe katılmıyoruz. Yatırımcının korunması ile ilgili özel düzenlemeler yapılmaktadır. Ayrıca küçük de olsa yatırım kavramı ile tüketici kavramını bir arada düşünmek oldukça zordur. Korunması gereken herkesi tüketici kanunu kapsamında korumaya kalkmak tüketici kanunlarından çok şey beklemek anlamına gelmektedir. Bu konudaki görüşler için bkz DEMİR, Mehmet; "4822 Sayılı Kanun İle Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler"; Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C.XXII, S.1, s.208 (Bundan böyle DEMİR (Yenilikler); şeklinde atıf yapılacaktır.)

3.3.3. Hizmetler

Öncelikle, TKHK ile düzenlenmiş olan hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmeler, hizmet akdinden farklı sözleşmelerdir. Hizmet akdi, TKHK kapsamında bir sözleşme değildir. İş Kanunları ile özel olarak düzenlenmiştir.

Toplumumuzun ulaştığı bugünkü noktadan baktığımızda, tüm işletmelerin amaçlarının "hizmet vermek; halka, tüketiciye hizmet etmek" biçiminde ifade edildiğini görmekteyiz. İlginç olan ise, geleneksel olarak hizmet işletmesi olarak tanımlayabileceğimiz bankalar, restoranlar, turizm işletmeleri dışında artık bir buzdolabının, otomobilin, bilgisayarın, satışının da hizmet ağırlıklı mesajlar içermesidir. Dolayısıyla; günümüzde ekonominin klasik imalat, ticaret ve hizmet biçimindeki üçlü ayrımı yerine, her sektör kendini bir hizmet örgütü olarak konumlandırmayı seçmektedir[44].

Burada son olarak, TKHK'de yapılan hizmet tanımının genişliğine ve neredeyse her şeyi kapsayacak kadar geniş kaleme alınmış olmasına dikkati çekmek gerekmektedir[45]. Bu tanım sayesinde, diğer koşulları tamam olmak kaydıyla, sözleşmenin konusu ne olursa olsun, hemen hemen her türlü sözleşmenin konusunun Kanun'un kapsamına girmesi mümkün hale gelmektedir[46]. Mal sağlama dışındaki her türlü faaliyetin Kanun kapsamına girebilmesi için bir ücret veya menfaat karşılığında yapılması gerekmektedir. Hatır için, yardım olsun diye veya menfaat gözetmeden yapılan mal sağlama dışındaki faaliyetler, bu Kanun kapsamında hizmet sağlama sayılmayacak ve Kanun'un kapsamı dışında kalacaktır. Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler 49. maddede özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

3.4. SÖZLEŞMENİN AMACI BAKIMINDAN

Doktrinde, tüketici genellikle "mesleki olmayan, kişisel ihtiyaçları için bir mal yahut hizmet sağlama sözleşmesinde taraf olan kişi" olarak tanımlanmaktadır. Yapılan tanımlarda sözleşmenin amacının mesleki olmaması ve kişisel ihtiyaçlar için olması gerektiği vurgulanmaktadır[47]. Demek ki mesleki amaçlarla kullanmak veya tüketmek amaçlı sözleşmeler Kanun kapsamı dışındadır. Aynı şekilde bir malın aynen veya değiştirilerek yeniden satışı amacını taşıyan sözleşmeler, bir malın üretiminde hammadde veya ara mal olarak kullanmayı amaçlayan sözleşmelerin tarafları, tüketici olarak kabul edilemez. Ayrıca bir malın üretiminde doğrudan doğruya girdi olarak kullanılmasa bile, bazı malların maliyetlerine eklenmek suretiyle değerinin geri kazanılması söz konusu olan malların alımı ile ilgili sözleşmeler bu Kanun

44 ÖZTÜRK, Sevgi Ayşe; Hizmet Pazarlama; Ekin Kitapevi Yayını, 4. Baskı, Bursa 2003 s.3

45 Yargıtay cep telefonlarından alınan sabit ücretin bir hizmet karşılığı olup olmadığını araştırmıştır. YARGITAY 13. HD. 27.11.2000 - E.10885 / K.10542

46 Yargıtay bir kararında dershane ile üniversiteye hazırlık amacıyla yapılan sözleşmenin TKHK kapsamında bir hizmet sözleşmesi olduğuna karar vermiştir. YARGITAY 13. H.D. Sayı 1998 E.6965 K.8859

47 POROY, s.523; YAVUZ, s.263. "Sınırlamayı tespite yarayacak kıstas, hukuki işlemin amacıdır. Federal Mahkeme de aynı yolu tutmuştur : "Öncelikle belirleyici olan kıstas, tüketici sözleşmeleri olarak nitelendirilebilecek sözleşmenin özel amaçlarla mı yoksa mesleki amaçlarla mı gerçekleştirildiğidir." ÖZEL, s.34.)

kapsamı dışında kalmalıdır. Çünkü burada sözleşmenin taraflarından biri diğer tarafa göre daha zayıf olduğundan korunması gerekecek bir durumda değildir. Her iki taraf da tacirdir ve her iki taraf ticari işletmesi ile ilgili bir hukuki işlem yapmaktadır, kendi kişisel ihtiyaçları için değildir. Dolayısıyla, eşit durumda olan tarafların yapacağı sözleşmeye taraflardan birini korumayı amaçlayan hukuk kuralları uygulanamaz[48].

3.5. TÜKETİCİYE YÖNELİK UYGULAMALAR

Kanun'un kapsamının belirlendiği ikinci maddede, "tüketici işlemlerinin" ve "uygulamaların" kapsam dâhilinde olduğu belirtilmiştir. Böylece, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerin, tüketicilerle sözleşme imzalanmadan önce, sözleşmenin kurulması esnasında ve sözleşme imzaladıktan sonra yaptıkları uygulamalar da Kanun kapsamında değerlendirilecektir.

Örneğin, tüketici kredisi verilmeden önce tüketicilere verilmesi öngörülen sözleşme öncesi bilgi formu, devre tatil sözleşmesinin kurulması esnasındaki satış yöntemi veya bir malın satışından sonra o mala ilişkin satış sonrası hizmetler gibi uygulamalar konusunda çıkabilecek uyuşmazlıklara bu Kanun hükümleri uygulanacaktır.

Bu hüküm ile özellikle bir hukuki işleme veya sözleşmeye dayanmayan, tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamaların da Kanun kapsamında olduğu açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır[49].

Yukarıda yer verilen ve Kanun'un 2. maddesinin gerekçesinde yer alan açıklamalara bakılacak olursa, özellikle idari yaptırımların uygulanması bakımından sözleşme yapılmamış bile olsa sözleşme öncesi yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerin yerine getirilmemesi gibi durumlarda idari para cezalarının uygulanmasındaki tereddütler ortadan kalkmış olmaktadır. Burada "tüketici işlemi" sayılmayan ancak "tüketiciye karşı uygulamalar" kapsamında olan bazı iş ve fiilleri akla getirmek gerekmektedir. Bu gibi (gerekçede sayılanlar da dahil) durumlarda tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcının sorumluluğu doğabilecek durumlar oldukça istisnai durumlarda ortaya çıkacaktır. Ancak idari yaptırımlar açısından ise daha fazla uygulama olanağı doğacağını düşünüyoruz.

48 "4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 3/f maddesinde tüketici bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Somut olaya konu aracın davacı şirketin ticari işletmesiyle ilgili işte kullanıldığı ve bu amaçla alınmış olduğu hususları tartışmasızdır. Bu durumda 4077 sayılı yasanın tüketiciler için benimsediği hükümlerin somut olayda uygulanamayacağı gözetilmeden davaya Tüketici Mahkemesi sıfatıyla bakılıp yazılı şekilde sonuçlandırılması isabetli değildir." YARGITAY 13.H.D. Sayı E.2000/6737 K.2000/1218, "Mal bedelinin bir kısmının çekince konulmadan alınması, vade farkı istenmesine engel teşkil etmez."

4077 sayılı Yasanın 3/f maddesi uyarınca tacirin ticari işletmesi ve bu işletmenin faaliyetiyle ilgili olarak taraf olduğu sözleşmelerde, tüketicinin korunması mevzuatından yararlanamayacağı kabul edildiğinden, bu yasada tüketicileriçin benimsenen hükümlerin, kıyasen dahi, ticari satımda uygulanması olasılığından söz edilemez." YARGITAY 11. H.D. E. 1997/10031 K. 1998/2995 T.1.5.1998, YKD Cilt:24, Sayı 9, Eylül 1998

49 2. maddenin gerekçesinden

4. TÜKETİCİNİN KORUNMASINI GEREKTİREN SEBEPLER

4.1. ÜRETİM ŞEKLİNDEKİ VE TEKNOLOJİDEKİ GELİŞMELER

Kapitalist sistem öncesi toplumlarda üretim belirli mesleki bilgi ve kişisel becerilere dayanmaktaydı. Üretilen mallar, sadece kişilerin temel yaşamsal gereksinimlerinin giderilmesi amacıyla alınmakta ve tüketilmekteydi. Sanayi devrimi ile ulaşılan "seri üretim" aşamasında verimlilik bir önceki döneme göre önemli artışlar göstermiş ve piyasada mal bolluğu yaşanmıştır.

Tüketim alışkanlıklarında asıl önemli değişiklikler bu dönemde olmuştur. Art arda gelen yeni buluşlarla pazara hiç bilinmeyen yeni mallar sürülmüştür. Yine bu dönemde çok lüks olarak kabul edilen mallar toplumun büyük bölümü tarafından elde edilebilir hale gelmiştir. Bu dönemde, elde edilen sanayi ürünlerinde emeğin payı oldukça azalmış, kişisel el becerileri ikinci plana düşmüş, onun yerine makine, sermaye ve bilgi geçmiştir. Bu dönemde üretilen mallar artık yalın değildir. Aksine pek çoğu karmaşık yapıdadır[50]. Tüketicinin bunların gerçek maliyetlerini, içeriklerini, üretim tekniklerini, içinde kullanılan maddeleri vs. bilmesi mümkün değildir. Tüketicinin bu malların kalitesini sınaması da mümkün değildir. Bu genellikle, emek, alet ve zaman gerektiren bir iştir.

Ancak, bir malın uzmanı olan kişiler, bu kalite kontrol testlerini yapabilirler. Tüketicinin ise böyle bir imkanı yoktur. Örneğin; bir tüketicinin alacağı bir takım elbisenin kumaş bileşimindeki maddeleri, boyasının kimyasal bileşimini, bu kimyevi maddelerin cilde zararlı olup olmadığını tespit ve test etmesi mümkün değildir[51]. Günümüzde halen, yeni mallar ve yeni teknolojiler, gittikçe artan bir hızla ve çoklukla keşfedilmekte ve piyasaya sunulmaktadır. Üretimin ve verimliliğin ulaştığı aşama baş döndürücü büyüklüktedir. Ulaşılan teknoloji ve üretim seviyesi "kitlesel üretim" olarak adlandırılmaktadır. Çağımızın ve geleceğin ürünleri olarak görülen ürünlerde emek payının çok önemsiz seviyeye ineceği söylenmektedir. Örneğin; bilgisayar çiplerindeki işçilik payı ihmal edilebilir seviyededir. Sermaye payı da işçilik payı gibi düşmektedir. Bunların yerine ise bilgi ve bilginin üretimde kullanılması geçmektedir[52]. Bu bilgilere tüketicinin ulaşması mümkün olmadığı gibi ulaşsa bile, her biri ayrı üst uzmanlık gerektiren bunca bilgiyi anlaması ve bunu günlük tüketim sözleşmelerinde iradesini oluşturmakta kullanması söz konusu değildir.

Yaşadığımız günlerde ve yakın gelecekte verimlilik patlaması beklenmektedir. Tüm bu gelişmeler tüketimde de patlamaya yol açmakta ve toplumun bu bakımdan "tüketim toplumu" olarak anılmasına yol açmaktadır.

---

50 ÖZTAN, Bilge; İmalatçının Sorumluluğu; Ankara 1982, s.8

51 KILKIŞ, Yıldırım; Tüketicinin Korunması, Pazarlamacı Karşısında Tüketici, İstanbul (Tarihsiz) s. 27

52 ERKAN, Hüsnü; Bilgi Toplumu ve Ekonomik Gelişme; Türkiye İş Bankası Yayını 1994, s.79 DRUCKER, F. Peter; Gelecek İçin Üretim 1990'lar ve Sonrası; Türkiye İş Bankası Yayını 1994, s.53 vd. DRUCKER, F. Peter; Kapitalist Ötesi Toplum; İstanbul 1994, s.101 vd.

4.2. TÜKETİM TOPLUMU

Tüketim toplumunun ayırt edici özelliği, kişilerin ihtiyaçları için tüketmesi yerine tüketimin başlı başına bir amaç ve bir ihtiyaç haline gelmesidir. İnsanlar hafta sonu tatillerini piknikte veya TV izleyerek geçirmek yerine hipermarketlere "gezmeye" giderek geçirmektedirler. Binlerce malın bulunduğu bu yerlerde, ihtiyacı olsun olmasın, çeşitli malları sepetlerine koymaktadırlar. Hipermarketler alışveriş amacıyla alışveriş listeleriyle gidilen yerler olmaktan çıkmış, sundukları restoran, sinema, kafeterya, çocuk parkı ve eğlence merkezleriyle ailece gidilen bir gezme yeri ve çekim merkezi haline gelmişlerdir. Özellikle çalışan insanlar ihtiyaçlarını karşılamak için alışveriş yapmamakta, sadece haftanın stresini atmak için alışveriş yapmaktadırlar. Tüketim toplumunun en önemli göstergelerinden bir diğerini çocuklarımızın davranışında bulmak mümkündür. Çocuklar ebeveynlerinden "bir şey" almak için para istemekte, aldıkları bu parayla mahalle bakkalına girip orada sergilenen mallardan paraları hangisine yeterse onu alıp tüketmektedirler. Bakkala, söz gelişi "bana 1 liralık bir şey ver" demektedirler. Sözün kısası burada herhangi bir ihtiyaç karşılanmamakta sadece herhangi bir şey satın alınıp tüketme ihtiyacı karşılanmaktadır. Bu toplumun ayırıcı özelliği ihtiyaçla tüketim arasındaki bağın neredeyse tamamen ortadan kalkmış olmasıdır.

4.3. REKLAM VE PAZARLAMA TEKNİKLERİNDEKİ GELİŞMELER

Günümüzde reklamlar ve pazarlama yöntemleri aşırı derecede gelişmiş bulunmaktadır. Gerçekten tüketicinin hiçbir ürünün reklamını duymadan, görmeden, okumadan ya da fark etmeden bir gününü geçirmesi mümkün değildir. Reklamcılıktaki gelişmeler, kişinin iradesini bozacak boyut, incelik ve bilimsellik kazanmıştır[53]. Reklam tekniklerinin bu etkisi fark edildiğinden bu yana, özellikle siyasal seçimlerde propaganda amacı ile bu tekniklerden yararlanılmaya başlanmıştır. Reklamlarla, her türlü mal tanıtılmakla kalınmamakta, o malın bir ihtiyaç olduğu ve alınması gerektiği, çeşitli ses ve görüntü efektleri ile tüketicinin bilinci etkilenerek işlenmektedir[54].

Pazarlama teknikleri de aynı şekilde ileri bir aşama göstermiştir. Gerçekten işletmeler kızışan rekabet ortamında mallarını satabilmek için yeni pazarlama yöntemleri araştırmakta ve bulmaktadırlar. Bu buluşlardan birisi kapıdan satışlardır. Bu satışlarda uygulanan teknikler müşterilerin sosyal, ekonomik ve psikolojik yapısına göre değişmektedir[55]. Bu işlerle görevlendirilen kişiler, bu konularda özel eğitimden geçirilmekte, hangi kişilere ürünlerini nasıl satacaklarını öğrenmektedirler. Oysa tüketici, bu malların satın alınması konusunda hiçbir eğitimden geçmemiş ve uzmanlaşmamıştır[56].

Pazarlama tekniklerinde, satın almayı kolaylaştırıcı pek çok yöntem geliştirilmiştir. Tüketici kredileri, taksitli satışlar ve özellikle üretici firma ve banka işbirliği ile yapılan kredili satışlar tüketicinin gelecekte kazanacağı paraları dahi önceden harcamasını sağlamaktadır.

53 POROY, s.516; ÖZTÜRK, Tanju; Pazarlama Ekonomisi Ve Tüketicinin Korunması; İstanbul 1981 s.47 vd.

54 Ayrıntılı bilgi için bakınız GÖLE, Celal;Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını Ankara 1983, s.33

55 KILIÇ, Özcan; "Tüketicinin Tatmini Şikayet Davranışı: Dayanıklı Tüketim Mamullerinde Tüketici Şikayet Davranışlarının Araştırılması" Pazarlama Dünyası Eylül-Ekim 1993, s.29 vd.

56 TOKOL, s.22 vd.; KILKIŞ, s.21 vd.; DOGU, s.29

4.4. EKONOMİK YOĞUNLAŞMA

Kapitalist sistemin gelişimi, hiç de rekabetçi özünün piyasa güçlerince kendiliğinden korunması şeklinde olmamıştır. Kapitalist sistemin temeli serbest rekabettir. Serbest rekabetin iktisadi bakımdan kıt kaynakların etkin kullanımına ve teknolojik yenileşmeye yol açacağı böylece maliyetlerin minimize edilerek en ucuz fiyatla en kaliteli ürüne ulaşılmasını sağlayacağına inanılır. Bundan da tüketici yararlanacaktır. Siyasi bakımdan serbest rekabet, çağdaş demokrasilerin temeli sayılır. Ekonomideki çok sesliliğin, siyasi çok sesliliğin ön koşulu olduğu kabul edilir. Ancak gelişmeler göstermiştir ki, serbest rekabet düzeni yasalarla korunmadığı sürece yerini tekelleşmeye bırakmaktadır. Tekelleşme, kaynakların etkin olmayan kullanımı, iktisadi savurganlık, keyfi fiyatlama ve diğer keyfi pazar davranışları sonucunu doğurur. Çeşitli ülkelerde bu nedenle rekabet düzenini koruyacak yasal düzenlemelere gidilmiştir. Bu yasaların doğrudan ve birincil amacı rekabetin kendisini korumaktır. Tüketicinin korunması amacı ise, rekabetin tüketici lehine sonuçlar doğuracağı düşüncesine dayanmaktadır. Bu nedenle dolaylı bir etkidir. Türkiye'de de 13.12.1994 tarihli Resmi Gazete'de "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun" yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Rekabet Kanunu'yla rekabeti sınırlayıcı işletmeler arası anlaşmalar, uyumlu davranışlar ve işletme birliği kararları, hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmakta ve ayrıca rekabeti önemli ölçüde sınırlayabilecek olan, işletmeler arası birleşme ve devirler denetime tabi tutulmaktadır. Tüm bu tedbirlere karşın işletmelerin güçleri dev boyutlara, ülke sınırlarını aşarak ülkelerarası boyutlara ulaşmaktadır. Tüketicinin bu dev işletmelerin sahip olduğu olanaklar karşısında sahip olduğu hiçbir iktisadi veya sosyal güç yoktur. Tüketici örgütleri bir ölçüde bu boşluğu doldurmaya çalışıyorlarsa da pek çok ülkede henüz bu ölçüde güçlü örgütler yoktur. Bu nedenle tüketicilerin dev işletmelerin bu gücüne karşılık, hukuk düzenince korunması ve kayırılması gerekmektedir[57].

4.5. KLASİK YASALARIN TÜKETİCİYİ KORUMAKTA YETERSİZLİĞİ

Tüketiciyi esas almayan klasik yasalar genellikle sözleşme yapan tarafları, eşit iki taraf olarak kabul eder[58]. Bu eşit iki tarafın sözleşmedeki pozisyonlarına göre menfaatlerini dengelemeye çalışır[59]. Tarafların birinin diğerine göre toplumsal, ekonomik, psikolojik durumunu dikkate alan hükümler

57 Ayrıntısı için bkz. ASLAN, İ. Yılmaz; Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku; Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını Ankara 1992, ASLAN, İ. Yılmaz; Rekabet Hukuku Türkiye İçin Bir Rekabet Kanunu Önerisi; Bursa 1993

58 LOWE, Robert; Commercial Law; Fifth Edition, Sweet And Maxwell, London 1976 s.447, Yazar 18. ve 19. yüzyıllarda sözleşmeler ortak hukukunun iki sütun üzerine inşa edildiğini, birisinin "sözleşme özgürlüğü" diğerinin ise "sözleşmenin kutsallığı" olduğunu belirtmektedir. Bu eşitler arasında gerçek pazarlığın yapıldığı olaylarda açıkça doğruydu. Kütlesel üretilmiş malların satışı için "al veya bırak" standart formunun gelişmesiyle, ekonomik olayların sıhhatli işleyebilmesi için "sözleşme özgürlüğü" ilkesini değiştirmek zorunlu olmuştur.

59 TANDOĞAN, Haluk; "Yürürlüğe Girişinin Ellinci Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme" Batıder 1976 s.1 vd. Yazar, özellikle, tüketicinin korunması açısından BK'nun yetersiz kalan hükümlerini ayrıntılarıyla belirtmiştir. Bkz. s.24, 39, 47 (bundan böyle TANDOĞAN; "Ellinci Yıl Değerlendirmesi" olarak anılacaktır.)

de vardır. Ancak bunlar o kadar genel hükümlerdir ki, tüketicinin korunması amacıyla kullanılması zorlamalara yol açacaktır. Öte yandan adalet ve hakkaniyet düşünceleriyle ya da sosyal amaçlarla konulmuş özel hükümler de vardır; ancak bunlar da fazla özel, belirli kişilere özgüdür. Örneğin, Anayasa'da yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi, sosyal adalet ilkesi, Medeni Kanun'un hakime hukuk yaratma olanağı tanıyan 1. maddesi, hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan 2. maddesi, TBK' nin ahlaka aykırı sözleşmeleri yasaklayan 27. maddesi, hizmet akdine ilişkin işçiyi koruyucu hükümler ve gabine ilişkin hükümler bu tarz hükümlerdendir. Bu hükümlerin yorumlanarak, çeşitli açılardan tüketicinin korunması amacıyla kullanılması mümkün olabilirse de, hiçbir zaman günün ihtiyaçlarına uygun bir koruma tam olarak sağlanamaz[60].

Şimdiye kadar yorum yolu ile de olsa tüketicinin korunması amacıyla daha özel hükümlerden de yararlanılmıştır: TBK' nin gabin hakkındaki 28. maddesi, haksız rekabetle ilgili 57. maddesi, sorumluluktan kurtulma şartlarının hükümsüzlüğüne ilişkin 115. ve 116. maddelerin (3). fıkraları, aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin 182. maddesi, taksitle satımlarda alıcının sömürülmesini önlemeye ilişkin 249 ve 260 maddeleri, bileşik faizi yasaklamaya ilişkin 388. maddenin (2). fıkrası, TTK'deki haksız rekabetle ilgili düzenlemeler (TTK m. 5463), 1580 sayılı Belediyeler Kanunu da tüketicilerin günlük hayatta karşılaştıkları bir çok konuda düzenlemeler getirmiştir. Bunun gibi 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile buna bağlı olarak çıkarılan 3/15481 karar sayılı Gıda Maddelerinin ve Umum Sağlığını İlgilendiren Eşya ve Levazımın Hususu Vasıflarını Gösteren Tüzük de tüketicinin korunması kapsamında değerlendirilebilecek düzenlemelerdir[61].

Burada şunu belirtelim ki, tüketiciyi esas almayan yasaların sağladığı koruma ne pratik, ne ucuz, ne de kesindir. Özellikle, ispat problemleri ve masraflar nedeniyle yukarıda belirttiğimiz üretim şekillerinden kaynaklanan değişimlere uyum sağlamaları mümkün değildir. Bu nedenle amacı tüketiciyi korumak olan özel yasalara ihtiyaç vardır. Sanayisi belirli ölçüde gelişim göstermiş ülkelerde bu yönde gelişmeler yaşanmış ve yaşanmaya devam etmektedir[62].

Sözleşme özgürlüğüne tüketicinin korunması amacıyla sınırlamalar getirilmesi gerekmektedir. Gerçekten, Türk Hukuku, çeşitli hukuk sistemleri gibi sözleşme özgürlüğü ilkesini benimsemiştir ve bu sözleşme serbestisinin çeşitli boyutları vardır. Sözleşme özgürlüğü bir sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü de içerir. Yani, bir kişi kiminle sözleşme yapmak istediğine özgürce karar verir. Diğer yandan yapacağı bu sözleşmenin içeriğini serbestçe kararlaştırır. Son olarak yapacağı sözleşmenin hangi şekilde yapılacağına da kendisi karar verir. Ancak sosyal ve ekonomik düşüncelerle bu ilkeden ayrılmalar gerekmiştir. Gerçekten, öncelikle iş hukuku alanında başlayan bu ayrılmalar, zamanla basit istisnalar tanımanın ötesinde, devletin bu alana kurumsal ve sistematik olarak müdahalesine dönüşmüştür. İş hukuku alanına yapılan bu müdahaleler zamanla iş hukukunun özel hukuk alanı içinden koparak sosyal

60 TANDOĞAN, Haluk; Tüketicinin Korunması Ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu açıdan Sınırlandırılması; Ankara, 1977 s.12 ve DPT Rapor, s.47; ÖZTAN, s.6 vd

61 ÖZEL, s.52

62 GEMALMAZ, M. Semih; "Turistin Tüketici Olarak Korunması" Ankara Barosu Dergisi 47(6) 12.1990 s.881; GILLES, Peter; "Federal Almanya'da Tüketicinin Korunması Ve Borçlar Kanunu Reformu" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2(2) 6.1989 s.317

hukuk olarak anılan ayrı bir hukuk dalı olmasına yol açmıştır. Bu şekilde sosyal ve ekonomik amaçlarla müdahale edilen bir diğer sözleşmeler hukuku alanı ise sözleşmenin içeriği ile ilgili olarak rekabeti sınırlayıcı amaçlı sözleşmeler alanıdır. Daha önceleri rakiplerin aralarında anlaşmaları ve rekabeti ortadan kaldırmaları klasik liberal ekonominin doğal sonucu sayılırken, yaklaşık 100 yıldan beri bu alan devletin sosyal amaçlarla müdahale ettiği bir özel hukuk alanı olarak kabul edilmektedir. Anayasa'nın 167. maddesinde de Devlet'e, piyasalarda oluşacak kartelleşmeyi ve tekelleşmeyi önleme görevi verilmiştir. Rekabet Hukuku, Antitröst Hukuku veya Kartel Hukuku gibi çeşitli adlarla anılan bu hukuk alanı başta özel hukuk olmak üzere, Kamu Hukuku'nun İdare Hukuku ve Ceza Hukuku gibi çeşitli dallarıyla da ilgilidir. Bu hukuk dalı klasik özel hukuk kamu hukuku ayrımının dışına çıkmakta, sosyal hukuk adıyla üçüncü bir hukuk alanının doğduğunu göstermektedir. İşte, İş Hukuku ve Rekabet Hukuku gibi Tüketici Hukuku da sözleşme yapma özgürlüğüne, diğer tarafı seçme (TKHK m. 6) özgürlüğüne, sözleşmenin içeriğine ve şekil serbestisine çeşitli sınırlamalar getirmektedir (TKHK m. 4.vd). Dolayısıyla Tüketici Hukuku sosyal hukukun bir dalı olmasına ve çeşitli hukuk dallarıyla sıkı ilişkilerine rağmen bağımsız bir hukuk dalı olarak ortaya çıkmıştır.

5. TÜKETİCİ HUKUKUNUN ANAYASAL TEMELLERİ

Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde doğrudan veya dolaylı olarak Tüketici Hukuku'nu ilgilendiren düzenlemeler bulunmaktadır. Sosyal devlet ilkesi (Any.2.m.), kişinin dokunulmazlığı ilkesi (Any.17.m.), kişi hürriyeti ve güvenliği ilkesi (Any.19.m.), hak arama hürriyeti ilkesi (Any.36.m.), temel hak ve hürriyetlerin korunması ilkesi (Any.40.m.), piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi (Any.167.m.), kooperatifçiliğin geliştirilmesi (Any.171.m.) ve tüketicinin korunması (Any.172.m.) hakkındaki hükümler Tüketici Hukuku ile yakından ilgilidir[63].

İktisadi hayatta tüketici, hukuki işlemlerin zayıf tarafını teşkil etmektedir. Sosyal adalet ilkesi, zayıfların güçlüler karşısında korunmasını gerekli kılmaktadır. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesi, "vatandaşların sosyal durumları ve refahlarıyla ilgilenerek onlara asgari bir yaşam düzeyi sağlamayı ödev bilen devlettir" şeklinde anlaşılmaktadır[64]. Ancak tüketicinin korunması açısından bu yeterli değildir. Devlete verilen bir görev ilgililere "talep hakkı" ve kendileriyle ilgili kararların alınması sürecine "katılma hakkı" vermiyorsa, bir sadakadan ibarettir[65]. Gerçekten Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesi, hukuk kurallarının uygulanmasında tüketici lehine yorumlar yapılmasını sağlayacak niteliktedir[66]. Fakat tüketici haklarının en önemlilerinden biri olan "temsil edilme" hak-

63 GEMALMAZ, Mehmet Semih; "Tüketicinin Korunması"; İstanbul Barosu Dergisi 1983 (57) sayı 7,8,9 s.334vd

64 TANDOĞAN, Haluk; "İç ve Dış Ticaretin Düzenlenmesine ilişkin Kanun Tasarısı İle Ticarette Dürüstlüğün Korunması Hakkında Kanun Tasarısının Tüketicilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi" Batıder 1980 C.10 S.4 s.10 (Bundan böyle TANDOĞAN; "Tasarıların İncelenmesi" olarak anılacaktır.)

65 SOYSAL, Mümtaz; 100 Soruda Anayasanın Anlamı; s.233-234 İstanbul 1987 7.baskı

66 TANDOĞAN, haklı olarak Anayasanın 2. maddesinin 8. madde ile (1982 Anayasası 11. madde) birlikte ele alındığında sözleşmelerdeki tüketici aleyhine hükümlerin geçersiz kılınmasında kullanılabileceğini belirtmektedir. s.13. Ancak yazar B.K. , M.K. ve Anayasa hükümlerinin tüketicinin korunması açısından yeterli olmadığını ve yasa koyucunun emredici mahiyette yeni hükümler getirmesi gerektiğini de belirtmektedir. s.12

kı açısından, Anayasa'da lehe hükümler bulunması şöyle dursun örgütlenme özgürlüğünün ve örgütlerin politikaya karışmalarının önünde çeşitli engeller bulunmaktadır. 6502 sayılı Kanun da bu konuda yeterli düzenlemeye sahip değildir. Oysa ki, sosyal devlet ilkesi ile çağdaş ve katılımcı demokrasi arasında çok sıkı bir bağlantı bulunmaktadır. Bu nedenle tüketicinin gerçek anlamda korunmasının sağlanması için örgütlenme özgürlüğü ve siyasi karar alma sürecine katılma özgürlüğünün önündeki engeller kaldırılmalıdır. Şimdiye kadar Türkiye'de tüketici örgütleri kültürü gelişmemiştir[67]. Oysa dünyada tüketicinin korunmasında en önemli rolü tüketici örgütleri oynamaktadır.

Anayasa'nın 17. maddesi *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir"* demektedir. Tüketici haklarından "sağlık ve güvenliğinin" korunması hakkı, 17. maddede düzenlenen kişisel hakkın bir görünümüdür. Tüketicinin satın aldığı bir malın sağlığına, can ve mal güvenliğine bir zarar vermemesini beklemesi en temel Anayasal haklarından biridir. Eğer, böyle bir zarara maruz kalırsa, bu zararlı malın kendisine ulaşmasında etkisi olan üretici, dağıtıcı, satıcı gibi kişilerden gördüğü zararın tazminini talep etme hakkına sahip olmalıdır. Kişilerin sağlığına zararlı malların satışından doğan sorumluluk basite indirgenerek sadece bir çeşit sözleşme sorumluluğu olarak değerlendirilemez. Bu bir çeşit kişisel haklara saldırı olarak kabul edilerek, "sebep" olanların sorumluluğu yoluna gidilebilmelidir.

Anayasa'nın 36. maddesi hak arama hürriyetini düzenlemektedir. Buna göre, *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir". Ayrıca 40. maddeye göre, "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir"*. Tüketicinin korunmasında en önemli noktalardan birisi de, tüketicinin hakkını arayabilmesidir. Anayasa bu hakkı, yukarıdaki hükümlerle tüketiciye tanımıştır. Ancak Anayasada bu hakkın tanınmış olması fiilen kullanılabildiği anlamına gelmemektedir. Gerçekten, adalet sistemimiz hem ağır işlemektedir hem de oldukça masraflıdır. Tüketiciler, çoğu zaman, aldıkları bozuk çıkan malın bedelinin düşüklüğü nedeniyle, bu yollara başvurma halinde astarının yüzünden pahalıya çıkacağını düşünmektedir. Bu nedenle, tüketiciler hak arama özgürlüklerini fiilen kullanamamaktadırlar. Yukarıda belirttiğimiz hükümler gereğince, tüketicilerin devletten daha hızlı ve daha ucuz bir hak arama usulünü talep etme hakları vardır. TKHK; Tüketici Mahkemeleri ve Tüketici Hakem Heyetleri kurmuş ve bu makamlar nezdinde ücretsiz ve hızlı bir hak arama sistemi kabul etmiştir.

Anayasa'nın 167. maddesine göre, *"Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler."* Devlet, 4054 sayılı Rekabet Kanunu'yla 7.12.1994 tarihinde bu görevini oldukça gecikmeli olarak yerine getirmiştir.

67 DPT UYUM RAPORU'nda, "Tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerinin teşvik edileceği Anayasamızda yer almasına rağmen, bugüne kadar tüketicinin korunması konusunda çalışan kuruluşların hiçbirinde temsil edilememesi, sorunun çözümünü olumsuz yönde etkilemiştir. Buna rağmen gönüllü tüketici kuruluşları ülkemizde az sayıda da olsa mevcut olup tüketicilerin menfaatlerine yönelik faaliyetlere katılmaktadır. Bu kuruluşların gelişmiş ülkelerdeki örneklere benzer çalışmalar yapmaları desteklenmelidir" demektedir, s.45

Anayasa'nın 171. maddesine göre, "Devlet, milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin arttırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alır".

Anayasa'nın 172. maddesine göre, *"Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder."* Devlet 13 yıl aradan sonra Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'u çıkarmıştır. Bu kanunun özellikle Bankacılık yönünden incelenmesi esasen çalışmamızın ana konusunu oluşturduğundan, ilerideki bölümlerde incelenecektir. 167, 171 ve 172. maddeler Anayasa'nın "Ekonomik Hükümler" başlığı altında yer almaktadır. 167. ve 172. maddelerin öngördüğü tedbirlerin, Anayasa'nın kabulünden 13 yıl sonra ve Gümrük Birliği Anlaşması nedeniyle, biraz da Avrupa Birliği'nin baskılarının etkisiyle çıkarılmış olması, Anayasa'da ekonomik hükümler olmasını işlevsiz gören görüşleri haklı çıkarmaktadır[68]. Gerçekten, her iki yasanın kabul edilmesinde dış baskılar kadar kamuoyu baskıları da etkili olmuştur. Ayrıca her iki yasa meclisteki tüm partilerce desteklenmiştir.

6. TÜKETİCİ HUKUKU'NUN ÇEŞİTLİ HUKUK DALLARI İLE İLİŞKİSİ

6.1. GENEL OLARAK

Tüketici Hukuku, devletin ticari hayatta cereyan eden özel hukuk sözleşmelerine (tüketim sözleşmelerine) sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketicinin güçlü tarafa karşı korunması gayesiyle, idari, cezai ve sorumluluk kapsamını genişletici yöntemlerle müdahale ettiği bir alandır. Gerçekten Tüketici Hukuku'nun esasını, tüketici işlemleri ve bu sözleşmelerle elde edilen mal ve hizmetler nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini oluşturmaktadır. Öte yandan, sağlığa zararlı malları satarak kamu sağlığı ve güvenliğini tehlikeye sokmak, Tüketici Hukuku'nun gelişmesinden çok önce Ceza Hukuku açısından suç oluşturmaktadır. Ayrıca, Tüketici Hukuku'nun düzenlendiği yasalarda da çeşitli ekonomik suçlar kabul edilmektedir. Bu cezaları uygulamaya çeşitli idari makamlar ya da mahkemeler yetkili kılınmaktadır. Tüketici davalarının çözümünde mahkemelerin yanı sıra, idari nitelikli kuruluşlara da görevler verilmektedir. Mahkemelerin yetki alanına giren konularda ise, genel usul kuralları yerine, daha basit ve hızlı usul kuralları getirilmektedir. Ayrıca, tüketici davalarının harçlar yönünden daha ucuz olmasına çalışılmakta ve böylece ufak davalarda bile tüketicinin hakkını araması teşvik edilmektedir. Dikkat edilecek olursa Tüketici Hukuku başta Ticaret Hukuku ve Borçlar Hukuku olmak üzere İdare Hukuku, Ceza Hukuku, Usul Hukuku ve genel olarak rekabete dayalı kapitalist sistemin temeli olan rekabetle doğrudan ilgisi nedeniyle Rekabet Hukuku ile de ilgilidir. Demek ki, Tüketici Hukuku'nun Kamu Hukuku ve Özel Hukuk alanlarına yayılan bir bütün olduğu söylenebilir[69]. Sosyalist devletlerde tüketim, planlamanın bir bölümü olarak ele alındığından genellikle kamu hukuku alanı içinde görülmektedir[70].

68 Bkz. SOYSAL, s.363 vd.

69 POROY, s.515

70 POROY, s.516

6.2. BORÇLAR HUKUKU

Tüketici; bir sözleşmeye dayanarak mal ve hizmet edinen, yararlanan veya kullanan kişi olduğuna göre, öncelikle bu sözleşme çerçevesinde ve bu sözleşmenin yapılması öncesinde, sırasında ve sonrasında korunması gerekmektedir. Sözleşmelerin taraflara tanıdığı hak ve borçlar, Borçlar Hukuku alanında düzenlenmektedir. Türk Hukuku'nda kural olarak sözleşme serbestisi geçerlidir. Ancak sözleşme özgürlüğü, kamu güvenliği, kamu düzeni, genel ahlak ve bazı sosyal düşüncelerle sınırlanabilmektedir (TBK' nin 26. ve 27. maddesi). Tüketicinin ekonomik, sosyal ve siyasi bakımdan satıcıya göre daha zayıf olması nedeniyle, sözleşme serbestisine göre konulmuş hükümlerle tam olarak korunması sağlanamaz[71]. Devlet, bu nedenle, tüketim sözleşmelerine tüketiciyi koruyucu yönde olmak üzere hem akdin oluşması, öncesinde, sırasında ve sonrasında hem de ifası sırasında müdahale etmektedir. Dolayısıyla, Tüketici Hukuku kapsamına giren bu müdahaleler, Borçlar Hukuku ile Tüketici Hukuku'nun ortak noktalarını göstermektedir. Ayrıca, sorumluluk şartları ve sınırları da Borçlar Hukuku'nun düzenleme alanlarından birini oluşturmaktadır. Bir sözleşmeden doğan borçlardan ve o sözleşmenin kötü ifa edilmesinden doğan zararlardan sorumluluk sözleşmenin taraflarıyla sınırlıdır. Oysa ki tüketicinin korunması amacıyla, sözleşmenin tarafı olmasa bile zararlı mallar üreten imalatçının tüketiciye karşı sorumlu olması kabul edilmektedir. Sorumluluk Hukuku'nu ilgilendiren bu düzenlemeler, Borçlar Hukuku ile Tüketici Hukuku arasındaki diğer bir ortak yönü göstermektedir. Tüketim ilişkisi esasen sözleşme ilişkisi ile sağlandığından tüketicinin bu sözleşme çerçevesinde korunması gereği bu iki hukuk dalı arasındaki sıkı ilişkiyi göstermektedir.

TKHK' nin "intikal hükümleri" arasında, TBK' nin ilgili kurallarını yürürlükten kaldıran herhangi bir kurala rastlanmaz. Aksine, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağına dair bir kural bulunmaktadır. Gerçekten Kanun'un 83. maddesinde, *"Bu Kanun'da özel hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır."* denilmektedir. Nitekim Kanun'un ayıplı mal nedeniyle seçimlik hakları düzenleyen 11. maddesinin (6). fıkrasında, ayıplı hizmet nedeniyle seçimlik hakları düzenleyen 15. maddenin (1). fıkrasında ve ön ödemeli satışları düzenleyen 21. maddesinde Türk Borçlar Kanunu'na açık göndermeler bulunmaktadır.

6.3. TİCARET HUKUKU

Tüketici Hukuku'nun doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olduğu diğer bir hukuk dalı Ticaret Hukuku'dur. Gerçekten ticaretin geliştiği yıllardan itibaren ticaret erbabının oluşturduğu mesleki kuruluşlar aracılığı ile ilgili oldukları faaliyeti düzenleme ve geliştirme çabaları dolaylı olarak tüketiciyi koruyucudur. Bu anlamda orta çağlarda loncaların, günümüzde ise ticaret ve sanayi odalarının ve diğer meslek kuruluşlarının faaliyetleri dikkate değerdir [72].

Tüketicilerin kendi menfaatlerini korumak gayesi ile çeşitli örgütlenmelere gittikleri görülmektedir. Bunlardan en önemlileri, tüketim kooperatifleridir.

71 TANDOĞAN, s.11 vd.

72 POROY, s.518

Haksız rekabeti önleyici hükümler ile buna bağlı olarak önem arz eden işletme adı, ticaret unvanı ve markaların korunmasını düzenleyen hükümler, genel olarak ekonomik düzeni koruyucu amaçlı olmakla birlikte dolaylı olarak tüketiciyi de korurlar. Çünkü işletmelere iş ürünleri hakkında yanlış ve abartılmış bilgi verme ve aldatıcı reklamlar konusunda konulmuş olan yasaklar, işletmelerin ürünlerini piyasada birbirinden ayırt etmeye yarayan ad ve işaretler tüketicinin alıcı olarak isabetli seçim yapmasına yarar[73]. Ayrıca TTK'nin 54 vd. maddelerinde düzenlenen haksız rekabetle ilgili hükümler, müşteriye (tüketici) de haksız rekabet davalarını açabilme yetkisi tanımaktadır. Tüketicinin haksız rekabetten doğan zararlara karşı doğrudan doğruya Ticaret Hukuku hükümleriyle korunduğunu söyleyebiliriz. Ticaret Hukuku ile Tüketici Hukuku'nda başta ayıplı mal satışı olmak üzere, pek çok ortak konu bulunmaktadır.

6.4. İDARE HUKUKU

Devletler, çok eski zamanlardan beri toplumun ekonomik düzenini veya vatandaşların sıhhat ve kesesini korumak için çeşitli tedbirler uygulamışlardır. Bu tedbirler mal ve hizmet piyasalarında fiyatların denetiminden, çeşitli faaliyetlerin izne ve ruhsata bağlanmasına ve çeşitli ürünlerde uyulması zorunlu standartların getirilmesine kadar çok geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır. Öte yandan, kamu yönetimi içinde yer alan kamusal veya karma nitelikli kurullar, heyetler, komite ve komisyonlar aracılığı ile tüketici sorunlarının çözümüne katkıda bulunulmaktadır[74]. Çeşitli kanunlardaki ruhsatlar, izinler ve denetimlere ilişkin hükümler yanında TKHK'nin hemen hemen her maddesinde Bakanlığa bir yetki veya görev verilmektedir. Bununla birlikte 63. maddeden itibaren neredeyse 20 maddeden fazla idare hukukunu ilgilendiren düzenlemeler yapılmıştır. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na TKHK' nin uygulanması bakımından önemli görevler verilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla, İdare Hukuku ile Tüketici Hukuku arasında çok fazla ortak yön bulunmaktadır.

6.5. CEZA HUKUKU

Ceza Kanunlarının kamu güvenliği ve sağlığının korunmasıyla ilgili hükümleri, aynı zamanda tüketicileri de korumaktadır. Gerçekten, TCK'nın ticaret ve sanayi müzayedeye hile ve fesat karıştırmak cürümlerini düzenleyen hükümleri (m.235 vd.) ile umumun sıhhatine yenecek ve içilecek şeylere müteallik cürümleri düzenleyen hükümleri (m. 186 vd.) bu tarz hükümlerdendir.

Tüketicinin korunmasıyla ilgili kanunlarda, çeşitli yaptırımlar yanında cezai yaptırımlara da başvurulmaktadır. Nitekim TKHK' nin 77. maddesinde çeşitli para cezaları düzenlenmiştir. Ancak bu para cezaları idari nitelikli para cezalarıdır. İdari Ceza Hukuku'nda da Ceza Hukuku'nun genel ilkelerinin uygulanması gerektiği yönünde genel bir yaklaşım da bulunmaktadır. Bu itibarla TKHK, Ceza Hukuku ile ilgili yönler de içermektedir.

73 POROY, s. 519; GÖLE, s.160 vd.

74 POROY, s.518

6.6. REKABET HUKUKU

Rekabeti sınırlayıcı işletmeler arası uygulamaların yasaklanması ve rekabetin korunması amacıyla getirilen hukuk kurallarının asıl amacının, ekonomik düzenin korunması olduğunu söyleyebiliriz. Ancak serbest rekabetin korunması dolaylı olarak tüketicileri de korumaktadır. Çünkü rekabet sayesinde tüketicilerin, daha uygun fiyatlarla daha kaliteli ve daha çeşitli mal ve hizmetlere ulaşabilmesi kolaylaşacaktır. Rekabet Hukuku'nun etkin uygulanmasının en önemli sonucu tüketici refahının artmasıdır.

6.7. TÜKETİCİ HUKUKU'NUN GENEL HUKUK SİSTEMİ İÇİNDE YERİ

Tüketiciyi doğrudan veya dolaylı olarak koruyan her türlü düzenlemeyi içeren en geniş anlamda Tüketici Hukuku'nun, Özel Hukuk'un çeşitli alanlarından, Kamu Hukuku'nun çeşitli alanlarına kadar yayıldığını tespit etmiş bulunuyoruz. Tüketici Hukuku'nun Özel Hukuk alanına giren ve dar anlamda tüketici hukuku olarak adlandırılan kısmı doğrudan doğruya tüketici veya tüketim mukavelesi temellerine oturtulmuş olarak önem ve ağırlık taşımaktadır(75). Gerçekten diğer alanlarda yapılan düzenlemeler daha çok genel ekonomik düzeni, kamu düzenini, kamu güvenliğini ve sağlığını koruyucu amaçlı olduğu ve dolaylı olarak tüketiciyi de koruduğu halde, dar anlamda Tüketici Hukuku denilen bu alanda yer alan düzenlemeler sadece tüketiciyi koruma amacıyla getirilmektedir. Diğer alanlardaki dolaylı olarak tüketiciyi koruyucu hukuk kuralları yüzyıllardır var olduğu halde, dar anlamda Tüketici Hukuku'nun kapsamına giren ve doğrudan tüketiciyi korumayı amaçlayan kurallar İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra gelişmeye başlamış ve günümüzde hız kazanarak gittikçe olgunlaşmıştır. Bu alan, sosyal düşüncelerle Özel Hukuk alanlarına tüketici lehine getirilen sınırlamalar ve tüketiciye karşı sorumluluğun genişletilmesi ve bunlardan doğan davaların basit ve ucuz yöntemlerle çözümlenmesi şeklinde, kısacası güçlüye karşı güçsüzün korunması şeklinde tespit edilebilir(76). Nitekim, TKHK' nin de dar anlamda Tüketici Hukuku kapsamına giren konuları düzenlediğini söyleyebiliriz. Bu yapısıyla, Tüketici Hukuku'nun klasik anlamda Kamu HukukuÖzel Hukuk ayrımına girmeyeceğini, yeni gelişen bir üçüncü hukuk dalı olan sosyal hukukun bir dalı olarak kabul edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz(77).

75 POROY, s.520

76 "Bu arada şu gerçek de asla unutulmamalıdır : Aynen işçinin ve kiracının korunması sorunu gibi , tüketicinin korunması sorunu da son değerlendirmede "bireyin en yüksek karı elde etmeyi tek amaç bilen sermayeye karşı korunması" sorunudur. Özünde üretim araçları mülkiyetinin sosyal kaygılarla sınırlanması anlamına gelen bu koruma, ister istemez, tüm mülkiyet ve sermaye sınırlamaları gibi , toplumun belirli bir gelişme aşamasında geçerli somut toplumsal ve siyasi güç dengelerine bağlı olarak saptanır." SEROZAN, s.598

77 "Tüketicinin Korunması Hukuku ne tamamen özel hukuk ne de kamu hukuku alanına girer. Bu hukuk dalı, birer sosyal hukuk dalı olan çevre hukuku, spor hukuku, sağlık hukuku, çocuk hukuku ve gençlik hukuku gibi karma bir nitelik taşır." DEMİR, Mehmet; Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı; Turhan Kitabevi, Ankara 2001 s.7

7. TÜKETİCİ HUKUKU SİSTEMLERİ VE TÜRKİYE'DE DURUM

7.1. GENEL OLARAK

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Tüketici Hukuku, ekonomik ve toplumsal gelişmelerin sonucunda klasik yasaların, tüketicilerin haklarını korumakta yetersiz kalması sonucunda ortaya çıkan ve gelişen yeni bir hukuk dalıdır. Tüketici, pazar ekonomisi içinde yalnız kalmış ve aldığı mallar hakkında yeterli ve tatmin edici bilgiye ulaşamadığı gibi, aldığı mallardan nasıl tatmin edici bir şekilde yararlanacağını bilememiştir. Yaptığı tüketim harcamalarında, giderek daha tatminsiz ve daha korumasız kalmıştır. Bu nedenle, Tüketici Hukuku'nun, tüketiciyi korumayan klasik hukuk sistemine karşı bir tepki olarak geliştiğini söyleyebiliriz[78]. Tüketici Hukuku'nun, diğer klasik hukuk kurallarından ayrılabilmesi için bu özelliğinden yararlanarak bir kriter bulmak gerekmektedir. Örneğin, Ticaret Hukuku'nda bu kriter, bazı hukuk sistemlerinde "tacir" bazılarında ise "ticari işletme"dir. Ayırt edici unsur olarak, "faaliyet" veya o faaliyeti yapan "kişileri" esas almasına göre Ticaret Hukuku sistemleri; sübjektif sistem ve objektif sistem olmak üzere iki sisteme dayanır. Sübjektif sistem taciri esas alır, taciri tanımladıktan sonra hukuk dalının kapsamını, tacirin yaptığı faaliyetleri düzenleyen hukuk olarak tespit eder; objektif sistem ise, faaliyeti yapan kişiyi değil faaliyetin kendisini esas alır, faaliyeti tanımlayarak konunun kapsamını buna göre belirler. TTK objektif sistemi benimseyerek önce ticari işlemi tanımlamış ve diğer tüm kavramları buna göre düzenlemiştir[79]. Bunun gibi, Tüketici Hukuku'nu düzenlemek gayesiyle çıkarılan kanunlar bazen tüketiciyi esas almakta; bazen de, tüketim mukavelesine dayanmaktadır. Çeşitli ülkelerde çıkarılan kanunlardan bazıları tüketiciyi esas alarak sübjektif sistemi benimsemekte, bazıları ise, tüketim mukavelelerini esas alarak objektif sistemi kabul etmektedir. Buna göre, eğer sübjektif sistem benimsenmişse "Tüketici Hukuku", objektif sistem benimsenmişse "Tüketim Hukuku" söz konusu edilecektir[80].

7.2. SÜBJEKTİF SİSTEM

Sübjektif sistem, tüketici kavramını esas alır. Bu nedenle bu sistemlerde önce tüketicinin tanımlanması gerekmektedir. Bu sistemin zorluğu, özellikle, çeşitli mevzuatlarda düzenlenen konuların hepsini kapsayabilecek bir tüketici tanımının yapılmasındaki güçlüktür. Tüketici kapsayıcı ve doğru bir şekilde tanımlandıktan sonra, onun taraf olduğu sözleşme ve yaptığı işlemler Tüketici Hukuku kapsamına girecektir. POROY, tüketici tanımlamasında zorunlu olarak tüketim malı veya bağlı hizmetlerin temel unsur olarak rol oynayacağını, bunun da bir kanunla tanımlanması nedeniyle bazen kanunun iktisatçılardan daha farklı tüketim malı tanımlaması yapabileceğini, bu nedenle tüketicinin tanımlanmasının sadece bilimsel açıdan bir değer taşıdığını belirtmektedir. Ayrıca tüketici durup dururken değil, bir sözleşmeye

78 TOKOL, s.9; POROY, s.520

79 POROY, Reha; Ticari İşletme Hukuku; İstanbul 1991 s.8

80 POROY, s.521

taraf olduğu için korunmaktadır. Yazar böylece tüketicinin tanımlanmasındaki zorluklara dikkati çekmektedir [81]. Aşağıda belirteceğimiz gibi benzer zorluklar tüketim mukavelesinin tanımlanmasında ve şartlarının belirlenmesinde de vardır.

7.3. OBJEKTİF SİSTEM

Objektif sistem, tüketim sözleşmesini esas alır. Tüketim sözleşmesi tanımlandıktan sonra, onun tarafı kim olursa olsun korunur. Bu sistemde satım, leasing, istisna, kira ve sigorta sözleşmeleri gibi tüketim sözleşmelerinin türleri tespit edildikten sonra bunların hangi koşullarla özel koruyucu kanunların kapsamına gireceklerinin de tespit edilmesi gerekmektedir. Bu sözleşmelerin koruyucu hukuk kapsamına alınabilmesi için çeşitli ölçüler kullanılmaktadır. Bunlardan birincisi, tüketim mallarını konu alan sözleşmelerin kapsama dahil edilmesidir. Ancak bunun için tüketim malının nelerden ibaret olduğunun tespiti gerekir. Burada da önemli zorluklar ortaya çıkmaktadır. Bir malın tüketim malı olarak kabul edilmesi biraz da onun satın alınış amacına bağlıdır. Örneğin, ekmek bir tüketim malıdır. Ancak bunu satın alan lokantacının yaptığı sözleşme, tüketim sözleşmesi olarak kabul edilemez. Diğer bir ölçü ise, sözleşmelerin konusu üzerinde durulmaksızın, belirli koşullara tabi sözleşmelerin, örneğin kredili satışları, seyyar satıcıların yaptığı satışları tüketim mukavelesi kapsamına sokmaktır. Ancak burada da tüketim amaçlı olanların diğerlerinden ayrılmasını sağlayacak bir istisna sistemi getirmek gerekmektedir.

7.4. KARMA SİSTEM

Yukarıda belirttiğimiz gibi her iki sistemin de zaafları bulunmaktadır. Tüketici Hukuku o kadar geniş bir alana yayılmaktadır ki, yalnız bir sisteme bağlı kalmak mümkün değildir. Ayrıca tüketiciyi koruma amaçlı kanunlar muhtelif zamanlarda ihtiyaca göre çıkarılmaktadır. Böylece birden çok kanun söz konusu olmaktadır. Bu nedenle kanunlardan biri tüketiciyi esas alsa bile, diğeri tüketim sözleşmesini esas almaktadır. Hemen her ülkede her iki sistemi kabul eden kanunlara rastlanmaktadır[82].

7.5. TÜRKİYE'DE DURUM

Ülkemizde şu anda tüketiciyi ilgilendiren çok sayıda kanun ve bunlara bağlı olarak çıkarılmış çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. En son olarak uzun zamandan beri beklenen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun da bunlara eklenmiştir. Tüketicinin korunması alanının tek bir kanunla düzenlenmesi mümkün değildir. Örneğin, çeşitli mallarda zorunlu standartların kabulü, tüketicilerin korunması amacına yönelik etkiler doğurur, aynı şekilde çeşitli gıdaların imalatında bazı kimyevi maddelerin kullanılmasının yasaklanması aynı şekilde Tüketici Hukukunun kapsamı içindedir. En geniş anlamda Tüketici Hukuku, Kamu Hukuku'nun ve

81 Bkz. POROY, s.522vd.

82 POROY, s.526

Özel Hukuk'un çeşitli alanlarına yayılmaktadır. Her biri farklı esaslara dayanmaktadır. Bu konuların tek bir kanunla düzenlenme olanağı yoktur, esasen hukuk tekniği ve kuralların uygulanabilirliği açısından bu istenmesi gereken bir şey de değildir. Geniş anlamda Tüketici Hukuku'nun karma sistem içinde düzenlenmiş olduğunu söylemek gerekir. Ancak dar anlamda Tüketici Hukuku alanı tek bir kanunla düzenlenmiş bulunmaktadır. TKHK' nin 3. maddesinde bir tüketici tanımlaması yaparak diğer düzenlemelerini buna dayandırmıştır. Özellikle kapsam maddesinde yapılan değişikliklerle tüketici işleminin tanımlandığını ve böylece tüketicinin taraf olduğu tüketici işlemlerinin kanun kapsamına alındığı görülmektedir. Örneğin; ayıbın tanımlanmasında, imalatçının sorumluluğunda, taksitli satışlarda tüketiciye yapılan satışlarda getirilen korumalar ve kapıdan satışlarda getirilen düzenlemeler de tüketiciyi esas almaktadır. Bu nedenle, genel olarak TKHK' nin sübjektif sistemi benimsediğini söyleyebiliriz. Nitekim; 2. maddede bu Kanun'un, her türlü tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamaları kapsadığı belirtilmiştir. Tüketici işlemi ise tüketici ile satıcısağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemlerdir. Her ne kadar tüketici işlemi tanımında çeşitli sözleşmeler ismen sayılmışsa da bu sözleşmenin taraflarından birisinin satıcı/sağlayıcı bir tarafının ise tüketici olması gerekmektedir. Bu ifade tarzından tüketicinin temel kavram olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Bu nedenle esas olarak dar anlamda Tüketici Hukuku'nun temel kaynağı olan TKHK' nin sübjektif sistemi benimsediğini söyleyebiliriz[83].

BÖLÜM I

Tüketici İşlemlerinin Genel Esasları

1. TEMEL İLKELER

TKHK'nin İkinci Kısmı, "Genel Esaslar" başlığı altında dört maddede, tüketici işlemlerinin temel esaslarını, tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız sözleşme şartlarını, satıştan kaçınma ve sipariş edilmeden gönderilen mal veya hizmetlerin durumunu düzenlemiştir. Bu bölümde bu konulara yer verilecektir.

Bu bölümde inceleyeceğimiz konular, tüm tüketici işlemleri için geçerli olup, adeta tüketici sözleşmelerinin "genel hükümleri" niteliğindedir. Bu itibarla tüketici ile yapılan tüm bankacılık sözleşmeleri bakımından da uygulancaktır. Takip eden bölümlerde ise özel bankacılık sözleşmeleri tek tek incelenecektir.

1.1. ŞEKLİN ŞARTLARI

TKHK 4(1) hükmü, tüketici sözleşmeleri ile ilgili olarak yazılı şeklin öngörüldüğü hallerde uygulanması gereken kuralları belirlemiştir. Buna göre; ***"(1) Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir. Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhâl giderilir."***

Eski kanun zamanında bu ve benzeri şekil şartları her bir sözleşme çeşidini düzenleyen madde içerisinde bir fıkra olarak yer alıyordu. Şimdi, tekrardan kaçınılmak amacıyla tek hükümde toplanmıştır.

Tüketiciye verilen sözleşmeler genellikle küçük harflerle, okunmayacak şekilde ve karmaşık bir dil kullanılarak yazılmaktadır. Bu durumda tüketici sözleşmeyi okuyamamakta, okusa da anlamamaktadır. Tüketicinin bilgilendirilmesi açısından bu hüküm oldukça önemli bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır. Söz konusu hüküm özellikle Bankalar açısından büyük önem ta-

şımaktadır. Bankalar tarafından tüketicilere sağlanan hizmetler ve özellikle bu hizmetlerin onlarca sayfaları bulan sözleşmeler ile ifa edilmesi dikkate alındığında, söz konusu şekil şartına uyulması Bankalar açısından özellikle dikkate edilmesi gerekli bir husustur.

Hüküm, sözleşmenin, tüketicinin sözleşmeyi okuyup anlamasına fırsat vermesini ve sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesini zorunlu kılmaktadır. Aksine davranışlar idari para cezasını gerektirecektir.

Sözleşmede bulunması gereken hususlarda eksiklikler varsa bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen (banka) tarafından derhal giderilir. Giderilmemesi halinde, idari yaptırımlarla karşılaşılacağı gibi, eksiklikler sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğinden tüketici açısından bu eksiklikleri hakim, tamamlayıcı kanun hükümleri ile tamamlayacaktır. Sözleşmeyi düzenleyene (bankaya) verilen eksiklikleri giderme hakkı kötüye kullanamaz.

1.2. ALEYHE DEĞİŞTİRME YASAĞI

TKHK'nin 4(2). maddesi tüketici sözleşmelerinin sonradan tüketici aleyhine değiştirilmesini yasaklamıştır. Buna göre; ***"(2) Sözleşmede öngörülen koşullar, sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemez."***

Genelde sözleşme düzenleyenler, ya sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme hakkını kendilerinde saklı tutmak suretiyle ya da sözleşmenin bazı kısımlarını boş bırakmak suretiyle sözleşmeyi tüketici ile konuşulup anlaşılan şartlara göre daha ağır şartlarla değiştirmektedirler. Tüketici böyle durumlarda, sürprizlerle karşılaşmakta ve istemediği sözleşme şartlarını kabul etmek zorunda kalmaktadır. Bu hükümle, bu gibi sürpriz sonuçlar önlenmek istenmiştir.

1.3. EK BEDEL İSTEME YASAĞI

1.3.1. Genel Olarak

Kural olarak hiç kimse ücretsiz olarak çalışmaya, bir işi veya hizmeti yapmaya zorlanamaz. Anayasanın 18. maddesine göre angarya yasaktır. Bir iş veya hizmetin ücretsiz olarak yapılmasını beklemek örf ve adet açısından uygun görülmüyorsa iş veya hizmeti görenin bir ücret talep edebileceği düşünülerek işin veya hizmetin görülmesinden önce bu hususun açıkça anlaşmaya bağlanmış olması gerekir. Adi işler açısından bakıldığında görülen iş veya hizmetin karşılığında bir ücret alınacağı açıkça kararlaştırılmışsa ücret istenebilir aksi halde istenemez. Ancak iş veya hizmet verenin tacir olması halinde karşı taraf tacir olsun ya da olmasın ücret isteme hakkı bulunmaktadır, ayrıca tacir, yaptığı giderler ve verdiği avansları da talep edebileceği gibi bunlar için faiz dahi isteyebilir, TTK'nin 20. maddesi karşısında bu hususlar tartışmasızdır. Demek ki tacirin işletmesi ile ilgili olarak gördüğü iş ve hizmetler için yaptığı masrafları ve bu gördüğü iş ve hizmetler için bir ücret istemesi yasal bir haktır.

Sözleşmeyi düzenleyenler, sadece kendi menfaatlerini korumak amacıyla koydukları çeşitli yükümlülüklerle ilgili ücret ve masrafları da tüketiciye yükleyebilmektedirler. TKHK'nin 4. maddesinin (3). fıkrası ile bu şekilde esasen sözleşmeyi düzenleyenin katlanması gereken masraf ve ücretlerin de tüketiciye yüklenmesi yasaklanmıştır. Buna göre; ***"(3) Tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi***

düzenleyenin yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez. Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar tarafından tüketiciye sunulan ürün veya hizmetlerde ise tüketiciden faiz dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türleri ile bunlara ilişkin usul ve esaslar Bakanlığın görüşü alınarak bu Kanunun ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir."

Üçüncü fıkrada, tüketiciden kural olarak sözleşme ile belirlenenin dışında ek bir ücret talep edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hükümden anlaşılması gereken ilk husus bu hükmün (ve Kanunun geri kalanının da) sözleşmenin ana edimiyle ilgili bir düzenleme getirmediğidir. Yani, taraflar sözleşmenin ana konusu olan edim üzerinde serbestçe anlaşabilirler. Örneğin; bir kredinin faizinin yüzde kaç olacağı konusu bu hükmün ve bu kanunun tamamen dışında bir konudur. Hükümden de açıkça görüleceği gibi Kanun ana edimle değil buna ek olarak talep edilebilecek olan ek bedellerle ilgilenmektedir. Esasen ana edimlerle ilgilenilmesi ülkemizin kabul ettiği sisteme de aykırı olurdu. Bu bir çeşit fiyat denetimi olurdu ki, fiyat denetimi serbest piyasa sistemi ile bağdaşmaz. Öte yandan bankalar açısından baktığımızda bankaların uygulayacağı faizlerle ilgili olarak zaten gerekli alanlarda sınırlayıcı düzenlemeler bulunmaktadır. Bankalar bu düzenlemelere uygun davranmakla hukuka uygun bir faiz belirlemiş olurlar ve bunun denetimi de BDDK ve Merkez Bankası tarafından yapılmaktadır.

Bu fıkranın temelindeki gerekçe, piyasada özellikle tüketicilere sunulan mal ve hizmetler için ödenecek ücretlerin kapsamının belirlenmesinde zaman zaman sorun yaşanmasıdır. Tüketici bir sözleşme yaparken edineceği mal veya hizmeti bir bütün olarak algılar ve bunun ücretini ödediğini düşünür. Tüketicinin haklı olarak bir bütün olarak algıladığı ve tek fiyat biçtiği edimin daha sonra parçalara bölünmesi ve her bir parça için ek ücret talep edilmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır. Diğer taraftan bir sözleşme kapsamına giren bütün edimlerin, sözleşmenin asli fiyat pazarlığına dahil olduğu yorumu yapılır ve yan edimler için bir ücret talep edilmesi tümüyle engellenirse, bu durum fiyatların artmasına neden olacak ve tüketici aleyhine sonuç doğuracaktır. Yukarıda belirtilen nedenlerle bir sözleşmede neyin değiş tokuş dengesi içinde olduğu, neyin asli edim neyin yan edim olduğunun tespiti büyük önem taşır. Bu tespitin yapılabilmesi amacıyla üçüncü fıkrada, ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenlerin tüketiciden hangi durumlarda ek ücret talep edebileceğine dair düzenleme yapılmıştır.

Buna göre, ortalama bir tüketicinin kendisine sunulan edimin kapsamında saymakta haklı olduğu, ana sözleşme ücreti dâhilinde bu edimi de ödediğini düşündüğü hallerde ayrıca ücret talep edilemeyecektir. Burada kast edilen subjektif bir tüketici beklentisi değil, ortalama bir tüketicinin objektif, genel ve haklı bir algısıdır. Kanun'un gerekçesinde *"Bunun tespit edilmesinde ise yargı organlarına yol gösterecek olan iki kriter vardır."* denilerek sanki "sözleşmeyi düzenleyenin yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler" ve "sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar" tüketicinin kendisine sunulan edimin kapsamında saymakta haklı olup olmadığının kriterleri gibi sunulmuştur.

Oysa ki kanun hükmünde üç ayrı husus ek bedel alınamayacak konular olarak ayrı ayrı sayılmıştır:

Kanunun yasaklayıcı hükmüne göre kural olarak tüketiciden;

i- kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve

ii- sözleşmeyi düzenleyenin yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile

iii- sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez.

Cümlede yer alan "ve" ve "ile" bağlaçlarının kullanılış şeklinin kafa karıştırmaması gerekir. Burada önemli olan husus; tüketicinin normal olarak ödediği bedele dahil gördüğü konularda ek bedel istenemeyeceğinin, zaten yasal olarak sağlayıcı veya satıcının yükümlüğü olan bir bedelin ek bedel olarak tüketiciden talep edilemeyeceğinin ve ayrıca satıcı veya sağlayıcının kendi çıkarları doğrultusunda yaptığı harcamaların ek bedel olarak tüketiciden istenmesinin yasak olduğudur. Bağlaçların kullanım şekline rağmen burada üç ayrı hususun ek bedel alınması yasak olan hususlar arasında sayıldığını düşünüyoruz.

Nelerin asli edimin içine dahil olduğunu ve tüketicinin böyle bir durumu beklemekte haklı sayılması gerektiğini, örf ve adetler ile ticari hayatın olağan akışına göre tespit etmek gerekecektir. Bu konuda "haksız sözleşme şartları" ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalardan özellikle şaşırtıcı ve anlamı belirsiz hükümler hakkında söylediklerimiz de dikkate alınmalıdır. Gerçekten nelerin asli edim kapsamında, nelerin "ek bedel" kapsamında olduğunun tespiti oldukça zor olacaktır. Gerekçede aşağıda yer vereceğimiz örnekler sayılmıştır. Ancak bu konularda tereddüt doğduğunda bizim hukuk sistemimizdeki bilirkişilik müessesine başvurulacaktır.

Öncelikle, Kanun'da özel olarak düzenlenmiş sözleşmelerde, özellikle edim kapsamında sayılmış olan hizmetler için, ayrıca bir ücret talep edilmesi mümkün değildir. Örneğin; satım sözleşmesinde, devir ve taşıma giderleri için özel bir düzenleme vardır veya kira sözleşmesi sırasında ortaya çıkan kira konusunun ayıplarının kimin tarafından giderileceği veya temizlik ve bakım giderlerini kimin ödeyeceği bellidir. Kanun'da özel olarak düzenlenmemiş isimsiz sözleşmelerde ise, özel olarak düzenlenmiş sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkündür.

Üçüncü fıkranın değerlendirme için getirdiği ikinci kriter ise, mal veya hizmet sunanın, kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir ücret talep edemeyecek olmasıdır. Bu kapsamda, sözleşmeyi düzenleyenin kendisini belirli risklere karşı korumak için yaptığı masrafları, daha sonra tüketiciye yüklemesi hakkaniyete uygun değildir. Zira, başlangıçta sözleşme ücreti belirlenirken tarafların risk hesaplarının yapılıp, ona göre edimin belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla, bu değerlendirmede özellikle tarafların risk alanlarının da iyi tartılması gerekir.

Yukarıdaki açıklamaları bir örnek ile somutlaştırabilmek mümkündür. Örneğin, bir havayolu şirketinin asli edimi, yolcuların ve el bagajlarının taşınmasıdır. Ulaştırma sırasında verilen yemek ve içecek servisi, el bagajından daha büyük bagajların taşınması, uçak yolcularına sigorta yaptırılması ise yan edimlerdir. Bu kapsamda, sadece el bagajı ile uçan, yiyecek, içecek servisinden faydalanmayan ve sigorta yaptırmayan bir tüketicinin daha büyük bir bagajla uçan ve/veya yiyecek içecek servisinden faydalanan ve/veya sigorta yaptıran diğer bir tüketiciden daha ucuza uçmak

istemesi makul bir istektir ve havayolu şirketinin de bu imkânı tüketiciye sunması hakkaniyete uygundur[1].

Aşağıdaki haksız sözleşme şartlarına ilişkin açıklamalarda da görüleceği gibi, esasen asli edimlerin haksızlığı konusunda bir araştırma yapılmamaktadır. Dolayısıyla bu hükümde de asli edimlerle ilgili olarak bir yasaklama bulunmamaktadır. Yasaklama "ek" niteliğindeki yani sözleşmenin asli edimi durumunda olmayan tali edimlerle ilgilidir. Yukarıda sayılan üç hal dışında ek bedeller istenebilecektir. Yine aşağıda haksız sözleşme şartları ile ilgili kısımda da belirtileceği gibi asli edimler haksız sözleşme şartı denetimine tabi olmamakla birlikte tali edim niteliğindeki "ek bedel" içeren hükümler haksız sözleşme şartı denetimine tabi olacaktır. Bu itibarla eğer ek bedeller haksız sözleşme şartı niteliğinde ise böyle bir özel hüküm olmasa bile ek bedeller yasaklanabilecek ya da sınırlandırılabilecektir. Aşağıda bulunan yargı kararlarından da anlaşılacağı gibi Yargıtay, özellikle bu şekilde ek bedel niteliğinde ödemeler getiren sözleşme şartlarının haksız şart olduğunu kabul ederek bunların sadece yapılan gerçek masraflar varsa o durumda talep edilmesine, aksi halde talep edilemeyeceğine karar vermektedir.

2.3.2. Bankacılık Alanında Ek Bedel İsteme

Yukarıda da belirttiğimiz gibi TTK'nin 20. maddesine göre esasen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 144. maddesine göre bankaların gördükleri iş ve hizmetlerle ilgili olarak çeşitli menfaatler sağlayabileceği açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim buna dayanılarak çıkarılan 16.10.2006 tarih ve 2006/11188 sayılı Bakanlar Kurulu kararının 4/2. maddesinden bankaların bazı masrafları müşteriden alabileceği anlaşılmaktadır. Bu Bakanlar Kurulu kararına dayanarak Merkez Bankası tarafından çıkarılan 2006/1 sayılı Tebliğin 4. maddesinden de aynı şekilde masrafların alınabileceği anlaşılmaktadır.

Hangi ücretlerin alınabileceği hangilerinin alınamayacağı ile ilgili olarak bankacılık alanında çok fazla ihtilaf çıkmasının sebebi bu konuda bir boşluk olması değil, sözleşmede bu ücretlere yer verilmemesi, ücret alınacağı belirtilse bile miktarının yazılmaması, yazılmışsa bile tüketicinin bununla ilgili olarak bilgilendirilmemesi, yazının sözleşmenin içine gizlenmiş olması ve tüketicinin serbest iradesi ile bunu ödemeyi kabul etmemiş olması gibi sebeplere dayanmaktadır. Bu hususlara aşağıda yargı kararları eşliğinde değinilecektir.

Aşağıda yer alan hükümden de görülebileceği gibi TKHK'nin 4. maddesinin (3). fıkrası tacirlerin, bu arada bankaların da, gördükleri iş veya hizmet ile ilgili olarak ücret almasını yasaklamamakta sadece bazı durumlarda "ek bir bedel" istenmesini yasaklamaktadır. Neyin esas bedel neyin ek bedel olduğunun tespiti konusunda ise ciddi zorluklar bulunmaktadır. Bu nedenle bankacılık alanında alınabilecek ücret, masraf ya da komisyonlarla ilgili olarak BDDK'ye bir yetki verilmiştir.

Böylece hükmün birinci cümlesinde yer alan ve aşağıdaki yasakları getiren hüküm bankalar açısından uygulamada bir düzenlemeye tabi olmak anlamına gelecek, başkaca bir anlamı olmayacaktır.

1 Madde gerekçesinden.

Kanunun yasaklayıcı hükmüne göre kural olarak tüketiciden;

i- kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve

ii- sözleşmeyi düzenleyenin yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile

iii- sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez.

Bununla birlikte bankalar diğer kanuni şartlara da uymak kaydıyla BDDK tarafından alınmasına olanak tanınan ücret, masraf ve komisyonları yine onun izin verdiği ölçüde alabileceklerdir. Bu hüküm bankaların BDDK tarife kararında yer verdiği ücretlerin her halükarda alınabileceği anlamına gelmemektedir. Bunların alınabilmesi için kanunla getirilen diğer şartlara uyulması gerekmektedir. Örneğin; sözleşmenin yazılı yapılması, ön bilgilendirme formu verilmesi ve sözleşmedeki tüm ödemelerle ilgili olarak ayrı bir bilgilendirme yapılması gibi şartlara uyulmalıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Kanunun getirdiği yasak "ek bedel" ile ilgilidir. Yani görülen ana hizmetin ücretinin alınmasında bir sakınca yoktur, hüküm bununla ilgili değildir. Aksine ana edimler dışında kalan yan edim niteliğindeki diğer ücret, komisyon ya da masraflarla ilgilidir. Bankacılık alanında özellikle her türlü krediler ve kredi kartları ile ilgili olarak "ek bedeller" hakkında ihtilaf çıkmaktadır.

Gerçekten tüketici bir kredi aldığında buna karşılık ana edim olarak krediyi faizi ile birlikte geri ödemektedir. Kredi kartları söz konusu olduğunda, kullandığı paraları normal krediye göre daha yüksek olan faizlerle birlikte geri ödemektedir. Dolayısıyla bu ödemeler ana edim olarak görülmekte bunun dışında kalan, kredi kartı ücreti, dosya masrafı, erken ödeme ücreti, yeniden yapılandırma ücreti, ekspertiz ücreti, ipotek ücreti ve ipotek fek yazısı ücreti gibi ücretler ise yan ya da ek edim olarak görülmektedir.

Hüküm bu bedellerin istenmesine karşı çıkmamakta aksine bu ücretlerin hangisinin ne miktarda ya da hangi ilkeler çerçevesinde istenebileceğinin BDDK tarafından düzenlenmesini istemektedir.

Hükmün ikinci kısmında, bankacılıkla ilgili olarak özel bir düzenlemeye yer verilmiş bulunmaktadır. Kanun, bankacılık alanında neyin asli edim neyin yan edim olduğu konusunda çıkabilecek tartışmaları önlemek amacıyla, daha detaylı ve açık bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu fark edip bu konuda bir yönetmelik çıkarılması gerektiğine karar vermiştir. Bu çerçevede, banka ve benzer kuruluşların verecekleri hizmetlerde faiz dışında talep edecekleri ücret komisyon gibi bedelleri Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) belirleyecektir. BDDK bunu yaparken, özellikle Bakanlığın görüşünü alması ve Kanun'un ruhuna uygun olarak tüketiciyi koruyucu yönde düzenleme yapması gerekmektedir. Hükmün gerekçesinde bu konuda aşağıdaki açıklamalara yer verilmiştir: Bankacılık işlemlerinde asli edim, yan edim ve sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar konularında karara varmak çok da kolay olmayacaktır. Bankacılık işlemlerinde asli edim, yan edim ve sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masrafların neler olduğunun bankacılık sektörünün düzenleyici kurumu olan BDDK tarafından belirlenmesinin mevzuatı uygulayacak olanların işlerini kolaylaştıracağı ve çıkabilecek yorum farklılıklarını engelleyebileceği düşünülmektedir. Bu nedenle, bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar tarafından

tüketiciye sunulan ürün veya hizmetlerde tüketiciden faiz dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraflar ile bunlara ilişkin usul ve esasların Bakanlığın görüşü ile BDDK tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

TKHK'nin 4. maddesinin (8). fıkrasına göre; ***"(8) Bu Kanun tüm düzenlemeleri yönünden katılım bankalarını da kapsar. Uygulama, kâr payı dikkate alınarak yapılır."*** Böylece tüm bankalar açısından, hangi esaslara göre çalıştıklarına bakılmaksızın, tüketici sözleşmeleri bakımından aynı hükümler geçerli olacaktır.

Bankacılık alanında çıkan ihtilaflar genellikle bankaların ek bedel alamayacağı için çıkmamakta, aksine alacakları ek bedelleri sözleşmeye yazmamaları, ücret alınacağını yazsalar bile miktarını yazmamaları[2] ya da bu konularda tüketiciyi bilgilendirmek şöyle dursun tam tersi kanı uyandırdıkları gerekçeleri ile çıkmaktadır. Bu nedenle mahkemeler genellikle ek bedellerle ilgili olarak "haksız sözleşme şartı" denetimi yapmaktadırlar. Mahkemeler ek bedel alınmasına ilişkin hükümlerin haksız şart olduğunu kabul ettikten sonra ya bu bedelin alınamayacağına ya da daha genel olarak sınırlandırılmış bir şekilde alınabileceğine karar vermektedirler. Bu sınırlamalar özellikle masraflarla ilgili olmaktadır. Mahkemeler, bankaların belirli bir konuda masraf yaptıkları gerekçesi ile ek bedel istedikleri durumlarda bu masraflarını alamayacaklarına değil, yaptıkları masraf kadar alabileceklerine karar vermektedir. Bu itibarla bankanın yaptığı masrafı belgelendirdiği durumlarda, mahkemeler bankanın o miktarda masraf yaptığını kabul ederek bunun istenmesine olanak tanımaktadır.

Ancak hemen belirtelim ki böyle bir yaklaşım farklı kararların çıkmasına sebep olmaktadır. Çünkü bazı bankalar yapılan masrafları dış şirketlere yaptırdıkları için onların kestikleri faturalarla yaptıkları masrafları kolayca kanıtlamaktadırlar, diğer bazıları ise aynı hizmeti veren bölümler kurarak hizmeti kendi içlerinde hallettiklerinden mahkemeye böyle bir belge gösterememektedirler. Bu durumda bankaların yargı kararları doğrultusunda birçok hizmeti dış kaynak kullanarak temin etmeleri eğilimi doğacaktır.

Ancak BDDK tarifesine bağlanmış olan ücretler açısından böyle bir sakınca artık bulunmamaktadır.

Aşağıda örneklerini vereceğimiz yargı kararlarının uygulanma kabiliyeti ancak bankaların ek bedel istemeye ilişkin olarak kanunda yazılan diğer şartlara uymamaları halinde söz konusu olacaktır. Bankalar bu kanunda belirtilen şartları yerine getirdikleri taktirde BDDK tarifesinde yer alan ek bedelleri alabileceklerdir. Uymadıkları zaman ise genellikle haksız sözleşme şartı denetiminde ek bedellere ilişkin bu güne kadarki yerleşmiş yargı kararları devreye girecektir.

Bugüne kadarki dosya ve sigorta masrafları ile ilgili yargı kararları incelendiğinde sözleşme nedeniyle yapılan zorunlu masrafların talep edilmesine her zaman olanak tanındığı görülmektedir[3].

2 Yargıtay 13. HD 10.02.2011 tarih E.2010/11726 K.2011/1870 sayılı kararında sözleşmede belirtilmeyen dosya masrafının iadesi gerektiğine karar verilmiştir.

3 13 HD 27.06.2011 tarih E.2011/3576 K.2011/10221 sayılı; 01.03.2012 tarih E.2012/1386 K.2012/5231 sayılı kararları.

Ancak zorunlu olmayan masraflara ilişkin olarak genel kural bunların haklı, makul ve belgeli olması halinde talep edilebileceği şeklindedir[4].

Yargıya giden tüketici sorunları arasında yer alan ekspertiz ücretinin alınıp alınamayacağı meselesi de bir diğer konudur. Yargıtay diğer masraflarla ilgili kararlarındaki gibi zorunlu, makul ve belgeli olup olmadığını araştırmaktadır[5].

Bankalar ipotek tesis ve fek ücreti adı altında ücretler almaktadırlar. Yargıtay bu konuda da diğer masraflar gibi zorunlu makul ve belgeli olması halinde bu ücretlerin istenmesine de olanak tanımaktadır[6].

Ancak Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 03.07.2014 Tarih, 2014/22343 E. ve 2014/22630 K. Sayılı Kararı ile; ipotek tesisi ve fekki işlemleri için sunulan avukat serbest meslek makbuzunun fatura olarak kabul edilemeyeceği, keza bu işlemlerin banka çalışanları tarafından yapılması mümkün iken serbest bir avukata yaptırılmasının makul kabul edilemeyeceğine karar vermiş olup bu yaklaşım son derece isabetsizdir. Zira yargı yerleri uyuşmazlıkların esasını ele alırken kanun koyucunun ve düzenlemenin amacını göz önünde bulundurarak uyuşmazlığı çözümlemelidir. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin istikrarlı içtihatlarına göre; Bankaların tacir olduğu ve yukarıdaki ilkelere uygun biçimde yaptıkları ***belgelendirilebilen masrafları*** tüketiciden isteme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu yaklaşımın amacı tüketici ve tacir banka arasındaki dengeyi sağlayarak, hem tüketiciyi gerçekten yapılmayan ve aşırı masraf taleplerinden korumak hem de tacir olan bankanın gerçekten yaptığı masrafları ifa ettiği hizmet doğrultusunda talep edebilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak Yargıtay, yukarıda yer verilen kararda öncelikle avukat serbest meslek makbuzunun fatura olarak kabul edilemeyeceği gerekçesini öne sürmüştür. Yargıtay'ın bu yaklaşımı amaca uygun değildir. Zira buradaki amaç masrafın gerçekten yapılıp yapılmadığının belirlenmesi iken şekli bir değerlendirme ile masrafa ilişkin sunulan belgenin fatura niteliğinde olmadığı gerekçesiyle kabul edilmeyeceği doğru bir yaklaşım değildir. Nitekim görülen hizmet ve hizmete ilişkin tutar serbest meslek makbuzu ile belgelendirilmiş ve hizmet karşılığında masrafın yapıldığı ispatlanmıştır. Bu noktada olması gereken yaklaşım masrafın belgelendirilerek ispatlanabilmesi olmalıdır. Belgenin niteliğinin sadece fatura olduğu durumlarda kabul edilmesi şeklindeki yaklaşım ulaşılmak istenen amaca uygun olmayıp taraflar arasındaki dengenin bozulmasına yol açacaktır. Nitekim her işletme ifa ettiği hizmet karşısında fatura kesmemekte olup, gider pusulası veya karara konu uyuşmazlıkta olduğu gibi serbest meslek makbuzu kesen işletmeler aracılığı ile yapı-

4 KARA, İlhan; "Bireysel Bankacılık İşlemleri Alanında Tüketici Hakları Kanuna Aykırı Uygulamalar ve Çözüm Yolları" İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı Cilt:88 Sayı: 11SSN 1304737, İstanbul 2014 s.93 vd.

5 Yargıtay 13 HD 07.05.2013 tarih E.2013/7135 K.2013/11719; 26.03.2013 tarih E.2013/137, K.2013/7655

6 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin E.2012/12577, K:2012/16238 sayılı kararında; "Tek taraflı olarak standart sözleşmeye konulan ve tüketici ile ayrıca müzakere edildiği ispat edilemeyen "ipotek fek" ücreti alınacağına dair maddeler haksız şart olup, tüketici için bağlayıcı değildir." şeklinde karar verilmiş, benzer şekilde Daire'nin E.2012/9039, K.2012/12890 sayılı kararında da; "İpotek fek ücretinin tahsili yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı olup, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirir." denmiştir.

lan masrafların karşılıksız kalması sonucuna yol açacağı görülmektedir. Bu bağlamda yargı yerleri tarafından ek bedellere yönelik yapılacak incelemelerde yapılan masrafın ispatlanmasınının şekli bir biçimde sadece faturanın esas alınmaması aynı zamanda ispat gücüne haiz diğer belgelerin de kabul edilmesi ve masrafın gerçekten yapıldığının ispatlanabilir olması esas alınmalıdır.

Yukarıda yer vermiş olduğumuz Yargıtay kararında bir diğer dikkat çekici nokta ise ipotek tesisi ve fekki işlemleri için bankanın kendi personeli yerine bir avukattan hizmet almasının makul olmadığı gerekçesidir. Öncelikle Yargıtay'ın bu yaklaşımı Anayasamızın 48. maddesinde düzenlenen Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti'ne aykırı olup hürriyetin gereğinden fazla kısıtlanması niteliğindedir. Zira her teşebbüs hizmeti nasıl ve ne şekilde ifa edeceğini belirleme serbestisine sahip olup, söz konusu hizmetin görülmesi hususunda neyin makul olup neyin makul olmadığını kar-zarar hesabına göre işletmenin kendisi takdir etmeli ve hizmeti ifa etmelidir. Yargı yerleri tarafından hizmetin görülüş biçiminin ve yönteminin yerindeliğinin değerlendirilmesi ve bu konuda karar verilerek hizmetin görülüş yönteminin belirlenmesi yargı yetkisinin sınırlarının aşılması ve yukarıda da ifade edildiği üzere çalışma ve sözleşme hürriyetinin gereğinden fazla kısıtlanması niteliğinde olacaktır. Nitekim böyle bir yaklaşım ile hizmetin görülüş biçiminin ve yerindeliğinin yargı yeri tarafından takdir edilmesi liberal ekonomik sistemimiz ile taban tabana zıt bir yaklaşım olup, müdahaleci devlet anlayışının bir yansıması olarak görülebilecektir. Bu bağlamda yargı yerleri tarafından böyle bir denetimden kaçınılmalı ve tacir olan bir işletmenin göreceği hizmeti hangi yöntemle ifa edeceğine ve bu yöntemin isabetli olup olmadığına yargı yeri tarafından karar verilmemelidir. Nitekim bu anlayışın tüketicinin korunması ve taraflar arasındaki dengenin sağlanması ile bağdaştırılabilmesi de mümkün değildir. Zira yargı yeri yukarıdaki şekilde verilmiş bir kararla tüketiciyi korumaktan çok bir tacirin gördüğü hizmeti ne şekilde göreceğine karar vermekte olup, bu yaklaşımın yargı denetimi ile bağdaştırılabilmesi mümkün değildir. Liberal ekonomik sistemimiz çerçevesinde bir hizmetin ne şekilde görüleceğini tacirler ve işletmeler kendi ticari kararları doğrultusunda belirlemelidir.

Tüm bu kararlar ve tartışmalar 6502 sayılı Kanun'la önemli ölçüde önlenmiş bulunmaktadır. Bundan sonra bankalar tarafından alınacak olan ücret, komisyon, masraf vs. gibi faiz dışında kalan ek bedellerin neler olacağı ve ne miktarda istenebileceği BDDK tarafından belirlenecektir. Nitekim BDDK bir yönetmelik yayınlamıştır. Yönetmelik ile ilgili açıklamalar bu bölümün son kısmı olarak yer almaktadır[7].

1.4. ÜCRET VE MASRAF BİLGİLERİNİN AYRICA VERİLMESİ

TKHK 4(4) hükmü tüketicinin bilgilendirilmesi açısından önemli bir düzenleme getirmiştir. Buna göre; ***"(4) Bu Kanunda düzenlenen sözleşmelere istinaden tüketiciden talep edilecek her türlü ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin, sözleşmenin eki olarak kâğıt üzerinde yazılı şekilde tüketiciye***

7 Yönetmelik taslak halindeyken yapılmış bir çalışma için bkz. TEKİN, Selin; Mevzuat ve Yargıtay Kararları Işığında Bireysel Kredi Sözleşmelerinde Masraf ve Komisyon Uygulamaları; Hukuk Müşavirliği Bireysel ve Özel Bankacılık Hukuk Müşavirliği İstanbul, 2014 s. 23 vd;

verilmesi zorunludur. Uzaktan iletişim aracıyla kurulan sözleşmelerde ise, bu bilgiler kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde verilir. Bu bilgilerin tüketiciye verildiğinin ispatı sözleşmeyi düzenleyene aittir."

Özellikle, bankacılık ve elektronik haberleşme sektöründe kullanılan sözleşmeler gibi tip sözleşmeler, çok kapsamlı ve anlaşılması zor olan sözleşmelerdir. Ücret ve masrafların, bu sözleşmelerin içerisinde tüketiciler tarafından fark edilebilmesi son derece zor olmakta ve bu nedenle tüketiciler mağduriyet yaşamaktadırlar. Dördüncü fıkrada yer alan düzenleme ile tüketicilerin, imzaladıkları sözleşmeye istinaden ödemekle yükümlü olacağı ücretler konusunda açıkça bilgi sahibi olmaları, kendilerine sunulan teklif ile piyasadaki diğer seçenekleri karşılaştırabilmeleri, böylece satın alma kararını daha bilinçli bir şekilde verebilmeleri amaçlanmıştır[8]. Bu hükme uyulmaması halinde idari para cezası verilmesi mümkündür.

1.5. TÜKETİCİDEN KIYMETLİ EVRAK ALINMASI

TKHK 4(5) hükmünde, tüketiciden sadece nama yazılı senet alınabileceği ve bu senetlerin de her bir taksit için ayrı ayrı düzenlenmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Aksine hareket edilmesi durumunda, kıymetli evrak niteliğindeki senetler tüketici yönünden geçersiz olacaktır. Geçersizlik, sadece tüketici yönündendir. Bu durumda, senedi ciro yoluyla devralanlar ve lehtar açısından böyle bir geçersizlik söz konusu değildir. Senet, geçerli olarak piyasada dolaşacaktır. Ancak sorumlular silsilesi içinde, sadece tüketici geçersizlik iddiasında bulunarak senedi ödemekten imtina edebilecek, diğerleri ise böyle bir hususu ileri süremeyecektir. Böylece, kıymetli evrakın mücerretliği ilkesine uyum gösterilirken, bir yandan da tüketici korunmaya çalışılmıştır.

1.6. SAHSİ TEMİNATLARIN DURUMU

TKHK 4(6) hükmüne göre; ***"(6) Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır. Tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatlar diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılır."*** Böylece sadece tüketici değil, tüketiciye şahsen teminat veren kişiler de korunmaya çalışılmaktadır. Nihayetinde onlar da birer tüketicidir. Bu şekilde, işlemin tarafı olarak tüketiciyi koruyucu hükümler getirirken, ona şahsi teminat veren kişileri aynı şekilde korumamak Kanun'un amacına ters sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Bu nedenle, tüketiciye her ne ad altında olursa olsun şahsi teminat verilmesi halinde, bu teminatlara TBK adi kefalet hükümleri uygulanacaktır.

Öte yandan tüketiciye karşı verilen şahsi teminatlar ise aksi sözleşmede belirtilmedikçe müteselsil kefalet sayılacaktır. Böylece tüketici, alacakları bakımından daha güçlü bir şekilde korunmuş olacaktır.

8 Madde gerekçesinden

1.7. BİLEŞİK FAİZ YASAĞI

Bileşik faiz, işlemiş faizin ana paraya katılmak suretiyle tekrar faiz işletilmesi anlamına gelmektedir. Bu durumda, önceden işleyen faize de faiz işletilmiş olmaktadır. Eğer bileşik faize izin verilirse, tüketicinin borçları katlamalı bir şekilde artmakta ve tüketici tarafından ödenebilme ihtimali ortadan kalkmakta, hatta çoğu zaman tüketicinin ekonomik ve sosyal bakımdan mahvına sebep olmaktadır. Kanun, isabetli bir şekilde bileşik faizi net bir şekilde yasaklamıştır. Bu yasak, temerrüt halinde de geçerli olacaktır.

2. GENEL İŞLEM ŞARTLARI VE TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR

2.1. GENEL OLARAK

Günümüzde ulaşılan kütlesel üretim, sözleşmelerin de kütleselleşmesine yol açmıştır. Yığınlara mal ve hizmet sunan işletmeler ve bunların birlikleri, bu sözleşmelerden aleyhlerine olarak çıkabilecek sorunları bertaraf edebilmek için, uzman hukukçularına, çeşitli sözleşme tipleri hazırlatmaya başlamışlardır[9]. Bu form sözleşmeler, genellikle, çok uzun metinler halinde, küçük yazılarla ve alıcının anlamayacağı bir dille yazılmıştır. Bu sözleşme şartları, genellikle satıcının sorumluluğunu sınırlayıcı veya ortadan kaldırıcı sürpriz sonuçlar doğurur. Tüketici genellikle, bu sözleşme koşullarını okuyacak zamana ve bilince sahip değildir. Okusa bile bir şey anlamayacaktır.

Hatta uzman hukukçular için dahi, fark edilmesi zor tuzaklar bulunmaktadır. Bu nedenle, alıcı ile satıcı arasındaki anlaşma genellikle, sadece edim ve karşı edim üzerinde olmakta, diğer hususlar ise Genel İşlem Şartları (GİŞ) içinde düzenlenmiş olduğundan, satıcı tarafından diğer tarafa dikte edilmiş olmaktadır[10]. İşte bu şekilde haksız ve tek yanlı olarak hazırlanmış sözleşme koşullarına karşı tüketicinin korunması gerekmektedir.

Çeşitli ülkelerde ve Avrupa Topluluğu'nda genel olarak haksız sözleşme koşullarına karşı tüketicinin korunmasına yönelik bir yasal düzenleme yanında, çeşitli sözleşmelerdeki haksız koşullara karşı tüketicinin korunması için özel düzenlemelere de yer verilmiştir. TKHK, haksız sözleşme koşullarına karşı tüketicinin korunması amacına yönelik olarak "genel" bir düzenleme getirmiş, tüketici özel sözleşmelerini de ayrıca düzenlemiştir[11]. Getirilen bu yeni düzenleme, büyük ölçüde AB Konsey Yönergesinden esinlenmiştir. Aşağıda, öncelikle genel işlem şartları ve sonra TKHK'nin 5. madde hükümleri üzerinde durulacaktır. Çeşitli sözleşme tipleri için getirilen düzenlemelere ise, takip eden bölümlerde yer verilecektir.

9 HAVUTÇU, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması; Güncel Yayınevi, İzmir 2003, s. 2 vd.

10 HAVUTÇU, s. 7

11 Başlığın "Tüketici İşlemlerindeki Haksız Kayıtlar" veya "Tüketici İşlemlerinde Haksız Genel İşlem Koşulları" olmasının daha yararlı olacağı ileri sürülmüştür. DEMİR(Yenilikler), s. 213

2.2. GENEL İŞLEM ŞARTLARI

GİŞ, 19. yüzyıldaki endüstri devriminin ortaya çıkardığı üretim artışının, sözleşmeler hukuku alanındaki yansımasıdır. Seri halindeki üretim ve sürüm, önceleri bireysel olarak yapılan sözleşmelerin bir örnekleşmesini ve ussallaştırılmasını zorunlu kılıyordu. Tıpkı makine üretiminin, münferit üretimi seri halde yapılan üretime dönüştürmesi gibi, bundan böyle bireysel sözleşmeye her zaman için geçerli olacak biçimde hazırlanan "genel şartlar" ekleniyordu[12]. Bu yöntemin yararı, pazarlığı önleyerek vakit kazanmak ve belirli ticaret kollarında aynı ve benzer sorunlar ortaya çıkacağına göre, yeknesaklığı ve gelişmeyi sağlamaktır denebilir. Tehlikeli nitelikleri ise, kuvvetli ve örgütlenmiş satıcının karşısında, zayıf ve ihtiyaç sahibi tüketiciyi "ya kabul et, ya da mukaveleden vazgeç" diktası ile karşı karşıya bırakmasıdır[13].

Tüm satıcıların aynı şekilde davrandığı varsayılacak olursa, tüketicinin, GİŞ'i kabul etmekten başka çaresinin kalmayacağını, GİŞ kullanma alışkanlığının, tüketicinin seçme özgürlüğünü kısıtladığını, hatta ortadan kaldırdığını düşünebiliriz. Örneğin, tüketici kredisi almak isteyen bir tüketici, hangi bankaya giderse gitsin birbirine benzeyen standart sözleşmeleri imzalamak zorunda kalacaktır.

Böylece, sözleşmenin taraflarının sözleşme koşullarını serbestçe tartışarak üzerinde anlaşmalarını öngören "sözleşme serbestisi", yerini, bir tarafın sözleşmeye bağımlılığına bırakmaktadır[14]. Bu şekilde önceden, tek yanlı olarak düzenlenmiş olan sözleşmelere "genel şartlar", "kütle sözleşmeleri", "iltihaki sözleşmeler"[15], "standart sözleşmeler"[16] gibi isimler verilmiş olmakla birlikte, doktrinin çoğunluğu ile birlikte "genel işlem şartları" kavramını yeğ tutuyoruz[17]. Bununla birlikte, Kanun, AB mevzuatında olduğu gibi "haksız sözleşme koşulları" kavramını kullanmıştır. Bu kavram, tüketici sözleşmeleri bakımından GİŞ'i de içine almakta, fakat daha geniş bir anlam ifade etmektedir.

12 REHBİNDER, Manfred; (Çev. Ömer TEOMAN) "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması" İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası C.42, 1977, s. 641

13 POROY, Reha; "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları" Arslanlı'ya Armağan, 1979, s. 532

14 REHBİNDER, s. 643

15 Yargıtay bir kararında iltihaki sözleşmelerle ilgili olarak şu tespitleri yapmıştır. "İltihaki sözleşmeler ; (Contrada d'addesion) bir kamu hizmeti ifa edip , hukuken veya eylemli olarak tekel durumu arz eden ve tüketicinin bağlanması gereken (nakliye müesseseleri , elektrik , havagazı , doğal gaz , PTT sözleşmeleri gibi) standart hükümleri içeren ve tüketicilerin olduğu gibi bağlanmak zorunluluğunda kaldığı sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde , taraflardan biri olan idare , önceden sözleşme koşullarını hazırlayarak bir icap şeklinde , umuma arz eder ve hizmetten yararlanma ihtiyacı içinde olan yurttaş bunların zimnen kabul etmek suretiyle bağlanır. Genel koşulları önceden tespit eden taraf , bunlarda değişiklik yapma olanağına sahiptir. Ekonomik bakımdan güçlü olduğu için karşı tarafın ileri sürebilece-ği değişiklikleri kabule yanaşmaz. Bu durumda taraflardan birinin kendi şartlarını diğerine dikte etmesi-ne yol açan bir sözleşme özgürlüğü ; özgürlük olmaktan çıkıp bir ayrıcalık halini kazanır. (Bkz 5.4.1944 gün ve 12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı , Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlü-ğünün Bu Açıdan Sınırlanması . Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Ankara-1977, sh 24 vd.)" YARGITAY 13. HD. 18.3.1996-E. 1784/K. 2495

16 "Bu tür (yani genel işlem şartlarının kullanıldığı) sözleşmelere "standart sözleşmeler" denmektedir. Bazı Yargıtay kararlarında standart sözleşme terimiyle eş anlamlı olarak "iltihaki sözleşme" terimi de kullanıl-

Demek ki, sözleşme özgürlüğü ilkesi, tüketici aleyhine olarak bozulmuş bulunmaktadır. Bu durumda, hukukun bozulan bu dengeyi düzeltmesi ve tüketicinin bozulan bu dengeden doğabilecek zararlara karşı korunması gerekmektedir. Ekonomik bakımdan güçsüz ve örgütlenmemiş olan tüketicilerin bu gibi sözleşme koşullarının onlar lehine yorumlanması veya hükümsüz sayılması suretiyle korunması yolunda Alman ve İsviçre mahkeme içtihatları büyük ilerlemeler göstermiştir[18]. Daha sonraki yıllarda ise, bu konuda yasalar çıkarılmaya başlanmıştır. Örneğin, İngiltere'de daha 1977 tarihinde "Haksız Sözleşme Koşulları Kanunu" adıyla bir Kanun çıkarılmış bulunmaktadır[19]. Almanya'da da 1977 tarihinde GİŞ'e ilişkin kanunla konu düzenlenmiştir[20]. GİŞ, Alman Kanunu'nda "çok sayıda sözleşmeler için önceden formüle edilen ve sözleşmenin kurulması sırasında taraflardan birinin (kullananın) diğerine koştuğu şartlar" olarak tanımlanmıştır. GİŞ, Danimarka'da 1975, İsveç'te 1976 yılında birer kanunla düzenlenmiş bulunmaktadır. Avrupa Topluluğu'nda konu uzun yıllardan beri tartışılmış ve sonunda, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullar Hakkında 5 Nisan 1993 tarihli Konsey Yönergesi" ile düzenlenmiştir[21]. Avrupa Topluluğu, böyle bir Yönerge ile, konuyu tüketici açısından GİŞ'i de kapsayacak şekilde düzenlemiş olması nedeniyle, artık üye ülkeler milli mevzuatlarını buna uydurmak zorundadırlar. Yönerge en geç 31 aralık 1994 tarihine kadar Üye Devletlerin bu Yönergeye uygun hükümleri yürürlüğe sokmalarını amirdir (m.10).

GİŞ, taraflardan birinin, ileride kurulacak bir sözleşmeye dahil edilmek üzere, henüz daha sözleşme kurulmadan önceki aşamada, sözleşme içeriğini tek başına belirleyip, bunu bir düzenlemeye bağladıktan sonra, bu içerik üzerine hiçbir etkisi olmayan diğer tarafa (sözleşene, karşı akide) sunduğu kayıt ve koşullardır[22]. Ülkemizde, genel hükümler arasında GİŞ sorunu ile ilgili düzenlemeler, TBK ve TKHK'da yer almaktadır.

---

maktadır. Oysa standart sözleşme, iltihaki sözleşme terimini de içine alan daha geniş bir kav-ramdır. İltihaki sözleşmeler, bir kamu hizmeti ifa edip hukuken ve eylemli olarak tekel durumu arz eden (su, elektrik, doğal gaz, taşıma hizmetleri gibi hizmetleri veren) teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmeleri ifade eder." ZEVKLİLER, s. 45; AKİPEK ise, standart sözleşmelerle iltihaki sözleşmeleri aynı görmekte GİŞ'i ise farklı görmektedir. Kavramlar üzerinde de tam görüş birliği bulunmamaktadır. s. 224 İltihaki sözleşme ve standart sözleşme, sözleşmenin tamamının önceden hazırlanmış olması anlamına gelmektedir. GİŞ ise bu yönden ikisinden de ayrılır, GİŞ, sözleşmenin bir kısmını oluşturur tamamını değil. Bu yüzden sözleşmeye ayrıca dahil edildiğinin belirtilmesi gerekmektedir.

17 BUDAK, Ali Cem; "Mukayeseli Hukukta Tüketicinin Gayri Adil Sözleşme Hükümlerine ve Özellikle Genel İşlem şartlarına Karşı Korunması" Yasa Hukuk Ve İçtihat Dergisi 14(16) 6. 1991, s. 765; HAVUTÇU, s. 12 vd.

18 TANDOĞAN, Haluk; "Yürürlüğe Girişinin Ellinci Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme" Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1976, s. 25

19 Kanun metni için bkz. ROSE,F.D.;Blackstone's Statutes on Commercial and Consumer Law; 1995-6, 4th Edition London s.220 (Unfair Contract Terms Act 1977)

20 REHBİNDER; agm, s.615 vd; BUDAK, agm, s.769; TANDOĞAN, Haluk; Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması; Ankara 1977, s. 27 vd

21 93/13/EEC Official Journal L 95/29

22 DEMİR (Yenilikler), s. 214

2.3. HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTLARI VE GENEL İŞLEM ŞARTLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN UYGULAMA ALANI

2.3.1. Genel Olarak

GİŞ düzenlenirken bu düzenlemelerin kapsamının ne olması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bazı ülkeler, nihai tüketicilerin taraf olduğu tüketim sözleşmelerini ticari sözleşmelerden ayırmakta ve GİŞ'e ilişkin koruma sadece tüketim sözleşmelerine uygulanmaktadır. Bazı ülkelerde ise sadece nihai tüketicileri değil, ekonomik bakımdan güçsüz olan tacirleri de koruma kapsamına almaktadırlar[23]. Bundan başka, GİŞ alanındaki düzenlemeler çeşitli hukuk alanlarında uygulanmamaktadır. Örneğin; aile hukuku, miras hukuku, iş hukuku, şirketler hukuku gibi alanlar dışarıda bırakılmaktadır[24].

Konsey Yönergesi'nde, bu konuda açık bir hüküm olmamakla birlikte, 13. gerekçede bu hususlardaki sözleşmelerin doğal olarak yönerge kapsamı dışında olacakları belirtilmiştir.

Alman Kanunu'nda elektrik, su, gaz verilmesi, uzaktan ısıtma gibi kamu hizmetlerini gören kuruluşların, bu hizmetlerine ilişkin genel şartlar idare hukuku alanına girdiğinden, Kanun kapsamı dışına çıkarılmışlardır. Konsey Yönergesinde ise böyle bir ayrıma yer verilmeyerek, "taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu, mal veya hizmet sağlanmasına ilişkin her türlü sözleşme"nin bu yönergenin kapsamına gireceği düzenlenmiştir. Mal veya hizmet temin edenin özel sektöre veya kamu sektörüne ait olması durumu değiştirmez[25] (m.1 ve m.2/c).

6502 sayılı Kanun'la getirilen 5. maddede açıkça, haksız sözleşme koşullarına ilişkin bu düzenlemenin, sadece tüketici işlemlerine ilişkin olduğunu vurgulanmaktadır. Gerçekten, 5. maddenin 1. fıkrasında "tüketici ile müzakere edilmesinden", "tüketici aleyhine dengesizlik yaratılmasından" bahsedilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, "tüketiciyle akdedilen sözleşmelerden" söz edilmektedir. Esasen ilgili Kanun'un adı da "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun" olduğuna göre, 5. maddenin bu ifadeleri karşısında, haksız sözleşme koşullarına ilişkin düzenlemelerin, sadece tüketici işlemlerine uygulanacağını kabul etmek gerekmektedir. Kanun'da yer alan satıcı ve sağlayıcı tanımlarına göre, satıcı veya sağlayıcının kamu tüzel veya özel hukuk tüzel kişisi olmasının bir farkı yoktur. Bununla birlikte yeni TBK zaten sözleşmede yer alan haksız ticari koşullar hakkında detaylı sayılabilecek düzenlemeler getirmiş bulunmaktadır. TKHK'nin 5. maddesini incelerken TBK hükümlerine de değinilecektir.

---

23 BUDAK, agm, s.775; "Ancak tacirler arasında da pazarlık imkanının çok sınırlı olduğu hallerde, ki bu küçük ve orta ölçekli işletmeler için düşünülebilir. GİŞ karşısında özel bir koruma gereği istisnai olarak kabul edilebilir. Örneğin bu tür işletmenin bankadan kredi alması durumunda sözleşme koşullarına müdahale etme imkanını hiç bulamamış olması mümkündür. Bu durumda istisnai hallerde tacirlerin de burada teklif edilecek olan denetim yöntemlerinden faydalandırılması mümkündür." ATAMER, s. 57

24 REHBİNDER, agm, s. 615; TANDOĞAN, Tüketicilerin Korunması, s. 29

25 Yönergenin 2. maddesi tanımlara ayrılmıştır. Burada yapılan tüketici ve satıcı veya sağlayıcı tanımları şu şekildedir. (b)tüketici bu yönerge kapsamına giren sözleşmelerde ticari, mesleki veya işleriyle ilgili amaçlar dışında kalan amaçlarla taraf olan gerçek kişi anlamına gelir. (c) satıcı veya sağlayıcı bu yönerge kapsamına giren sözleşmelerde, ticari, mesleki veya işleriyle ilgili amaçlarla taraf olan, kamuya veya özel kişilere ait, gerçek veya tüzel kişiler anlamına gelir. Görüldüğü gibi yönerge tüketiciyi sadece gerçek kişiler olarak kabul etmektedir.

2.3.2. Tüketici İşleminin Çeşidine Göre

Öte yandan, Kanun'un 5. maddesinin 1 ve 2. fıkrasından sözleşmenin taraflarından birisinin tüketici olması gerektiği açıkça anlaşılmaktayken, diğer tarafa ilişkin bir açıklık yoktur. Nitekim ikinci fıkrada "tüketiciyle yapılan sözleşmelerde yer alan" denmektedir. Bu nedenle, örneğin; tüketici kredisi sözleşmelerinde, kredi kartı sözleşmelerinde vb. sözleşmelerde yer alan haksız şartlara da bu hüküm uygulanacaktır. Bu nedenle sözleşmenin karşı tarafı ile ilgili herhangi bir kısıtlama yoktur.

Nitekim TKHK 5(5) hükmüne göre; ***"Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır."*** Demek ki herhangi bir tereddüde düşmemek adına, imtiyaz ya da izin gibi bir kamusal yetki ile faaliyetlerini yürüten kişi ve kuruluşlar da, (tüketici ile işlem yapan diğer taraflar gibi) bu hükümlere tabi olacaklardır. Bu durumda elektrik ve doğal gaz dağıtım ve perakende şirketleri, Türk Telekom ve GSM operatörleri ve belediyelerin su idareleri gibi yaygın bir şekilde kamu hizmeti sunan kişiler de bu hükümlere tabidirler.

2.3.3. Sözleşme Şartlarının Konusuna Göre

TKHK 5. maddesinin 7. fıkrasına göre ***"Sözleşme şartların haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki, hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz."*** Aynı doğrultuda bir hüküm, Konsey Yönergesi'nin 4. maddesinin 2. fıkrasında da yer almaktadır.

Bu hükümler, haksız sözleşme şartlarının denetimi ve değerlendirilmesi kapsamına "tarafların sözleşmeden doğan ana edimlerinin karşılaştırılmasının" girmeyeceğini belirtmektedirler. Yani, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin değeri ile bunun için tüketicinin sözleşmeye göre ödediği bedel karşılaştırılarak örneğin; fahiş bedel alındığı vb. değerlendirmeler yapılamayacaktır. Böyle bir değerlendirmenin rutin fiyat denetimine dönüşmesi olasılığı bulunmaktadır. Böyle bir fiyat denetiminin ise kabul edilen ekonomik sistemin özü ile çelişeceği açıktır. Ancak, yine de her iki hükümde de sözleşmenin ana konusu ve tarafların ana yükümlülükleri olarak sağlanan mal veya hizmetin tanımının ve bunun için ödenen bedelin açık ve anlaşılır bir şekilde yazılmış olması halinde, bu durumun değerlendirmenin dışında tutulacağı vurgulanmaktadır. Bu konuda da anlam belirsizliği olduğu takdirde, yine bir değerlendirme yapılması söz konusu olabilecektir.

Başka bir deyişle, sözleşmenin ana konusunu teşkil eden mal veya hizmetin tanımı ve buna karşılık ödenen karşılığı düzenleyen sözleşme şartları, açık ve anlaşılır yazılmış olmak şartıyla haksız sözleşme şartlarının denetlenmesine ilişkin hükümlere tabi olmayacaktır.

Gerek Alman (AGBG § 8), gerekse AB hukukunda, GİŞ içeriği olmasına rağmen, özellikle iki çeşit hüküm türünün denetim dışı kaldığı dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki hukuki bir düzenlemeyi aynen GİŞ içine aktaran kayıtlar, ikincisi de edim/karşı edim dengesini ilgilendiren kayıtlardır[26]. Yukarıda belirttiğimiz gibi, edim karşı edim dengesini ilgilendiren hususlarda 6502

26 ATAMER, s. 217

sayılı Kanun'a getirilen düzenleme AB düzenlemesine paraleldir. Ancak, Konsey Yönergesi'nin 2. maddesinde yer alan *"üye devletlerin emredici yasaların veya düzenlemelerin hükümlerini yansıtan koşulları, bu yönerge hükümlerine tabi değildir"* şeklindeki hükmün bir benzeri, 6502 sayılı Kanun'da bulunmamaktadır. Esasen, AB Direktifi'nde yer alan bu hüküm emredici hükümlerden bahsetmektedir. Emredici olmayan hükümlerin GİŞ içine katılarak karşı tarafın haklarında dengesizlik yaratılması halinde ise 5. madde ile getirilen ve aşağıda açıklayacağımız denetimin yapılabilmesi gerekir. Emredici olan hükümlerin GİŞ içine alınması ise herhangi bir dengesizlik yaratmayacaktır. Şu kadar ki, bu emredici hükmün, amacına uygun olmayan bir sözleşmede sırf karşı tarafın haklarını sınırlayabilmek gayesi ile GİŞ içine alınması halinde dahi, hakimin bu hükmü değerlendirmesi mümkündür. Çünkü, Kanun'un 5. maddesi de emredici mahiyette bir hüküm içermektedir. Bu hükmün uygulanması şartları arasında, GİŞ içinde yer alan emredici hukuk kurallarının yansıması olan şartların denetim dışında tutulacağına dair bir istisna getirilmemiştir[27].

2.4. HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTININ TANIMI VE UNSURLARI

2.4.1. Tanımı

TKHK'nin 5(1). hükmünde haksız şart şu şekilde tanımlanmıştır: ***"Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır."*** Görüldüğü gibi GİŞ'den farklı olarak çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan sözleşmelerden daha geniş bir tanımlama yapılmıştır. Haksız şart tanımlanırken önceden hazırlanma ve çok sayıda sözleşmede kullanma şartları çıkarılmıştır. Burada kritik nokta, şartın tüketici ile müzakere edilip edilmemesi ve tüketici aleyhine dengesizlik yaratıp yaratmamasıdır.

TBK'nin 20. maddesinde haksız şart değil, "genel işlem koşulu" tanımlanmıştır. Hüküm, hem genel işlem koşulunu tanımlamış hem de genel işlem şartı olmayı engellemek için yapılacak bazı küçük oyunların bu durumu değiştirmeyeceğini de vurgulamıştır. Buna göre; ***"- Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.***

Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.

27 Krş; "Oysa, BK m.84' ü aynen GİŞ içine alan bir bankanın, ilgili kuralın yasada yer alması nedeniyle, denetimden kurtulma imkanı olacaktır. Kanımca bu gibi durumlarda yine soruna, ilgili yasa hükmü-nün somut olayda uygulanacak olan yasa hükmü olup olmadığını tespit ederek çözüm bulmak mümkündür. Tüketici kredileri açısından bu hükmün "ilgili" yedek hukuk kuralı olduğu reddedilerek ve bu hükmün uygulama alanı amacına uygun sınırlandırılarak (teknolojik redüksiyon), hakimin, tü-ketici kredileri için daha uygun olan yedek hukuk kuralını yaratması gerekir. Bu da yapılan kısmi ödemelerin önce anaparaya daha sonra faize mahsup edileceği kuralıdır." ATAMER, s. 219

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır."

TBK'nin 20. maddesi hükmü, genel işlem koşulunu tanımlamamış; ama bunların hangi durumda haksız sayılacağı ve sonuçlarını devam eden hükümlerde düzenlemiştir. Nitekim TBK 21. maddeye göre; ***"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."*** Görüldüğü gibi, TKHK ile TBK arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. TKHK, önceden hazırlanmış standart sözleşmelerle ilgili olarak bir düzenleme getirmiştir. Gerçekten TKHK 5(3). hükmüne göre önceden hazırlanmış bir standart sözleşme söz konusu ise zaten tüketici ile tartışılmamış ve tüketici bunun içeriğini etkileyememiş kabul edilecektir.

TKHK ile TBK arasında bazı farklılıkların olması gayet normaldir. Esasen tüketicinin korunması mantığına da uygundur. Borçlar Kanunlarına göre Tüketici Kanunlarının daha alıcı lehine davranması beklenir.

Konsey Yönergesi'nde yer alan GİŞ tanımı, 6502 sayılı Kanun'da da olduğu gibi, daha geniş bir alanı kapsamaktadır. GİŞ'in önceden ve çok sayıda sözleşme için düzenlenmiş olması koşullarını aramamaktadır. Buna göre, "bir tüketici ile bir satıcı veya sağlayıcı arasında akdedilen sözleşmelerdeki haksız koşullar" yönergenin konusunu oluşturmaktadır. Yönerge, "münferiden tartışılma" kıstasını getirmiştir. Önceden yazılı olarak hazırlanmış olan sözleşme koşullarının münferiden tartışılmadığını karine olarak kabul etmiştir.

Konsey Yönergesi hangi sözleşme koşulunun haksız olduğunu, hem genel olarak tanımlamış, hem de çeşitli örnekler vermiştir. Ayrıca, bir koşulun haksızlığının tespitinde, nasıl hareket edilmesi gerektiği de düzenlenmiştir. Yönerge'nin 3. maddesine göre, "münferiden tartışılmamış olan bir sözleşme koşulu, iyi niyet kurallarına aykırı olarak, tüketicinin zararına olacak şekilde, tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçlarında önemli bir dengesizliğe sebep olmuşsa, haksız olarak kabul edilir." Yönerge, bu şekilde genel bir tanım vermekle birlikte, Yönerge'nin sonuna bir haksız koşullar listesi eklemiştir. Bakanlık tarafından çıkarılan Yönetmelikte de haksız sözleşme şartlarının bir listesi verilmiştir. Bu listede yer alan koşullar sınırlayıcı değildir, sadece örnek kabilinden sayılmıştır[28]. 6502 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren 6 ay içinde bu yönetmelik gözden geçirilerek yeniden yayınlanacaktır. Görüldüğü gibi, Konsey, sözleşme koşullarının ayrı ayrı ve münferiden tartışılmış olmasını aramaktadır. Bir sözleşme koşulunun geçerli olabilmesi ve haksız sayılmaması için "münferiden tartışılmış" olması aranmaktadır. Ancak bu koşulla, tüketicinin şartı, serbest iradesi ile kabul ettiği sonucuna ulaşılabilecektir.

28 İşbu Yönetmeliğin ekinde, yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı olmamak üzere haksız olarak kabul edilebilecek şartlar listesi yer almaktadır. (Yönetmelik m.5/son)

Görüldüğü gibi, aynı hususlar 5. maddede de yer almaktadır. 5. maddenin birinci fıkrasında yer alan bu tanımlamadan da anlaşılacağı gibi, bir sözleşme hükmünün haksız sayılabilmesi için bazı koşullar aranmaktadır[29]. Bir sözleşme koşulunun haksız sayılabilmesi için sözleşme şartının;

- tek yanlı olarak konması (müzakere edilmeden),
- tarafların hak ve yükümlülüklerinde, tüketici aleyhine bir dengesizlik olması,
- bu durumun dürüstlük kurallarına aykırı olması aranır.

Bu üç koşul birlikte bulunduğu takdirde ilgili sözleşme koşulu haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilecektir. Yani şart, tek yanlı olarak konulmamışsa yani, tüketici ile müzakere edilerek konulmuşsa tüketici aleyhine dengesizlikler yaratsa bile haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilmeyecektir. Sözleşme, tek taraflı olarak hazırlanmış bile olsa sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde tüketici aleyhine bir dengesizlik bulunmuyorsa sözleşme koşulları yine haksız sayılmayacaktır. Hak ve yükümlülüklerdeki dengesizliğin de dürüstlük kurallarına aykırı olacak derecede olması gerekmektedir. Gerçekten bir miktar dengesizlik olsa bile bu dengesizliklerin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek derecede olmaması halinde yine haksız sözleşme koşullarından söz edilemeyecektir.

Yukarıda yer verilen, TBK'nin GİŞ tanımından anlaşılacağı üzere, GİŞ'in haksız olması zorunlu değildir. GİŞ'lerin karşı taraf aleyhine hükümler içermemesi durumunda, bunlara müdahale edilmesi söz konusu değildir. GİŞ, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı tarafa değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle önceden ve tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır[30]. Bu tanımlardan hareketle GİŞ'in unsurlarını şu şekilde saptamak mümkündür:

Her şeyden önce, GİŞ, kısmen veya tamamen bir sözleşmenin şartlarını oluşturur. Ancak tek yanlı olarak hazırlanmıştır. Sözleşme, her türlü sözleşme olabilir. Önemli olan bu sözleşmenin taraflarından birisince diğer tarafa sunulmak üzere önceden hazırlanmış ve böylece diğer tarafın etki edemediği sözleşme şartlarının varlığıdır[31]. GİŞ, sözleşmenin tamamını veya bir kısmını oluşturabileceği gibi, asli edimleri veya tali edimleri de oluşturabilir.

GİŞ'in diğer bir özelliği ise sözleşmenin kurulmasından önce düzenlemesidir. GİŞ'i hazırlama, sözleşmenin diğer tarafının kendi faaliyeti olabileceği gibi, üçüncü bir kişi tarafından da düzenlenmiş olabilir. Önemli olan, GİŞ'in sözleşme yapıldığı sırada sözleşmenin taraflarınca birlikte hazırlanmamış olması ve daha önceden hazırlanarak taraflardan birinin diğerine sunmuş olmasıdır.

30 Yönetmeliğin 4. maddesinde yer alan tanım ile 6. maddesinin 1. fıkrasındaki tanım aynı olmakla birlikte, Yönetmeliğin kapsamını gösteren 2. maddesinde, tanımda yer alan "iyi niyet kuralları" yerine "dürüstlük kuralları" kavramı kullanılmıştır. Buna göre "Bu Yönetmelik, taraflardan birisini tüketicinin oluşturduğu tüketici sözleşmelerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak ve dürüstlük kurallarına aykırı biçimde konulmuş her türlü haksız şartı kapsamaktadır." Yeni Medeni Kanunun 2. maddesindeki değişiklik doğrultusunda, Yönetmeliğin 2. maddesinde kullanılan kavramın daha doğru bir kavram olduğunu belirtmek gerekir.

31 ATAMER, s.61; Bir başka tanım, "gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden tek yanlı olarak ve soyut biçimde hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşunda taraflardan birinin dayandığı, görüşülmeden sözleşmenin içeriğine dahil olmasını istediği sözleşme ko-şulları" HAVUTÇU, s. 74

GİŞ'in varlığından bahsedebilmek için bunların ya sözleşme kurulmadan yazıya dökülmüş olması ya da en azından işletme tarafından yazılı olmadan belirlenmiş olması gerekir[32].

GİŞ, sadece tek bir sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmaz, aksine birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenir. Bu nedenle, genel ve soyut olarak formüle edilmesi gerekmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, malların üretimindeki kitleselleşme bunların satışının da kitleselleşmesine sebep olmuştur. Satıcı, pek çok farklı sözleşme ile uğraşmak yerine tek tip bir sözleşmeyi önceden hazırlayıp sürekli aynı sözleşmeyi kullanmayı hedeflemektedir.

GİŞ'in varlığını kabul edebilmek için aranan en son şart, bunların GİŞ kullanan tarafından sözleşmeye dahil edilmek niyetiyle karşı tarafa sunulmalarıdır. Bu durumda öncelikli olarak, GİŞ kullananın kim olduğu saptanmalıdır. Kural olarak, bir sözleşmenin kurulması anında önceden hazırlanmış GİŞ'i karşı tarafa sunan ve bunların sözleşme içeriği olmasını isteyen kişi kullanıcıdır[33].

TKHK açısından GİŞ'lerin hukuki durumuna bakarsak, bunlar "müzakere edilmemiş" sayılacaktır. Yani eğer içinde tüketici aleyhine, iyi niyet kurallarına aykırı olarak dengesizlik yaratan hükümler varsa, bunlar da haksız şart sayılacaktır.

2.4.2. UNSURLARI

2.4.2.1. Tek Yanlı Olarak Konulması

Bir sözleşme şartının haksız sayılabilmesi için birinci koşul, sözleşme şartının tek yanlı olarak konulmuş olmasıdır. Sözleşmenin taraflarının birlikte müzakere ederek koydukları hükümler haksız sözleşme şartı olarak kabul edilemez. Bir sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmiş sayılabilmesi için bu sözleşme şartının ne ifade ettiğini tüketicinin anlamış olması, şartın içeriğine etki etme olanağının bulunduğunu bilmesi ve ancak bu şekilde kabul etmiş olması gerekir[34]. Bu kurallar, her bir sözleşme şartı için tek tek geçerlidir. Yani bir sözleşmenin, bir veya birkaç hükmünün müzakere edilmiş olması, geri kalan hükümlerin haksız sözleşme şartı olarak değerlendirilmesini önlemez. Önceden hazırlanan veya standart sözleşmede yer aldığı için tüketicinin içeriğine etki edemediği sözleşme şartlarının müzakere edilmediği kabul edilir. Önceden hazırlanan demek, sözleşmenin tarafları bir araya gelmeden önce ya da bir sözleşme yapmak üzere görüşmeye başlamadan önce satıcı, sağlayıcı veya kredi veren vs. tarafından hazırlanmış olan ya da başkası tarafından hazırlanmış olsa bile tüketici ile yapılacak sözleşmede kullanılmasına karar verilen sözleşme şartları demektir. Bu şartların satıcı, sağlayıcı veya kredi veren vs. tarafından bizzat hazırlanmış olması gerekmez. Hukuk müşavirleri, avukatlar, mesleki birlikler, odalar veya diğer üçüncü kişiler tarafından hazırlanmış fakat satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından kullanılan sözleşme şartları da müzakere edilmemiş sayılır. Bu gibi sözleşme şartlarının müzakere edilmeden, tek yanlı olarak konduğu kabul edilir. Nitekim TBK'nin 21(1) hükmüne göre; ***"Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzen-***

32 ATAMER, s. 65

33 ATAMER, s. 69

34 ATAMER, s. 74, 76

leyenin 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." Yani TBK, önceden standart olarak hazırlanmış bir sözleşmenin alıcıya anlatılması ve onun da bu koşulu ve sonuçlarını anlaması ve bu şartlar altında kabul etmesini, GİŞ'in haksız sayılmayarak sözleşmenin bir parçası olması olanağını kabul etmiş bulunmaktadır. TKHK 5(3) hükmü ise, tüketiciye standart şartın anlatılmasını ve onun kabul etmesini yeterli görmeyerek onunla müzakere edilmesini istemiştir. Müzakere etmek demek, önceden yazılmış bir şartın anlatılması ve öğrenilmesinden daha ileri bir durumu ifade eder. Tüketicinin serbest iradesinden bahsedebilmek için tüketicinin bu hükmü gerekirse değiştirebileceğini tam olarak bilmesi, kendi fikir ve düşüncelerini bu hükmün yansıtıp yansıtmadığını anlaması ve ona göre bir karar vermesi gerekir. Bizim kanaatimize göre, burada kritik nokta, objektif olarak tüketicinin eğer isterse bu hükmün değiştirilmesini sağlayıp sağlayamayacağıdır. Bu farklılığın uygulamada nasıl yansıyacağı ise daha zor bir durumdur. Uygulamada çok büyük değişiklikler olacağını düşünmüyoruz [35]. Usulüne uygun olarak bilgilendirme yapılmamış ve müzakere edilmeden sözleşmeye konmuş olan ücretin iadesine karar veren yerel mahkeme kararı Yargıtay tarafından onaylanmıştır. Buna göre: *"Refinansman/Erken Kapama Ücreti yönünden yapılan değerlendirmede, Konut Finansmanı Kapsamındaki Kredilerin Yeniden Finansmanına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine uygun olmadığı, zira sözü geçen yönetmeliğin 6. Maddesinde yeniden finansman amacı ile konut finansmanı sözleşmesinde yapılan değişikliklerin, tüketiciye ne şekilde yansıyacağına ilişkin karşılaştırmalı bilginin tüketiciye yazılı olarak verileceğinin düzenlendiği, sözleşmenin yeniden yapılandırılma sonrasında tüketicinin bu işlemden dolayı ne şekilde bir yarar sağladığı, faiz oranının indirilmesinin, alınan dosya masrafı ile birlikte tüketiciye toplam maliyetinin ne kadar olduğu, yapılan işlemin tüketicinin leh ve aleyhinde doğurduğu sonuçlarının nelerden ibaret olduğu, faiz indirimine gidilmesinin tüketiciye ne şekilde yansıdığı hususlarında ayrıntılı bilgilendirme yapılmadığı, bu itibarla usulüne uygun bir şekilde bilgilendirme yapılmamasının dosya masrafı alınmasına ilişkin işlemi geçersiz kıldığı, zira bilgilendirme yapılması olgusunun geçerlilik şekli olarak düzenlendiği, diğer yandan kredi sözleşmesinde kararlaştırılan faiz oranının indirilmesinin tarafların icap ve kabulü çerçevesinde gerçekleştirilen sözleşmenin yeniden uyarlanması halinden başka bir şey olmadığı, kredi ilişkisinin ödeme suretiyle sonlandırılması halinin mevcut olmadığı, taraflar arasındaki kredi ilişkisinin kararlaştırılan düşük faiz oranı üzerinden deva ettiği, bu nedenle kredi ilişkisinin ödeme ile sona ermesi halinde hayatiyet kazanacak olan erken kapama ücretinin somut olayda uygulama yeri bulmadığı, yine tüketiciden tahsil edilen kapama ücretinin herhangi bir hizmet karşılığı olarak tahakkuk ettirilmediği, kredi sözleşmesinde kararlaştırılan faiz oranının, düşük faiz oranı üzerinden uyarlanması işleminin bankaya herhangi bir maliyetinin bulunmadığı, ödeme planının değiştirilmesi sırasında herhangi bir zorunlu masrafta bulunulmadığı, bu hali ile ödeme plan değişiklik ücreti alınması işleminin ticari ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı olduğu, banka tarafından yapılan işlemin kredi ilişkisinin düşük faiz oranı üzerin-*

35 Yargıtay 13 HD E.2011/7204, K.2011/18447 sayılı kararda ayrıca; " …Taraflar arasında düzenlenen konut kredisi sözleşmesinde; "Konut, hayat ve deprem sigortalarının bankanızca yapılmasını talep ediyorum" ibaresinin kredi çeken tüketici tarafından ayrıca kararlaştırılıp müzakere edildiği tartışmasızdır." denmiştir.

den devam ettirilmesinden ibaret olduğu, sözü geçen işlem bakımından ücret alınacağı hususunda tüketiciyi bağlayıcı nitelikte herhangi bir yasal mevzuatın da bulunmadığı, bankanın erken kapama ücreti alınacağına ilişkin yönetimsel kararının da tek taraflı olarak kararlaştırılıp tüketiciyle müzakere edilmeden tüketiciye dayatılan haksız şart niteliğinde olduğu ve 6098 sayılı Borçlar Kanununun 25. Maddesi gereğince genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağının düzenlendiği, bu madde normunun kamu düreninden oluşu nedeni ile 6101 sayılı Kanunun 7. Maddesi gereği hemen uygulanacağı, dolayısıyla herhangi bir hizmet karşılığı olmaksızın erken kapama ücreti adı altında ücret alınmasının dürüstlük kuralına aykırı olup, alınan ücretin tüketiciye iadesi gerektiği, sonuç olarak dosya masrafı ve refinansman masrafı olarak tahsil edilen bedelin davacı tüketiciye iadesine" karar verilmiştir [36]. Yargıtay *"Sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile* ***ayrıca müzakere edilerek*** *kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir."* demiştir[37].

2.4.2.2. Hak ve Yükümlülüklerde Dengesizlik

Bir hükmün müzakere edilmeden tek yanlı olarak konmuş olması, o hükmün haksız sözleşme koşulu olarak sayılması için yeterli değildir. Çünkü, tek yanlı olarak getirilmiş olan hükümlerin hepsinin tüketici aleyhine dengesizlik yaratması zorunlu değildir. Bunların arasında tüketici lehine hükümler olabileceği gibi, hak ve yükümlülükleri taraflar arasında dengeli bir şekilde dağıtanlar da olabilir. Bu nedenle, bir hükmün haksız sözleşme şartı olarak kabul edilebilmesi için sözleşmenin taraflarının hak ve yükümlülüklerinde tüketici aleyhine olarak dengesizlikler getirmiş olması da gerekir. Bir sözleşme şartının dengesiz hak ve yükümlülükler getirdiği ve bu nedenle haksız sözleşme şartı olduğuna karar verirken her bir sözleşme şartını münferiden ele almamak gerekir. Gerçekten, bir sözleşmenin bir şartı tüketici aleyhine dengesiz yükümlülükler getirirken başka bir şartı bu dengesizlikleri düzeltiyor olabilir[38].

36 Tüketici Mahkemesi sıfatıyla Ceyhan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 09.11.2012 tarih, E.2012/118, K.2012/395 sayılı kararı. Söz konusu karar Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 05.03.2013 tarih, E.2013/3682, K.2013/5249 sayılı kararı ile onanmıştır.

37 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 02.05.2008 tarih, E.2008/4345, K.2008/6088 ve 20.04.2009 tarih, E.2008/15042, K.2009/5386 sayılı kararları.

38 ATAMER, s. 212, "Örneğin finansal kiralama sözleşmesinde kiraya verenin her türlü ayıptan sorum-luluğu bertaraf etmesi, buna karşılık satıcıya karşı ayıptan doğan haklarını da kiracıya temlik etmesi; hafif ihmalden sorumsuzluk anlaşması yapılmasına karşılık müşteriye sigorta koruması sağlanması gibi. Kuşkusuz sağlanan menfaatin, değer itibariyle, aleyhte düzenlemeyi dengeleyecek nitelikte ol-ması da gerekir. Örneğin sorumsuzluk anlaşmasına karşılık verilen sigorta koruması, kapsam itibariy-le çok dar tutulmuşsa bu tür bir denge kurulmuş sayılmayacaktır." s.216

Bu nedenle sözleşmenin değerlendirilmesi bir bütün olarak yapılmalıdır. Bu değerlendirme yapılırken sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin içinde yapıldığı tüm iktisadi, hukuki ve diğer şartlar dikkate alınmalıdır. Hatta, sözleşme, başka sözleşmelerle de bağlantılı ise bu sözleşmeler de dikkate alınmalıdır. Nitekim TKHK'nin 5(1). maddesi, "tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan", TBK'nin 21(1). maddesi, "karşı tarafın menfaatine aykırı" ve yine TBK'nin 25. maddesi ise "karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte" ifadelerini kullanmıştır.

Yargıtay bir kararında; "*… bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli masrafları tüketiciden isteyebileceği, … ilk derece mahkemesince kredi sözleşmesi kapsamında yapılan hayat sigortasına ilişkin hükümlerin ve bu kapsamda alınan sigorta priminin davacıdan tahsil edilmesinin tüketici aleyhine haksız şart oluşturduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verildiği anlaşılmakta ise de, bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır. Zira sözleşmenin bir hükmünün, tüketicinin bir menfaatini ihlal etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağladığı anlaşılıyor ise artık bu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek mümkün değildir.*"[39] Demiştir.

Ayrıca *"Taraflar arasında imzalanan konut kredisi sözleşmesinin 6. Maddesinde; sözleşme ekindeki belgeler ve kredi ile ilgili her türlü işlemin gerektirdiği tescil, onay, fek v.s. her türlü masrafın tamamıyla müşteriye ait olacağı belirtilmiş ise de, anılan maddenin taraflarca ayrıca ve açıkça müzakere edildiği hususu kredi veren tarafından ispatlanamadığı gibi diğer ücret ve masraflar başlığı altında miktarı sözleşme tarihi itibariyle belirlenmeyen ileride doğması muhtemel masrafların da tüketiciden alınacağına dair hükümler haksız şarttır… Mahkemece sigorta priminin davacıdan tahsil edilmesinin tüketici aleyhine haksız şart oluşturduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmakta ise de, bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır. Zira sözleşmenin bir hükmü tüketicinin menfaatini ihlal etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağlıyorsa, bu kaydın tüketici zararına olduğunu söylemek mümkün değildir… Hayat sigortası kapsamına alınmasında davacının da bir menfaati olduğu açıktır. Hal böyle olunca sözleşme kapsamında tahsil edilen sigorta primlerinin davalıdan tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır… Davalı banka tacir olup, yaptığı masrafları tüketiciden isteme hakkı bulunduğu anlaşılmakta ise de, bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli masrafları tüketiciden isteyebileceğinin kabulü gerekir."* şeklinde karar verilmiştir [40].

2.4.2.3. Dürüstlük Kurallarına Aykırılık

Bazı hallerde sözleşmede ortaya çıkan dengesizlikler, önemsiz ve kamu vicdanını rahatsız etmeyecek ya da yargıcın müdahalesini gerektirmeyecek kadar küçük olabilir. Taraflardan birinin di-

39 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 26.02.2013 tarih, E.2013/924, K.2013/4474 sayılı Kararında

40 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 08.11.2012 tarih, E.2012/23738, K.2012/25211 sayılı, E.2011/7204, K.2011/18447 sayılı ve E.2012/25177, K.2012/25689 sayılı kararları.

ğerine göre daha avantajlı olması her sözleşmede ortaya çıkabilecek bir durumdur. Önemli olan, dürüstlük ve doğruluk [41] kuralları açısından bakıldığında bu durumun makul karşılanıp karşılanmayacağıdır. Satıcının tek yanlı olarak düzenlediği sözleşme ile yarattığı dengesizlik, dürüstlük ve doğruluk kurallarına aykırılık teşkil edecek bir nitelik taşımıyorsa, haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilemeyecektir. Satıcı ve sağlayıcının malını veya hizmetini satarak gelir elde etmeyi amaçladığı aşikardır. Kar etme doğal bir ticari amaçtır. Bu nedenle, satıcının karının aşırı olup olmaması veya tüketicinin ödediği bedelin fahiş olup olmadığı, bu hükümler çerçevesinde değerlendirme kapsamı dışındadır. Ancak, diğer sözleşme koşulları ile ileride çıkabilecek sorunlar hakkında, bugünden tüketicinin hiçbir hak iddia edemeyeceği şekilde veya iddia edebileceği hakları önemli ölçüde sınırlayarak kendi sorumluluğunda kalması gereken zararların tüketici üzerinde bırakılmasına çalışılması, dürüstlük ve doğruluk kuralları ile bağdaşmaz. Nitekim TKHK 5(1) ve TBK 25. madde hükümleri "dürüstlük kuralına aykırı olarak" ifadelerine yer vermişlerdir.

Yargıtay bir kararında *"… Davalı banka tarafından, yeniden yapılandırma komisyonunun taraflarca imzalanan sözleşme içeriğine uygun olarak tahsil edildiği, tüketicinin bu hususdaki kabul iradesinin sözleşmeye yansıtıldığı belirtilerek davanın reddine karar verilmesi talep edilmiş ise de, taraflar arasında imzalanan konut kredisi sözleşmesinin 9. maddesinde, erken ödeme halinde, erken ödenen tutarın %2 si oranında erken ödeme ücretinin alınacağının belirtilmiş olduğu, ancak davacının kullandığı kredinin sabit taksitli ve sabit faiz oranlı konut finansman kredisi olmakla birlikte faiz oranlarındaki düşüş nedeniyle yeni faiz oranları üzerinden ödeme miktarları ve tarihlerinin yeniden yapılandırmasına dair işlemin, gerek sözleşmenin 9. maddesi kapsamında gerekse mevzuat kapsamında erken ödeme niteliğinde olmadığı, hal böyle olunca yasanın aradığı şartlar somut olayda bulunmadığından bankanın ücret veya komisyon adı altında bir alacağının bulunmadığı anlaşılmaktadır. (…) Bunun yanında, dairemizin yerleşik kararlarında da vurgulandığı üzere, kredi veren bankayı yeniden yapılandırmaya zorlamak yasal olarak mümkün olmayıp bankanın kendi insiyatifi ile yapılandırma işlemini kabul ettiğinin anlaşılmış olmasına göre, borç yapılandırmasını kabul eden bankanın, yapılandırma esnasında bu kez başka bir seçeneği bulunmayan tüketicilerin eli ürünü olarak temin ettiği ve taraflar arasındaki asıl sözleşmeye ek niteliğindeki "yapılacak faiz indirimi neticesinde komisyon ödemesinin kabul edildiğine dair" tüketicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinde* ***iyiniyet kurallarına aykırı düşecek şekilde aleyhte*** *değişiklik içeren dilekçe içeriklerini de gerekçe göstermek suretiyle tüketicilerden erken ödeme komisyonu, ödeme plan değişikliği, yapılandırma komisyonu adı altında yeniden ücret talep etmesi yasaya aykırıdır.."* demiştir[42].

2.4.3. Önceden Hazırlanan Sözleşme Şartları

Kanun'un 5. maddesinin 3. fıkrasına göre, ***"(3) Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tü-***

41 Burada "iyi niyet kuralları" ifadesi yerine "dürüstlük ve doğruluk kuralları" ifadesinin kullanılması daha yerinde olurdu.

42 Yargıtay 13. HD 22.02.2013 tarih, E.2013/189, K.2013/4261 sayılı ve 09.04.2013 tarih, E.2012/27561, K.2013/9253 sayılı kararları.

keticiyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez." Böylece, matbu sözleşme şartlarının önceden tüketici ile tartışılmadığına dair bir karine kabul edilmiş olmaktadır. Konsey Yönergesi'ne göre de bir koşul, önceden hazırlanmış ve bu nedenle tüketicinin bunu esaslı olarak değiştiremeyecek olduğu hallerde, özellikle önceden hazırlanmış standart sözleşme olduğu hallerde, münferiden tartışılmamış sayılır (Yönerge, m.3/2). Dikkat edileceği gibi, Kanun ve Konsey Yönergesi, GİŞ ifadesi kullanmayarak "önceden hazırlanmış" ve "standart sözleşme" ifadelerine yer vermişlerdir. Bu iki ifadenin ortak özelliği, tüketicinin her iki durumda da sözleşme şartının içeriğini etkileyememesidir. Kanun'un 5. maddesinin 3. fıkrasında, sadece "içeriğine etki edememeden" bahsedildiği halde, Konsey Yönergesi'nde, "esaslı bir şekilde değiştirememeden" söz edilmektedir. Konsey yönergesi, esaslı olmayan, önemsiz ya da küçük değişiklikler yapma olanağı bulunsa bile tüketicinin bu sözleşme şartını münferiden tartışmadığını, dolayısıyla, bu şartın önceden hazırlanmış ya da standart sözleşme şartı olduğunu kabul edecektir. Yönerge'deki kıstas tüketicinin daha lehine görünmektedir. Her iki düzenlemedeki ifadelerin GİŞ'i de kapsadığına şüphe yoktur. Bu durumda, sözleşme koşullarının "münferiden tartışılmamış" sayılacağına dair bir karine getirilmiştir.

TKHK'nin 5(3) hükmüne göre; sözleşmedeki her bir şartın müzakere edilip edilmediğini ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Yönerge'ye göre de bir koşul kısmen veya tamamen tartışılmış olsa bile sözleşmenin tamamı incelendiğinde, yine de önceden hazırlanmış standart sözleşme olduğu sonucuna ulaşılırsa, (3. maddede öngörülen hüküm) sözleşmeye uygulanır. Sözleşme, standart şartlardan oluşuyorsa, tüketicinin durumu biraz daha güçlendirilmiş olmaktadır.

Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa bunu ispat yükü ona aittir. Bu durumda, yukarıdaki düzenlemeler, tüketici lehine olarak bir karine getirmekte ve aksini iddia eden satıcı veya sağlayıcının ise bunu ispat etmesi gerekmektedir. Matbu bir sözleşmenin önceden tüketici ile tartışıldığının kanıtlanması neredeyse imkansız denecek kadar zor bir durum oluşturmaktadır. Uygulamada, sözleşmeden ayrı olarak, bir yazı hazırlanarak "sözleşmeyi okudum, inceledim, tartıştım ve kabul ediyorum ya da serbest irademle kabul ediyorum" şeklinde başka bir belge daha imzalatılmaktadır. Ancak sözleşmede fiilen hiçbir şey değiştirilememeye devam etmektedir. Tüketici açısından bakıldığında bir değil iki belge imzalamış olmaktadır. Yani, böyle bir belgenin varlığı tüketicinin sözleşmeyi değiştirebilecek olduğu anlamına gelmemelidir. Özellikle matbu sözleşmeler söz konusu ise fiilen bu sözleşmelerde ne gibi değişikliklerin yapılabildiğinin araştırılması gerekir.

Yönergeye göre de, bir koşulun münferiden tartışıldığının ispatı, bunu ileri süren satıcı veya sağlayıcıya aittir. TBK'nin 20 vd hükümleri de "Genel İşlem Koşulları" adı altında önceden düzenlenmiş sözleşmeleri ele almaktadır. Bankalar yönünden Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 26.03.2013 tarih ve 2013/4033 E., 2013/7605 K. sayılı kararına şu aşamada deyinmekte fayda görmekteyiz. Yargıtay söz konusu kararında konut kredisinin yeniden yapılandırılması sırasında sözleşmede yer almayan şekilde "konut yapılandırma" ve "yapılandırma bedeli" adı altında davacıdan iki kez

masraf tahsil edilmesini yasaya uygun görmemiş ve yerel Mahkeme kararının onamıştır. Gölcük 1. Asliye Hukuk (Tüketici) Mahkemesi 05.12.2012 tarih ve 2012/448 E., 2012/619 K. sayılı kararında tüketici ile gerçekleştirilen sözleşme hükmünün müzakere edildiğinin kanıtlanmadığını ifade ederek, banka aleyhine olacak şekilde hüküm kurmuştur. Kararın ilgili bölümüne göre;

"... Taraflar arasında aktedilen kredi sözleşmesi davalı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan bazı kısımların rakam, isim ve adres yazılarak doldurulmuştur. Önemli bilgilerin yazılması gereken bazı kısımlar hiç doldurulmamıştır. Sözleşmede borç yapılandırılmadan ya da yapılandırma bedeli adı altında kesinti yapılacağından söz edilmemektedir. ***Dolayısıyla tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi "konut yapılandırma" ve "yapılandırma bedeli" şeklinde külfete sokan bir sözleşme hükmünün varlığı ve bu hükmün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığı ispat edilememiştir.*** *Yapılandırma taleplerinin davacıdan geldiği ileri sürülerbilir ise de; yüksek oranlı faiz indirimi fırsatını kaçırmamak için bankanın şart koşmasıyla davacının banka tarafından önceden hazırlanan belgeleri imzalamak ve meblağları ödemek zorunda kaldığı kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, tüketici, faiz düşüşü nedeniyle elde edeceği kazancın, kesilecek konut yapılandırma bedelinden fazla olması nedeniyle kesintiye katlanmak durumunda kalmaktadır. Kimse, bu fırsatı kaçırmak istemez. Faiz indirimi nedeniyle zarara uğrayan bankanın, bu zararını, davaya konu meblağları tahsil ederek kapatmak niyetinde olduğu anlaşılmaktadır."*[43]

2.4.4. Anlamı Açık Olmayan Sözleşme Şartları

TKHK'nin 5(4) hükmüne göre; ***"Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır."***

TBK'nin 23. maddesi hükmüne göre; ***"Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır."***

Görüldüğü gibi, hem TKHK hem de TBK sözleşmede yer alan açık ve anlaşılır olmayan hükümlerin alıcı-tüketici lehine yorumlanması gerektiğini düzenlemiş bulunmaktadır. Yani, bir kişi kendi düzenlediği sözleşmelerde yer alan belirsiz ve açık olmayan hükümlerden yararlanamayacaktır.

Konsey Yönergesi'nin 5. maddesinde de *"Tüketiciye sunulan belirli koşulların veya tüm sözleşmenin yazılı olması halinde, bu koşulların daima açık ve anlaşılır bir dilde yazılmış olması gerekir. Bir koşulun anlamı konusunda kuşku varsa, tüketicinin en lehine olan yorum üstün tutulur"*. Bu hüküm, sözleşmedeki şartı, taraflardan birinin hazırlamış veya kullanmış olması halinde, kuralın yeterince açık olmamasından doğacak rizikoya o hükmü hazırlayanın veya kullananın katlanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır[44].

43 http://www.kazanci.com/kho2/mbb/giris.htm, 26.03.2014, saat:15.24.

44 Krş. HAVUTÇU, s. 152

Hakim, bir sözleşme koşulunun haksız olup olmadığını değerlendirirken, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliğini, sözleşme yapıldığı andaki ve sözleşmenin yapılmasını sağlayan tüm şartlar ve sözleşmenin veya onun bağlı olduğu başka sözleşmeler varsa bunların diğer tüm koşullarını bir bütün olarak göz önünde tutmalıdır.

Yönerge hükmünden de açıkça anlaşılacağı gibi; anlamı belirsiz, bulanık ve özellikle tüketicinin anlamaması için bu şekilde belirsiz yazılmış olan hükümlerin anlamlandırılmasında tüketicinin en lehine olacak şekilde yorum yapılacaktır. Sözleşmedeki anlamı belirsiz koşulların kimin açısından anlamının belirsiz olması gerektiği de önemlidir. Gerçekten, TKHK'nin 5(4). maddesi ve Yönerge'nin 5. maddesinde, "belirsizliğin" tüketici açısından olması gerektiği anlaşılmaktadır. Yani bir hükmün, açık ve anlaşılır sayılabilmesi için "ortalama bir tüketicinin" anlayabileceği açıklıkta olması gerekmektedir. Aksi halde, yani "ortalama bir tüketici" açısından anlaşılır olmayan ve anlamı belirsiz olan şartlar, "tüketicinin en lehine olan yorum" kuralına tabi olacaktır. Burada önemli olan, sözleşme yapılırken yazılı sözleşme şartlarının, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan tüketici açısından açık ve anlaşılır olup olmadığıdır. Bu nedenle, "anlamı belirli" olmama halinin de "ortalama bir tüketicinin" anlama kapasitesine göre belirlenmesi gerekir.

Yargıtay kararlarında genellikle *"… Davacı, konut kredisi kullandığını, krediyi yapılandırdığını belirterek her iki kredi için ödediği masrafların iadesi istemiyle eldeki davayı açmıştır. Davalı banka, sadece kredinin verilmesi ve yapılandırması için zorunlu olan masrafları tüketiciden isteyebilir. Kredi verilmesi ve yapılandırılması için gereken zorunlu masrafların neler olduğu konusunda ispat yükü bankaya aittir. Aksi halde, diğer ücret ve masraflar başlığı altında maktuen belirlenen bir miktarın tüketiciden alınacağına dair hükmün haksız şart olduğunun kabulü gerekir. Davalı bankadan bu yönde delilleri sorulduktan sonra konusunda uzman bilirkişi ya da heyetinden kredinin kullanılması ve yapılandırılması için zorunlu masrafların neler olduğunun ve miktarının tespiti için rapor alınması ve karar verilmesi gerekir."* şeklinde karar vermektedir[45].

Benzer şekilde Yargıtay *"… Taraflar arasında düzenlenen konut kredisi sözleşmesinin 6. maddesinde "… müşteri kredinin kullandırılması esnasında bu krediden doğan ve banka tarafından talep edilecek tüm ücret, komisyon ve masrafları ödemeyi kabul ve taahhüt eder. Bankanın ilgili kanundan ve sözleşmelerden doğan yetkileri çerçevesinde gerektiğinde müşteriden talep edebileceği bu tür faiz dışı maliyet unsurları dosya ücreti, yeniden yapılandırma ücreti, …,… masraflarıdır." hükmü mevcutsa da, bu ücret ve masrafların hangi nedenlerle alınacağına dair sözleşmede ve bilgi formunda açıklayıcı bir hüküm yoktur. Hemen belirtmek gerekir ki, davalı banka, sadece kredinin verilmesi ve kredinin yapılandırılması için zorunlu olan masrafları tüketiciden isteyebilir."* denmiştir[46].

45 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.03.2012 tarih, E.2012/3533, K.2012/8419 sayılı ve 24.02.2012 tarih, E.2012/3973, K.2012/3883 sayılı kararları.

46 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'ne ait 17.04.2012 tarih, E.2012/7906, K.2012/10385 sayılı kararı.

2.4.5. Sözleşme Şartlarının Haksız Olmasının Yaptırımı

TKHK'nin 5(2) hükmüne göre; ***"Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez."***

TBK'nin 21(2). maddesine göre *"...Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır."*

"Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır."

TBK'nin 22. maddesine göre; *"Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez."*

TKHK ile TBK arasında ifade tarzı bakımından farklılık bulunmaktadır. TKHK, kesin hükümsüzlük kabul ettiği halde, TBK yazılmamış sayılma ifadesini kullanmıştır. TBK, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı taraf menfaatleri aleyhine dengesizlik yaratan GİŞ hükümlerinin sözleşmeye hiç yazılmadığını varsaymaktadır. Dolayısıyla, bu nitelikteki hükümlerin sözleşmede hiç olmadığı varsayılacaktır. Sözleşmede olmayan bir hükmün geçersizliği ya da hükümsüzlüğü söz konusu edilemez. Bu hükümler yoktur. TKHK ise hükümlerin varlığını kabul etmekte ama hükümsüz saymaktadır. Bu teorik farklılığı bir yana bırakacak olursak, hukuki sonuçları bakımından bu hükümler hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Her iki Kanun'da da kısmi hükümsüzlük kabul edilmiştir. Yani sadece bu hükümler yok veya hükümsüz sayılır, sözleşmenin geri kalanı ise geçerliliğini korur. Özellikle sözleşmeyi düzenleyen taraf, bu hükümlerin yokluğunda sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürerek sözleşmeyi tümden geçersiz saydırma olanağına sahip değildir. Böylece, tüm olumsuzluklara karşın yine de sözleşmeyi yapmak istemiş olan tüketici açısından sözleşmeyi ayakta tutma iradesinin baskın geleceği var sayılmış ve tüketici lehine olarak böyle bir çözüm öngörülmüştür. Ancak tüketici (alıcı) isterse sözleşmenin geri kalanını da geçersiz saydırma olanağına sahiptir.

Her iki kanun açısından sözleşmeyi düzenleyen, sözleşme ile bağlı olacak; tüketici ya da alıcı ise bağlı olmayacaktır. Tüketici ya da alıcı sözleşme ile bağlı olup olmayacağına karar verme olanağına sahiptir. Yani, sözleşme koşullarının haksız olmasının yaptırımı netice olarak tek tarafı bağlamazlık olarak belirlenmiştir. Tüketici kendi aleyhine dengesiz hak ve yükümlülükler yaratan bir sözleşme koşuluyla bağlı olmayacaktır. Bu durumda, bu sözleşme hükmü, ihtilafın hallinde kullanılmayacağına göre, bu sözleşme hükmünün düzenlediği konuda bir boşluk oluşacaktır. Kanun'da bu boşluğun nasıl doldurulacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır[47].

TKHK'nin 4(1) hükmüne göre, sözleşmenin şekil şartları bulunmaktadır. Bunlarda bazı eksiklikler olursa bunu sözleşmeyi düzenleyenin tamamlaması gerekmektedir. Satıcı, bu konuda eksiklik varsa sonradan tek yanlı olarak bu eksikliği gidermek zorundadır. Bu eksikliği giderirken tüketici ile müzakere etmesi gerekmemektedir. Satıcı bu yetkisini kullanırken haksız sözleşme koşulları

47 Yönetmeliğin 7. maddesinde ise ".. haksız şartlar batıldır." denmektedir.

koyabilir. Bu durumda, Kanun'un bu dengesizliği gidermek için satıcıya eksiklikleri giderirken ya tüketici ile müzakere etme zorunluluğunu getirmesi ya da tek yanlı yetki verecek ise tüketiciye de bunu dengeleyecek bir hak vermesi gerekirdi. Örneğin; sözleşmeyi fesih etme veya tek yanlı belirlenen hükme itiraz ederek değiştirilmesini mahkemeden isteme gibi bir hakla dengelenmesi gerekirdi. Ancak bu şekilde, tamamlanacak olan hükümlerin de Kanun'un 5. maddesinde öngörülen denetime tabi olacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Doğal olarak, haksız sözleşme şartlarının tüketiciyi bağlamaması ile oluşan bu eksiklikleri, hakim kendisi dolduracaktır. Bir sözleşmede hüküm olmayan hallerde özel hukuk hükümlerinde yer alan "tamamlayıcı hükümlere" göre bu sözleşmenin eksiklikleri doldurulmuş olacaktır. Örneğin; söz konusu sözleşme bir satış sözleşmesi ise TKHK ve TBK'nin satışa ilişkin hükümleri ile doldurulmuş olacaktır. Bilindiği gibi TKHK, TBK hükümlerinin tüketici haklarını korumaya yetmediği düşünüldüğü için çıkarılmıştır. Ancak bu düzenleme ile Borçlar Kanunu'na geri dönülmüş olmaktadır. Burada şu husus gözden kaçırılmamalıdır; eğer işlem tüketici işlemi ise, öncelikle TKHK hükümleri çerçevesinde sözleşmenin eksiklikleri tamamlanmalıdır. Ancak bu hükümler yetersiz kalmış ise, TKHK'nin 83. maddesine göre, genel hükümlere gidilecektir.

Eğer, tüketiciyi bağlamayacak olan hükümler sözleşmeden çıktıktan sonra geriye kalan hükümler, ihtilafı çözümlemeye yeterli ise sorun yoktur. Bu durumda tarafların iradelerine öncelik vermek gerekir.

Bugün, İsviçre-Türk doktrininde bir sözleşme şartının, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle batıl olması halinde, TBK'nin 27. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinin kural olarak uygulanmayacağı zaten yaygın olarak kabul görmektedir. Böylece, emredici hükümlere aykırı sözleşme hükmü olmaksızın sözleşme ayakta kalır ve taraflara varsayımsal iradelerinin aksi yönde olduğunu ispatlama olanağı verilmez[48].

Yönerge de, haksız sözleşme koşulları açısından, tek taraflı bağlamazlık ve kısmi geçersizlik yaptırımını benimsemiştir. Gerçekten Yönerge'nin 6. maddesine göre, satıcı veya sağlayıcının bir tüketici ile akdettikleri bir sözleşmede kullandıkları haksız koşullar, tüketiciyi bağlamayacaktır. Sözleşmenin geriye kalan hükümleri ise tarafları bağlamaya devam edecektir. Tabi ki geriye kalan hükümler, bir sözleşmenin oluşması için gerekli asgari unsurları içermiyorsa veya taraflardan birinin bu geriye kalan koşullarla sözleşme yapmasının imkansız olduğu ve sözleşmenin bu hali ile çekilmez olduğu sonucuna ulaşıldığı hallerde, sözleşmenin kısmen değil tamamen geçersiz kılınması daha doğru bir yol olacaktır. Bu durumda, artık işlemin temelinin çöktüğü sonucuna ulaşmak ve sözleşmenin çözüleceğini kabul etmek gerekir[49].

2.5. YARGISAL DENETİM

TKHK'nin 5(6) hükmüne göre; ***"Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya***

48 ATAMER, s. 225

49 ATAMER, s. 234

haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir."

TKHK 5(7) hükmüne göre; ***"Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz."***

TBK'nin "İçerik Denetimi" başlıklı 25. maddesine göre ; ***"Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz."***

Demek ki hakim, kural olarak bir sözleşmede dürüstlük kurallarına aykırı olarak tüketicinin aleyhine dengesizlik yaratan bir hüküm olup olmadığını araştırmak durumundadır. Bunu yaparken dikkate alması gereken koşulların ne olduğunu da, TKHK'nin 5. maddesi düzenlemiş bulunmaktadır. Hakim,

i) sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği,

ii) sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve

iii) sözleşmenin diğer hükümleri veya

iv) haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alır.

Bu şartların sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenmesi gerekir. Sözleşme yapıldığı sırada dengeli olan, ancak sonradan ortaya çıkan şartlar nedeniyle dengesizleşen hükümler söz konusu ise, bu hükümlerin uygulanma imkanı yoktur. Bu gibi durumlarda, sözleşmenin uyarlanması gibi başka dava yollarına başvurmak gerekir.

Hakim bu incelemeyi yaparken, sözleşmenin tüm içeriğini inceleyebilir, bununla birlikte sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki ve mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz. Şu kadar ki, sözleşmede yer alan hükümlerin açık ve tüketici tarafından anlaşılabilir nitelikte olması gerekir. Aksi takdirde bunlara da müdahale edilebilir. TKHK'nin 5(7) hükmü, iki ayrı konu düzenlemiş gibi görünse de uygulamada ikisinin de aynı hesaba geleceğini düşünüyoruz. Asli edimler arasındaki nispetsizliğin tespitinde genellikle piyasadaki değeri ölçüt olarak kullanılacağından, uygulamada her iki iddianın da aynı yere varacağını düşünüyoruz.

Bu hüküm ile sözleşme özgürlüğünün ve serbest piyasa ekonomisinin önemli bir kuralı aynen benimsenmektedir. Tarafların asli edimleri arasındaki denge asla denetim konusu olmaz. Serbest piyasa ekonomisi kurallarının hakim olduğu bir ortamda edimler arası dengede, objektif adaletin yerini "piyasa adaleti" alır. Fiyatlar, bazı istisnalar dışında mevcut hukuk sistemimizde denetime konu olamaz. Olmaları da düşünülemez, çünkü "doğru" fiyatı tespit etmek için herhangi bir hukuksal ölçüt mevcut değildir. Edimler arasındaki dengeye müdahale edilemeyeceği kuralının sadece bir istisnası vardır. O da saydamlık ilkesine aykırı davranılmış olması halidir. Zira, tüketici açısından, açık ve anlaşılır bir şekilde ifade edilmiş olma gereği, edimi belirleyen hükümler açısından özel bir önem taşımaktadır. En elverişli fiyatların piyasada oluşabilmesi için bedel karşılığında sunulan hizmetin kapsamı, hangi hallerde ek bir ödemenin talep edileceği gibi hususların tüketici açısından anlaşılabilir ve diğer arz edilen mal veya hizmetlerle karşılaştırılabilir olması gerekir.

Aksi takdirde, zaten piyasada fiyat oluşumunun ön koşulları ortadan kalkmış olur. Bu nedenle gerek asli edimlerin gerekse yan edimlerin hepsi saydamlık denetiminden geçecektir[50].

TKHK'nin 73(2) ve (6) hükümleri çerçevesinde, GİŞ ile ilgili olarak Bakanlık, tüketici örgütleri kamu kurum ve kuruluşları ile tüketiciler de yargısal denetim için dava açabilirler.

Yönetmeliğin "Yargısal Denetim" başlığını taşıyan 8. maddesine göre, "Meşru menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların kullanılmasının önlenmesi için dava açabilirler. Bu hallerde mahkeme, önleme için gerekli tedbirlere hükmeder."

Bu hükme göre, haksız sözleşme şartlarının kullanılmasının önlenmesi amacıyla "meşru menfaati olan" gerçek ve tüzel kişiler dava açabileceklerdir. Dava açabilecek kişilerin öncelikle tüketiciler olacağı tabiidir. Burada "meşru menfaat" kavramının nasıl yorumlanacağı önem taşımaktadır. Böyle bir sözleşme kendisine karşı kullanılan tüketicinin, bu sözleşmenin kullanılmasının önlenmesi için dava açmakta meşru menfaati olduğunu düşünebiliriz. Çünkü, bu sözleşme sayesinde "hakları ihlal" edilmiştir. Henüz böyle bir sözleşme yapmamış bir tüketicinin de, eğer böyle bir sözleşme yapma ihtimali varsa, dava açmaya hakkının olması gerekir. Ancak bu gibi davaları açma yetkisi, tüketicilerin yanında, esas olarak tüketici örgütlerine verilmelidir. Tüketici örgütlerinin, bu davaları açabilmeleri için kendi "meşru menfaatlerinin" varlığının değil, üyelerinin meşru menfaatlerinin varlığı aranmalıdır. Haksız sözleşme koşullarının kullanılmasının önlenmesinde, tüketicilerin, her zaman meşru menfaati vardır. Bu nedenle, tüketici örgütlerinin bu davaları her zaman açabilmeleri gerekir. Nitekim Yönetmeliğin 23. maddesinin 4. fıkrasına göre sadece tüketici örgütlerinin değil, Bakanlığın da bu tip davaları açabileceği sonucuna ulaşmak gerekir.

Yönerge, Üye Devletlere, sağlayıcı veya satıcıların, tüketici sözleşmelerinde sürekli olarak kullandıkları haksız sözleşme koşullarını bundan böyle kullanmalarını önleyecek tedbirleri almalarını bildirmiştir. Bu tedbirler arasında, özellikle tüketiciyi koruyucu milli hukuklara göre meşru menfaati olan kişilerin veya 'örgütlerin', genel olarak kullanılmak üzere oluşturulmuş sözleşme koşullarının haksız olup olmadığının tespiti için ilgili milli hukuklara göre, mahkemelere veya yetkili idari makamlara başvurabilmelerinin sağlanmasını belirtilmiştir. Yönerge, tüketici örgütlerine, çeşitli satıcı veya sağlayıcıların kullanmakta oldukları sözleşme koşullarının haksız olduğunun tespiti için dava açma hakkı verilmesini istemektedir(m.7/1-2). Sadece tespit davası açmak çok etkili olmasa bile, bir kez bir sözleşme koşulunun haksızlığı tespit edildikten sonra, buna dayanarak açılacak pek çok tazminat ve geçersizliğe ilişkin münferit dava olacaktır. Unutmamak gerekir ki, bu Yönerge Üye Devletler için asgari bir tüketicinin korunması düzeyi önermektedir. Yani Üye Devletler, tüketicinin korunması için daha katı ve daha geniş hükümler getirebilirler.

Öte yandan Yönerge ile, başka bir toplu dava çeşidi daha benimsenmiştir. Yönerge'nin 7. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Milli hukukların kurallarına bağlı olarak, fıkra 2'de anılan yaptırımlar aynı ekonomik sektörde faaliyet gösteren ve aynı veya benzer sözleşme koşullarını kullanan veya

50 Madde gerekeçesinden.

kullanılmasını tavsiye eden birkaç satıcı veya sağlayıcı ya da birliklerine karşı ayrı ayrı veya müştereken yöneltilebilir." Bu yönde bir hüküm, Kanun'da ve Yönetmelik'te bulunmamaktadır.

Belçika'da, haksız rekabeti men davasını açabilme yetkisi tüketici derneklerine de tanınmıştır[51]. Alman Kanunu'ndaki usul hükümlerinde hakkaniyete uygun olmayan şartların iptali için, tüketici grubu temsilcilerinin dava açabileceği ve verilmiş karardan tek kişi olarak tüketicilerin davaya taraf olmaksızın yararlanabilecekleri kabul edilmiştir[52].

2.6. BAKANLIĞIN YETKİSİ

TKHK 5(8) hükmüne göre; ***"Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır."***

TKHK'nin 5(9) hükmüne göre ise; ***"Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir."***

Bakanlık düzenleme yapma görevini bir yönetmelik çıkarmak suretiyle yerine getirmiş bulunmaktadır[53]. Haksız şartlar Yönetmeliğinin 8. Maddesinde idari denetimin nasıl yapılacağına ilşkin bir düzenleme bulunmaktadır: Buna göre; *"(1) Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır."*

"(2) Genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış tüketici sözleşmelerinde haksız şartların yer alması durumunda, bu şartların sözleşme metninden çıkarılması için sözleşmeyi düzenleyene Bakanlıkça otuz gün süre verilir. Bakanlık gerekli gördüğü hallerde bu süreyi doksan güne kadar uzatabilir."

"(3) Haksız şart olarak tespit edilen sözleşme şartlarının, tüketiciler açısından kesin olarak hükümsüz olduğunun sözleşmeyi düzenleyen tarafından tüketicilere açık ve anlaşılır biçimde yazılı veya elektronik ortamda bildirilmesi durumunda, tespit tarihinden önce tüketicilerle kurulan ve halen geçerli olan sözleşme metinlerinden bu şartların çıkarıldığı kabul edilir."

"(4) Bakanlıkça verilen sürenin bitimine kadar, sözleşmeyi düzenleyen tarafından haksız şartların sözleşme metninden çıkarılmaması halinde, aykırılığın tespit edildiği her bir sözleşme için Kanunun 77 nci maddesi uyarınca idari para cezası uygulanır."

Yukarıda incelendiği gibi, haksız sözleşme şartlarının tespiti ve sözleşme metninden çıkartılmasının sağlanması konusunda Bakanlık, idari denetim usulünü yargısal denetim yolunun yanısıra benimsemiştir. Bu yolun benimsenmiş olması, idari makamlarla mahkemeler arasında çıkabilecek yorum farklılıklarını da ortaya çıkaracaktır. İdari sistem belki daha hızlı ve etkili çalışabilir. Ancak, her halükarda yargıya gidileceği ve son sözü yargı söyleyeceği için ikili yöntem çok da

51 POROY, agm, s. 547

52 POROY, agm, s. 547; TANDOĞAN, Tüketicilerin Korunması, s.36; REHBİNDER, agm, s. 652

53 İlgili yönetmelik "TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ HAKSIZ ŞARTLAR HAKKINDA YÖNETMELİK" adıyla 17 Haziran 2014 tarih ve 29033 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

yararlı olmamıştır. Sonuçta idare siyasi yönü olan bir kurumdur ve sözleşmelere sık sık müdahale etmesi kabul edilmiş olan ekonomik sistem ile bağdaşmayacak pek çok durumda verilen bu yetkinin siyasi olarak kullanıldığı muhalif şirketlere baskı yapma amacıyla bu hükümlerden yararlanıldığı gibi iddialar ortaya atılmasına sebep olacaktır. Kabul edilen iktisadi sistem açısından da sözleşmelerin idari makamlarca denetlendiği görüntüsü çok uygun değildir. Çok zorunlu olmadıkça bu tarz görüntülerden kaçınmakta yarar vardır. Gerçi bir çok ülkede GİŞ, ülkemizde de sigorta sözleşmeleri, idari makamlar tarafından denetlenmektedir. Ancak, sonuçta mahkemeler, idari makamların kararları ile bağlı değildirler. Uygulamanın tarafsız ve objektif olması halinde arızi olarak yapılan ve daha çok yol gösterici olan cezacı olmayan idari yaklaşımların daha yararlı olabileceğini düşünüyoruz. Öte yandan, TKHK'nin 1. maddesine göre, tüketicinin kendi haklarını kendi araması teşvik edilecektir[54]. Bu bağlamda, tüketicinin veya tüketici örgütlerinin dava açarak bu denetimi yaptırmaları Kanunun amaç maddesine de çok uygundur. Kanun'un 73. maddesine göre Bakanlık, bireysel tüketici sorunu olmayan konularda tüketici mahkemelerinde dava açabilecektir. Bu nedenle, bir işletme tarafından kullanılan GİŞ'in haksız olduğunu düşünüyorsa Bakanlığın da, tüketici mahkemesinde dava açarak, bunun kullanılmasını önlemesi de mümkündür. Bakanlığın yönetmelikle getirilen yetkiden çok bu olanağı kullanmasının daha yararlı olacağını çeşitli spekilasyonları önleyeceğini düşünüyoruz.

Bakanlık'ın 5(8) hükmünde verilen görevi nasıl yerine getireceği açık değildir. Bizim kanaatimize göre bakanlık bu görevi düzenli sözleşme denetimi suretiyle değil gerektiğinde Tüketici Mahkemelerinde dava açmak suretiyle ve idari yaptırımlarla kullanmalıdır. Tek tek sözleşme denetimi oldukça güçlük yaratacağı gibi, piyasaya müdahale şeklinde de algılanabilecektir. Mahkeme kararı olmadan idari kararlarla sözleşmelerin değiştirilmesi böyle bir algı yaratacağı gibi, her alanda tek tip sözleşmelerin doğmasına sebep olur, ki bu da çeşitliliği ve gittikçe tüketicinin seçeneklerinin azalmasına ve yaratıcılığın körelmesine yol açar.

2.7. HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTI ÖRNEKLERİ

2.7.1. Genel Olarak

Yönetmelik'in 5. Maddesinin 4. fıkrasında *"(4) Bu Yönetmeliğin ekinde yer alan listede sayılan şartlar haksız şart olarak kabul edilir. Bu listedeki şartlar sınırlayıcı olmayıp örnek niteliğindedir."* hükmüne yer verilmiş ve Yönetmelik'in ekine bir de liste eklenmiştir. Aşağıda kısaca incelenecek olan bu örnek¬lerin ortak özellikleri, sınırlayıcı olmamaları, yol gösterme amacıyla ve¬rilmiş olmaları ve bunların haksız olarak kabul edilebilecek olmasıdır. Yani bunların dışında da haksız sözleşme ko-

54 ATAMER; "Sonuç olarak çıkış noktamızın hep kendi menfaatlerini korumayı bilen tüketici olması gerektiği düşüncesiyle idari ön denetim alternatifi bu tezde ret edilmektedir. Gerekli yasal düzenleme mevcutken ve yargı yoluna başvurmak kendisi için basitleştirilmiş olduktan sonra kendi haklarını bu-na rağmen korumaktan çekinen tüketiciyi iradesine muhalif şekilde korumanın bir gerekçesi olamaz. Nitekim AB önergesi de üye devletlere herhangi bir idari ön denetim yapması zorunluluğunu getir-mediği gibi (Giriş Bölümü , 23.paragraf) AB içinde yönelimin idari ön denetimi kaldırmak yönünde ol-duğu da izlenebilmektedir. Örneğin Almanya' da sigorta genel işlem şartları için dahi bu denetimden 1994 yılında vazgeçilmiştir." s. 53

şulları olabileceği gibi, bu şartlar da bazı koşullar altında haksız olarak kabul edilmeyebilecektir. Örneğin, burada yer alan bir şart başka bir şart ile dengelenmiş olabilir. Bu nedenle, her bir olayın somut koşullarına göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Eklerin (a) fıkrası, listede yer alan şartların "hedeflenmesini" veya listede sıralanan "sonuçların doğmasını" aynı şekilde haksız şart olarak kabul etmektedir. Yönergenin de ekinde benzer bir liste yer almaktadır.

2.7.2. Tazminat Sorumluluğunun Sınırlanması

Listenin 1. Maddesinin birinci sırasında satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tazminat sorumluluğunu sınırlandıran şartların haksız sayılacağına dair bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre:

"a) Sözleşmeyi düzenleyenin bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar," Burada sözü edilen zararlar ölüm, yaralanma ve maddi zararlar ile ilgili zararlardır. Yönerge'de ise ölüm ve kişisel zararlar ifadesi kullanılmıştır. Satıcının bir fiil veya ihmalinden kaynaklanan ölüm ve kişisel zararlarla ilgili tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması haksız şart olarak kabul edilmiştir. Manevi zararların kapsam dışı kaldığı da anlaşılmaktadır[55]. 6502 sayılı kanun tazminat ile ilgili konularda, genel hükümlere atıf yapmaktadır. Ayıplı mal nedeniyle doğan sorumluluğun sınırlanması konusunda da, genel hükümlere gönderme yapılmıştır.

Buna karşılık, tüketicinin edimini ifa etmemesi halinde, fahiş tazminat yükümlülüğü getirilmesi haksız şart sayılır.

"d) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar,"

2.7.3. İfa İle İlgili Sınırlamalar

Listede, ifa etmeme veya kötü ifa, ifalar arasında dengesizlik, sözleşmeden dönme halinde ifa, tüketici tarafından ifa edilen kısımların alıkonulması gibi genel olarak ifa ile ilgili haller sayılmıştır. İki sırada yer alan şart, ifa etmeme veya kötü ifa hallerinde tüketicinin talep haklarını ortadan kaldıran veya ölçüsüz bir şekilde sınırlayan şartların haksız sayılacağını göstermektedir. Burada özellikle şunu belirtmek gerekmektedir; tüketicinin ayıp nedeniyle sahip olduğu hakların sınırlanması mümkün değildir. Kanun'un 11 ve 15. maddelerinde yer alan ifadelerdeki emredicilik, bu yöndeki sınırlamaların geçersiz olacağını göstermektedir. Gerçekten "satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür." ifadesi gayet net ve emredici mahiyettedir. Dolayısıyla, listede yer alan "ölçüsüz bir şekilde sınırlayan" ifadesi, sanki satıcının bu yükümlülüğünün ölçülü bir şekilde sınırlanabileceği gibi bir izlenim yaratmaktadır, ki bu durum yanıltıcıdır.

55 Doktrinde kuvvet kazanan ve özellikle bireysel sözleşmeler için önem taşıyabilecek bir görüş uyarınca, vekilin, ne kendi hafif ihmali için (BK m.99/I) ne de yardımcı kişilerinin kusuru için (BK m.100/II) bir sorumsuzluk anlaşması yapamaması gerekir. Uzmanlık gerektiren işlerde (örn. Doktor, avukat, mimar gibi meslek sahipleri veya bankacılık sektörü) güven unsurunun ön plana çıkması bir sorumsuzluk anlaşması yapılması düşüncesiyle bağdaşmaz ATAMER, s. 255

"1-b) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,"

Satıcının ifa yükümlülüğünün sözleşmede net olarak gösterilmeyerek, satıcıya ifa yükümlülüğünü ne şekilde yerine getireceğini belirleme konusunda yetki veren, buna karşılık, tüketicinin her halükarda ifa yükümlülüğünü yerine getirmek zorunda kalacağı şartlar haksız şart sayılır. Gerçekten listenin üçüncü sırasında yer alan örneğe göre:

"1-c) Sözleşmeyi düzenleyenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,"

2.7.4. Sözleşmeden Dönme ve Fesih

Sözleşmeden dönme halinde tarafların katlanmak zorunda olacakları edimlerin dengesiz ve tek yanlı bir şekilde tespit edilmemesi ve fesih yetkisinin de karşılık olarak belirli bir denge gözetilmek suretiyle verilmesi gerekmektedir.

"1-ç) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar," Bu durumda tüketicinin sözleşmeden dönmesi zorlaştırılmakta ancak, satıcı rahatça sözleşmeden dönme hakkına sahip olmaktadır.

Bazı şartlar altında taraflara sözleşmeyi fesih etme hakkının verilmesi doğaldır. Ancak feshe ilişkin hükümlerin de taraflara dengeli bir şekilde verilmiş olması gerekmektedir.

"1-e) Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde fesh etme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkıvermeyen şartlar ile sözleşmeyi düzenleyenin fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığında almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar," "1-f) Sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın fesh etme hakkı tanıyan şartlar", Böylece tüketicinin fesih etme olanağı aşırı derecede sınırlanmış ve hatta fiilen imkansız hale getirilmiş olmaktadır. Bu gibi durumlarda, tarafların makul bir süre önceden fesh-i ihbarda bulunmak suretiyle sözleşmeye son verebilmeleri gerekmektedir. 1-f. bendi finans hizmetleri ifa edenlere süresiz bir sözleşmeyi tek taraflı ve önemli bir sebebin varlığı halinde süre vermeksizin feshetme hakkını tanıyan şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının, bu durumdan tüketiciyi derhal haberdar etme yükümlülüğü bulunsun. Bu istisna hükmünün, ne şekilde uygulanacağı önemlidir. Örneğin, bir bankanın, tüketicinin ödemelerini aksatması nedeniyle, kredi kartı hesabını kapatması ve bunu da derhal tüketiciye bildirmesi 1-f. bent kapsamında haksız şart sayılmayacaktır. Ancak, tüketici kredileri belirli süreli olduğu için tüketici kredisi sözleşmesinde böyle bir hükmün bulunması halinde haksız sözleşme şartı sayılacaktır.

(f). bent şu işlemlere uygulanmaz:

(f) alt bendi için sözleşmede tüketicinin derhal haberdar edilmesi yükümlülüğünün bulunması şartıyla finansal hizmet ifa edenler, önemli bir sebebin varlığı halinde, belirsiz süreli bir sözleşmeyi

tek taraflı ve süre vermeksizin feshetme hakkını tanıyan şartlara sözleşmede yer verebilir. f bendi şunlara uygulanmaz:

1) Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, sağlayıcının müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere ve

2) Yabancı para alımına veya satımına, seyahat çeki veya yabancı para cinsinden belirlenen uluslar arası para havalesine ilişkin sözleşmelere.

Yönetmeliğin 1-g bendi hükmüne göre; *"g) Belirli süreli sözleşmelerde, sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin konulan şartlar,"* haksız sözleşme şartı sayılır. Eski yönetmelikte ise bu hüküm şu şekilde idi: *"8) Süreli bir sözleşmenin, tüketicinin aksine bir beyanı olmaması halinde kendiliğinden uzatılmış sayılacağını öngören ve tüketicinin sözleşmeyi uzatmama yönündeki iradesini beyan etmesi için sözleşmenin sona ereceği tarihten aşırı derecede uzak bir tarih saptayan şartlar,"*

Böyle bir durumda, tüketici muhtemelen bu süreyi sadece unuttuğu için atlamış olacağından sürekli ve otomatik olarak aslında bağlı kalmak istemediği bir sözleşmeyle bağlı kalacaktır. Tüketiciyi bu şekilde iradesi dışında bir sözleşme ile bağlı tutmaya çalışmak haksız şart sayılır.

2.7.5. Sözleşmenin Tek Taraflı Olarak Değiştirilmesi

Sözleşmenin tek taraflı olarak değiştirilme olanağının satıcıya verilmesi, tüketicinin sürpriz yükümlülüklerle veya sınırlamalarla karşılaşması anlamına gelmektedir. Sözleşme yapıldığı sırada beyan edilen iradeler bir anda değişebilmekte, sözleşmenin şartları tüketici aleyhine olarak değişebilmektedir[56]. Nitekim, Kanun'un 4(2). maddesinin son fıkrasında açıkça sözleşme şartlarının

56 "Belirtilen hukuk kurallarının ışığında, az yukarıda açıklanan yasa hükümlerinin metnine, yazılış biçimine ve güttüğü amaca bakıldığında; doğal gaz ürünlerinin tüketiciye yapılan satışında taban ve tavan fiyatlarını belirlemek ve uygulamak yetkisinin, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına verildiği, kamu yarar ve düzenini korumak amacıyla buyurucu normlar olarak düzenleme yapıldığında, kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Nitekim, yasanın sözünde dahi "Kamu Yararı" sözcüğüne özellikle yer verilmesi de, bu sonucu doğrulayan diğer bir unsurdur. Hal böyle olunca sözleşmenin 24. madde-si ile fiyat belirlemeye yönelik yetkinin davalıya bırakılması sözü edilen yasanın amir hükümlerine aykırı olduğu için, BK. nun 19. maddesi gereğince hükümsüzdür. O nedenle, sözleşmenin bu koşulu davacıyı hukuken bağlamaz ve onu doğal gaz satış fiyatları bakımından bir edim yükümü altına sok-maz. Dahası, sözleşme serbestiyesi ve özgürlüğü kuralına sığınarak doğal gaz satış fiyatlarının tespi-tini ilgili bakanlık tekeline veren, aksine başka kurumların düzenlenmesini yasaklayan buyurucu hü-kümlerden sıyrılmak için sözleşmeye 24. madde ile düzenleme getirilmesi yasaya karşı hileye baş-vurma olur ve doğrudan doğruya emredici hukuk kuralına aykırı davranma ile özdeş anlamdadır. Yine Hukuk Devletinde; bir kurumun, yasaların emredici hükümlerini ihmal ederek , iltihaki sözleşmelere özgü avantajlardan yararlanmak suretiyle kendi yararına sözleşmeye hüküm koyması, yetki gaspı niteliğinde olup , MK nun 2. maddesine aykırıdır. Bu tip girişimler genel hukuk düzeninin ve genel hukuk duygusunun ağır şekilde zedelenmesine yol açar ve hukuki güven sarsılır. Davada ; birde "İlti-haki Sözleşmelerin" hukuki yapısı yönünden de tartışma açmakta yarar vardır. İltihaki sözleşmeler ; (Contrada d'addesion) bir kamu hizmeti ifa edip, hukuken veya eylemli olarak tekel durumu arz eden ve tüketicinin bağlanması gereken (nakliye müesseseleri, elektrik, havagazı, doğal gaz, PTT sözleşmeleri gibi) standart hükümleri içeren ve tüketicilerin olduğu gibi bağlanmak zorunluluğunda kaldığı sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde, taraflardan biri olan idare, önceden sözleşme koşullarını hazırlayarak bir icap şeklinde, umuma arz eder ve hizmetten yararlanma ihtiyacı içinde olan yurttaş bunların zımnen kabul etmek suretiyle bağlanır.

tüketici aleyhine hiçbir şekilde değiştirilemeyeceğine ilişkin bir hüküm getirilmiştir. Genellikle, satıcıya tek yanlı olarak tüketici aleyhine sözleşmeyi değiştirme yetkisi tanıyan hükümler konulmaktadır. Bu gibi sözleşme şartlarına bazı örnekler listede gösterilmiştir:

"h) Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar, "

Yukarıdaki örnekten sözleşmenin değiştirilmesi için bazı önemli şartların gösterilmesi halinde sözleşmenin değiştirilebileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Bize göre, yukarıda belirttiğimiz emredici kanun hükümleri karşısında bu mümkün görülmemektedir. Onuncu bent, finans hizmeti ifa edenlere tüketici tarafından ödenecek veya tüketiciye ödenecek faiz oranlarını veya finans hizmetlerinin diğer bütün masraflarının bedelini haklı sebeplerin varlığı halinde önceden bildirmeksizin değiştirme hakkı veren şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının bu durumdan tüketiciyi derhal

---

Genel koşulları önceden tespit eden taraf, bunlarda değişiklik yapma olanağına sahiptir. Ekonomik bakımdan güçlü olduğu için karşı tarafın ileri sürebilece-ği değişiklikleri kabule yanaşmaz. Bu durumda taraflardan birinin kendi şartlarını diğerine dikte etmesi-ne yol açan bir sözleşme özgürlüğü; özgürlük olmaktan çıkıp bir ayrıcalık halini kazanır. (Bkz 5.4.1944 gün ve 12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı , Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlü-ğünün Bu Açıdan Sınırlanması . Prof. Dr. Haluk Tandoğan , Ankara-1977 , sh 24 vd.)

Tüketicinin korunmasının ortaya çıkardığı sorunlardan birisi de, tüketicilerin genel işlem şartları yoluyla sömürülmesinin önlenmesidir. Ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması, Anaya-samızda belirtilen ve "Sosyal Hukuk Devleti" ve "İktisadi ve Sosyal Hayatın Adalete Göre Düzen-lenmesi" eş söyleyişle "Sosyal Adalet" ilkelerinin bir gereğidir. Sırası gelmişken hemen vurgulayalım ki, hakim , Medeni Yasanın 1. maddesinin kendisine tanıdığı yasa koyucu gibi hareket etme yetkisi-ne dayanarak özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyi niyet kurallarına uymayı ön gören MK. md. 2/F.I; kişiliğin korunmasını düzenleyen MK. md 24 ; ahlaka aykırı sözleşmeleri yasaklayan BK. md 19/F.II gibi genel kurallar altında sözleşme özgürlüğüne tüke-ticiyi koruyucu sınırlamalar getirilebilir. Gerçekte de mahkemeler, somut olayın kendine özgü verileri ve koşullarının gerçekleşmesi halinde ve yasal genel kurallar çerçevesinde; dikkati özel olarak çe-kilmeksizin sözleşmeye konan ve alışılmamış şartlarla, tüketiciyi bağlı tutmamalı ve hükümsüz say-malıdır. En önemlisi, yargı kararları ile tüketicinin bu yolda korunması hukuk devleti ve sosyal adale-tin bir gereği kabul edilmelidir.

Mahkemece dava reddedilirken doğal gaz satış tarifesine ilişkin Encümen Kararının iptali yönünden dava açılmadığı nedenine de dayanılmıştır. Oysa, davada öne sürülen maddi olgular Encümen Ka-rarının yasal dayanaktan yoksun olduğu iddiasını da kapsamakta olup, satış fiyatlarını belirleyen En-cümen Kararı idari bir tasarruftan kaynaklanmamaktadır. Encümen Kararı , Özel Hukuk Kurallarına tabi Abonman Sözleşmesinin 24. maddesinden güç alarak çıkarılmıştır. O nedenle , bu davanın için-de çözümlenecek bir sorunun, açılacak ayrı bir dava içinde çözümlenmesini düşünmek isabetsizdir. (Bkz. 5.4.1944 gün ve 12 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı).

Şu durum karşısında; davalı kurum, ancak Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığınca 31.1.1995 tarihli resmi gazetede yayınlanan 1995/1 "Doğalgaz Satış Fiyatı Kararları Tebliğindeki" alt ve üst sınırlar olarak belirlenen değer arasında kalan miktar için; konut, resmi daire ve ticarethane doğalgaz tüketi-cilerine, yapacağı satışlara ilişkin olarak fiyat tespiti yapabilir. Anılan Tebliğ ile davalıya tanınan yetki-nin sınırları bu şekilde çizilip tahdit edildiğinden , Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının tespit ettiği üst sınırı aşan davalı kurumca düzenlenen tarife hükümleri hukuken geçersizdir. Davacıyı bağlamaz ve buna dayanılarak , hüküm kurulamaz. O nedenle, sözleşme ve yasa hükümleri yanlış yorumlanarak, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir. Mahke-mece yapılacak iş; 1.1.1995 tarihinde yürürlüğe giren 1995/1 sayılı Enerji ve Tabi Kaynaklar ba-kanlığının "Doğalgaz Satış Fiyatı Tespit Kararı Tebliği"hükümleri uygulanmak suretiyle , yanlar arasındaki gerçek alacak ve borç miktarı tespit edilmeli hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir." YARGITAY 13. HD. 18.3.1996-E. 1734/K. 2495

haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi derhal feshetme hakkı bulunsun. Burada, yine Kanun'daki emredici hükümler açısından bu istisna hükmü geçerli olmayacaktır. Onuncu alt bent, ayrıca meslek sahibine süresiz bir sözleşmenin hükümlerini tek taraflı olarak değiştirme hakkı tanıyan şartlara engel değildir, yeter ki sağlayıcının bu durumdan tüketiciyi vaktinde haberdar etme yükümlülüğü ve tüketicinin sözleşmeyi feshetme hakkı bulunsun.

1-h bendi şu işlemlere uygulanmaz:

1) Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak sağlayıcının müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere ve

2) Yabancı para alımına veya satımına, seyahat çeki veya yabancı para cinsinden belirlenen uluslararası para havalesine ilişkin sözleşmelere.

"ı) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,"

Tüketicinin, sözleşme yapılırken, sözleşmeden umduğu edim ne ise, bu edimin aynen yerine getirilmesi ve tek yanlı olarak değiştirilememesi gerekir. Haklı sebepler varsa edim değiştirilebilecekmiş gibi bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Bize göre, böyle bir haklı sebebin varlığı halinde dahi, en azından tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı verilmek suretiyle, satıcıya tanınan bu değiştirme hakkının dengelenmesi gerekir.

"i) Sözleşmeyi düzenleyenin mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar," Yukarıda, tüketicinin mal veya hizmet karşılığında ödeyeceği bedelle ilgili bir değerlendirmenin yapılamayacağını belirtmiştik. Ancak bunun bir istisnası olarak, bedel sözleşme yapıldığında açık ve anlaşılır bir şekilde belirtilmemişse haksız şart olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğunu da belirtmiştik. Listenin 12. sırasındaki örnek bu durumu göstermektedir. 12 nci alt bent, hukuka uygun olmaları ve fiyat değişikliği yönteminin içinde açıkça tanımlanmış olması koşuluyla fiyat endeksi şartlarına engel değildir[57].

Yönetmelik ekinin 2. maddesine göre 1-i. bendi şu işlemlere uygulanmaz: (i) alt bendi için, ilgili mevzuatta aksine bir hüküm bulunmaması ve fiyat değişikliği yönteminin sözleşmede açıkça belirlenmiş olması şartıyla sözleşmede fiyat endeksi hükümlerine yer verilebilir.

(i) alt bentleri aşağıdaki işlemlere uygulanmazlar:

1) Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, sağlayıcının müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere ve

57 Yargıtay, Belediyenin, doğal gaz aboneleri ile yaptığı sözleşmeye, doğal gaz fiyatlarını tek yanlı olarak arttırma yetkisini kendisine veren bir madde koymuş olması ve buna dayanarak, doğal gaz fiyatlarını, Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığının belirlediği aralığın üstüne çıkarmasını, kanuna karşı hile ve ilti-haki sözleşmelerde bu gibi tek yanlı ve alışılmamış hükümlerin geçersiz sayılması gerektiği gerekçesi ile geçersiz saymıştır. YARGITAY 13 HD. 18.3.1996-E. 1734/K. 2495

2) Yabancı para alımına veya satımına, seyahat çeki veya yabancı para cinsinden belirlenen uluslar arası para havalesine ilişkin sözleşmelere.

"1-j) Sözleşmeyi düzenleyene, mal veya hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkıveren veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,"

Böyle bir durumda, sözleşmenin şartlarına uygun olmayan bir edim dahi satıcı tarafından uygun olarak nitelenebilecek, tüketici ise bu konuda herhangi bir hakka sahip olmayacak ve bunu kabul edecektir. Oysa ki, bu gibi uyuşmazlıkların tarafsız bir kişi ya da organ tarafından halledilmesi gerekmektedir. Özellikle, bu konuda, Tüketici Hakem Heyeti ("THH") ve tüketici mahkemelerine başvuru hakkının kısıtlanmamış olması gerekir.

"1-m) Sözleşmeyi düzenleyene, tüketicinin sahip olduğu teminatların azaltılmasına neden olabilecek şekilde, sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, tüketicinin onayı alınmaksızın devretme imkanı veren şartlar,"

Birçok durumda, tüketicinin zararına olacak şekilde sözleşme ilişkisinin devri yetkisinin tek yanlı olarak satıcıda tutulmasını içeren sözleşme şartlarına rastlanmaktadır. Tüketicinin sözleşmenin ifasını satıcıdan beklemekten çoğu zaman vazgeçemeyeceğimenfaatleri olabilir. Bu nedenle, böyle bir yetkinin tüketicinin onayına tabi kılınması ya da sadece zorunlu hallerde kullanılabilmesi gerekir. Örneğin, iki şirketin birleşmesi gibi durumlarda böyle bir zorunluluğun varlığı kabul edilebilir.

TBK'nin, "Değiştirme Yasağı" başlığını taşıyan 24. maddesine göre; *"Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır."* Bu genel kanun hükmü uyarınca, zaten tartışılmadan tek yanlı olarak bir GİŞ içine konulan tek taraflı olarak sözleşme hükümlerini değiştirme olanağı veren hükümler yazılmamış sayılacaktır. Dolayısıyla, Yönetmelikte sayılan hususların genel olarak TBK hükmüyle de yasaklanabileceği ve sözleşmelerden çıkarılabileceği anlaşılmaktadır.

2.7.6. Yükümlülükleri Kısıtlayan Kayıtlar

Satıcılar, kendilerinin veya acente veya yetkili servis gibi temsilcilerinin, özellikle satış sonrası ücretsiz hizmetleri verme yükümlülüklerini zorlaştırmak veya ücret alabilmek için çeşitli zorluklar çıkarmak ve bu yükümlülüklerini sınırlandırmak eğilimi göstermektedirler. Sözleşmelere bu yönde konacak şartlar haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilecektir:

"k) Sözleşmeyi düzenleyen adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler tarafından verilen taahhütleri yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,

l) Sözleşmeyi düzenleyenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar,"

l ve k bentlerinde yer alan bu örneğin bir özel hükmü de Kanun'un 19(1). fıkrasında yer almaktadır. Buna göre; satıcının, muacceliyet şartından yararlanabilmesi için, kendi edimlerinin tamamını yerine getirmiş olması gerekmektedir.

2.7.7. Dava Veya İspat Hakkının Kısıtlanması

Yönetmelik Ekinin 1. maddesinin n bendine göre;

"1-n) Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar"

Tüketicinin dava ve talep haklarını sınırlandıran ve böylece satıcıyı daha avantajlı pozisyona getiren hükümler haksız sözleşme şartı olarak kabul edilecektir. Davada kullanılabilecek delillerin sınırlandırılmış olması da dava hakkının kullanılmasının sınırlanması ile aynı sonuçları doğurur. Bu gibi koşullar, Kanun'un "tüketicinin kendi haklarını bizzat kendi aramasını teşvik etme" fonksiyonuna da ters sonuçlar doğurur. Gerçekten, Kanun'un "Amaç" başlığını taşıyan 1. maddesinde, "tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek" de sayılmıştır. Kanun, tüketicilerin hak arama alışkanlığı kazanmasını teşvik etmek isterken, sözleşmelere, satıcılar tarafından, tüketicinin hak aramaktan vazgeçmesine yol açacak şartların konulmasına izin verilmesi düşünülemez.

Bankalar genellikle, müşterileri ile aralarında çıkabilecek sorunların çözümü ile ilgili olarak sözleşmeye yetki şartı koymaktadırlar. Bu yetki şartı ile tüm davalarını aynı mahkemede toplamakta ve böylece kendileri açısından rasyonel davranmış olmaktadırlar. Ancak bu hükümler genellikle, doğal yargıç ilkesinden ayrılınmasına sebep olmakta ve müşterinin anayasal bir hakkı ihlal edilmiş olmaktadır. Bu gibi şartlar, tüketicinin mahkemeye başvuru haklarını sınırlandıran bir kayıt niteliğinde görülerek, haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilir[58].

"ğ) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar," Listenin 1-ğ. sırasında yer alan bu örnek de, tüketicinin aslında hiç bir bilgisi olmadığı sözleşme şartlarını kabul ettiği, böylece aksini ispatlama olanağını kaybettiği sonucunu doğurmaktadır. Yani böylece tüketici, haklarını aramaktan vazgeçirilmiş, caydırılmış olmaktadır. Bu gibi hükümler, Kanun'un ana amaçları ile ters düşmektedir.

HMK'nin 193. maddesi uyarınca, taraflar arasında delil sözleşmeleri yapılması mümkündür. Bu sözleşmelerin münhasır delil sözleşmesi niteliği taşıması, yani bir hususun yalnızca kararlaştırılan delillerle ispatlanacağı, başka delil sunma imkanının olmadığı da sözleşmede kural olarak şart koşulabilir[59]. Ancak, aynı hükmün ikinci fıkrasına göre taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkansız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir. Yönetmelik ise tüketicinin, *"....gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandıran veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini ona yükleyen şartlar"*ı haksız sözleşme koşulu olarak kabul etmektedir. Burada ilginç olan, mevcut hukuki düzene atıf yapılmış olmasıdır. Yönetmelikte düzenlenen bu haksız şart örneği, mevcut hukuki düzene göre dağıtılmış olan ispat yükünün ters çevrilmesi sonucunu doğuracak şartları haksız sözleşme şartı olarak görmektedir. Yani Bakanlık, mevcut

58 ATAMER, böyle bir hüküm yok iken de, kamu düzenine aykırılık testi ile aynı sonuca ulaşmıştır. s. 282-283

59 ATAMER, s. 283

hukuki düzenden (yedek hükümlerin kurmuş olduğu düzen) sapılmasını haksız sayarak "kamu düzeni" kıstasını uygulamış olmaktadır.

Tüketicinin, gösterebileceği delilleri ölçüsüz bir şekilde sınırlandıran şartlar da haksız şart olarak kabul edilecektir. İspat yükünden anlaşılması gereken şey; davanın taraflarından hangisinin muhakemeye getirilmiş olan bir vakıayı ispat yükü altında olduğudur. MK'nin 6. maddesi uyarınca genel kural, bir vakıadan kendi lehine sonuçlar çıkaranın bu vakıaları ispat yükünü taşımasıdır. Ancak bu kuralın yetersiz kaldığı hallerde, ispat yükünün dağıtılmasında başka ölçülere başvurulması da söz konusu olabilir. Örneğin; hayatın olağan akışına uygun düşen vakıanın ispatı zorunluluğunun olmaması, dürüstlük kuralı uyarınca ispat yükünün yer değiştirilebilmesi gibi; delillerin aşırı bir şekilde kısıtlanması, çoğunlukla dava hakkının sınırlanması sonucunu da doğuracaktır. Çünkü, tüketici bu delillerle davayı kazanamayacağını düşünerek dava açmaktan da vazgeçecektir. Sözleşmede yer alan delillerle ilgili hükümler genellikle, tüketicinin, satıcı nezdindeki belgelerden başka delillere dayanamayacağı sonucunu doğurmaktadır. Ancak, bir kimsenin kendi hakimiyet alanında düzenlemiş olduğu belgelere dayanarak iddiasını ispat etmesinin çarpıklığı açıktır[60]. Kanun'un 5. maddesi ve Yönetmeliğin bu örnekleri sayesinde, bundan böyle hiçbir tereddüt olmaksızın bu gibi hükümlerin haksız sözleşme şartı sayılması gerekmektedir.

3. SATIŞTAN KAÇINMA

TKHK. 5. maddesi bazı koşulların varlığında satıcının, satıştan kaçınamayacağını, sözleşme yapmasının zorunlu olduğunu düzenlemektedir[61]. Yeni TKHK'da söz konusu hüküm 6. maddede düzenlenmiştir. TKHK m. 6(1,2): ***"(1) Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz.***

(2) Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz. "

Kanun açıkça sözleşme zorunluluğu getirmektedir. Bilindiği gibi Türk Hukuku'nda kural olarak sözleşme serbestisi geçerlidir. Bu, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü de kapsar. Kanun, belirli koşullar varsa bu özgürlüğü kısıtlayarak tüketici lehine olarak bir sözleşme yapma zorunluluğu öngörmektedir. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde, 77. madde ile cezai bir yaptırım öngörülmüştür. Ancak bazı hallerde kişilerin bazı davranışları, üçüncü kişilerle sözleşme yapmak istediği, yani icapta bulunduğu anlamına gelebilir.

Kanun'un 6. maddesinin 3. fıkrası bu zorunluluğu güçlendirecek hükümler içermektedirler. Buna göre " Yeni TKHK m. 6 (3): ***"Ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenler; aksine bir tea-***

60 4822 sayılı Kanun ile 6. madde ve Yönetmelik çıkmadan önce de aynı sonuca ulaşılıyordu. İspatın münhasıran satıcı elindeki "bu belgelerle yapılacağının GİŞ içinde kararlaştırılması yasal düzenden sapan ve müşteriyi aşırı derecede mağdur eden , dolayısıyla kamu düzenine aykırı bir hükümdür. Mukayeseli hukuk verilerinin de bu konuda mutlak bir yasağa işaret ettiği dikkate alınırsa , taraflardan birinin tüm savunma haklarını ortadan kaldıran bu hükümler batıl sayılmalıdır. ATAMER, s. 285

61 GÖKÇEER, Fikri; "Devlet ve Belediyeler Açısından Tüketicinin Korunması" Çağdaş Yerel Yönetimler C.4 S.5 Eylül 1995 s.44.

mül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep yoksa; bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlayamaz.

Bilindiği gibi TBK'nin 8(2). maddesine göre; ***"Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır."***[62] Dolayısıyla bu öneriyi kabul ettiğini bildiren müşteri ile satıcı arasında sözleşme kurulmuş olur. TKHK ile, bu sözleşmeye uymayı reddeden satıcılar aleyhine idari para cezaları uygulanma olanağı getirilmiş olmaktadır.

Bakanlık ve Belediyeler, bu madde hükümlerinin uygulanması ve izlenmesini sağlamakla yükümlüdürler.

4. SİPARİŞ EDİLMEYEN MAL VE HİZMETLER

TKHK'nin 7(1). hükmüne göre; ***"Sipariş edilmeyen malların gönderilmesi ya da hizmetlerin sunulması durumunda, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri sürülemez. Bu hâllerde, tüketicinin sessiz kalması ya da mal veya hizmeti kullanmış olması, sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanı olarak yorumlanamaz. Tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.***

(2) Bir mal veya hizmetin sipariş edildiğini iddia eden bu iddiasını ispatla yükümlüdür."

Ismarlanmayan şeyin gönderilmesi başlıklı TBK'nin 7. maddesine göre; *"Ismarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir."*

Bu iki hükmün aşağı yukarı aynı sonuçları doğuracağını düşünüyoruz. TBK'ya göre ısmarlanmayan bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Bu durumda ortada bir öneri olmadığına göre gönderilen şeyin kullanılması ya da alıcının itiraz etmeyerek sessiz kalması zımni kabul olarak anlaşılamaz. Yani sonuçta, bu gibi davranışlar ya da tepkisizlik sözleşmenin oluştuğuna işaret etmeyecektir. Aynı sonuç, TKHK açsından hükümde açıkça sayılmıştır.

Her iki hükümde de, alıcının malı geri yollama ya da saklama yükümlülüğü olmadığı belirtilmektedir. Demek ki mal, tüketicinin elinde iken telef olsa hiçbir şeye bakılmadan tüketicinin herhangi bir sorumluluğu olmayacağı sonucuna varılması gerekecektir.

TKHK ayrıca, malın sipariş edildiğini ileri sürenin bunu ispat etmesi gerektiği belirtilmiştir ki genel kuralın tekrarından ibarettir. TBK'nin 7. maddesinde böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Herkes iddiasını ispatla yükümlüdür. Dolayısıyla bir sipariş aldığını ileri süren bunu kanıtlamak zorundadır.

Bu hükümler, tüketiciye durup dururken mal veya hizmet (kredi kartı gibi) gönderilmesine ciddi anlamda engel olabilecek niteliktedir. Örneğin, talep edilmediği halde kredi kartı gönderilmişse tüketici bunu kullanabilecek ancak kredi kartını kabul etmiş sayılmayacaktır.

62 SEROZAN, s.582

5. BANKACILIK ÜCRETLERİNDE UYGULANACAK ESASLAR

5.1. GENEL OLARAK

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Kanun'un verdiği bankacılık hizmetlerinden alınacak ücretlerle ilgili düzenleme yapma görevi BDDK tarafından yerine getirilmiş bulunmaktadır[63].

Bilindiği üzere, kanunlar hiyerarşisinde en yukarıda Anayasa olmak üzere sırasıyla Anayasa, kanunlar, tüzükler, yönetmelikler ve tebliğler yer alır ve bu düzenlemeler bir üstteki düzenlemeye aykırı olamaz. Kanunlar hiyerarşisi içindeki düzenlemeler herkes için bağlayıcıdır. Bu sebeple hakimin önüne gelen olayda uygulayacağı yönetmeliğin kanuna veya anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü durumlarda doğrudan kendisinin yönetmeliğe aykırı olarak bir karar vermesi doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Bizim kanaatimize göre bu gibi durumlarda hakimin ilgili kişilere yönetmeliğin iptali için dava açmak üzere süre vermesi daha uygun bir çözüm olacaktır. Eğer dava açma süreleri geçmiş ise hakimin bu konudaki talebini Danıştay dikkate almalı ve yapılmış bir işlemle birlikte açılmış bir iptal davası olarak görüp bu davaya bakmalıdır. Hakim de Danıştay'ın kararını beklemelidir. Maalesef, hakimlerin anayasaya aykırı gördükleri kanunların itiraz yoluyla denetimine ilişkin öngörülen yol gibi bir denetim yolu ikincil mevzuat için öngörülmemiştir. Bu nedenle Yargıtay kanuna aykırı gördüğü yönetmelikleri Danıştay'a iptal için göndermek ya da ilgilisine dava açmak üzere süre vermek yerine bazen, uygulamamayı tercih etmektedir. Ancak bu durum kanuna aykırı yönetmeliklerin yürürlükte kalmasına sebep olduğu gibi yürürlükteki bir mevzuatın mahkemeler tarafından uygulanmaması gibi garip bir sonuca da yol açmaktadır.

Ücret Yönetmeliği'nin amacı kuruluşlar tarafından finansal tüketicilere sunulan ürün veya hizmetlere ilişkin olarak ***faiz veya kâr payı*** dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türleri ile bunlara ilişkin usûl ve esasları belirlemektir. "Finansal Tüketici", Kanun'un 3. maddesinde tanımlanan tüketicilerden kuruluşlarca kendisine ürün veya hizmet sunulan tüketiciyi, Kuruluşlar ise bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşları ifade etmektedir.

6502 sayılı Kanun'un 3. maddesi çerçevesinde tüketici ticari ve mesleki amaçlar dışında amaçlarla hareket edenlerdir. Bu durumda ticari ve mesleki amaçlarla hareket edenler bu kanun ve yönetmelik kapsamı dışında kalacaklardır. Öte yandan Yönetmelik kapsam maddesinde bazı işlemler, ticari ve mesleki amaçlı olup olmadığına bakılmaksızın Yönetmelik kapsamı dışında bırakılmıştır. Buna göre, bu Yönetmelik bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar ile bu kuruluşlar tarafından finansal tüketiciye sunulan ürün veya hizmetleri kapsar. İlgili mevzuat çerçevesinde finansal tüketicilerin ***menkul kıymet ve sigortacılık işlemleri ile çek, senet ve teminat mektubu işlemleri karşılığında kuruluşların talep edebilecekleri ücretler*** işbu Yönetmelik kapsamında değildir. Yönetmelik kapsamı dışında kalan bu işlemlerin ticari mi yoksa mesleki mi olduğuna bakmaya gerek olmaksızın Yönetmelik kapsamı dışında kalacağı anlaşılmaktadır.

63 3 Ekim 2014 tarih ve 29138 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan yönetmelik. (FİNANSAL TÜKETİCİLERDEN ALINACAK ÜCRETLERE İLİŞKİN USÛL VE ESASLAR HAKKINDA YÖNETMELİK)

Bu Yönetmelik hükümleri yürürlük tarihinden sonra kurulacak sözleşmelere uygulanacaktır. Yönetmeliğin yürürlük tarihinden önce kurulmuş sözleşmelere Yönetmeliğin yürürlük tarihinden sonra gerçekleştirilecek işlemler bakımından uygulanır. Bu nitelikteki sözleşmelerin Yönetmeliğin yürürlük tarihinden önce gerçekleştirilmiş işlemler hakkında bu Yönetmelik hükümleri uygulanmayacaktır.

5.2. TEMEL İLKELER

5.2.1. Sözleşme Esasları

Yönetmeliğin "Sözleşme Esasları" başlıklı 5. maddesinin (1). fıkrasına göre; "Kuruluşlar ile finansal tüketiciler arasında düzenlenen sözleşmeler ve yapılan bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı vasıtasıyla finansal tüketiciye verilir." Bu hüküm Kanun'un 4. maddesinin (1). fıkrasının tekrarından ibarettir. Sadece eksikliklerin sonuçları tekrar edilmemiştir. Bunun bir sonucu olduğu düşünülmemektedir.

Yönetmeliğin aynı maddesinin (2). fıkrasına göre; *"Kâğıt üzerinde düzenlenecek sözleşmelerde, 'Sözleşmenin bir nüshasını elden aldım.' şeklindeki ibarenin finansal tüketici tarafından yazılmasının sağlanması zorunludur."* Bu hüküm sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilip verilmediğinin ispatlanması açısından oldukça pratik bir yol önermektedir. Tüketici tarafından el yazısı ile sözleşmeyi elden aldığını belirten bir ibare yazılması halinde sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verildiği ispat edilmiş sayılacaktır.

Yönetmeliğin aynı maddesinin (3). fıkrasına göre; *"Sözleşmeler kapsamında ücret alınabilecek her bir ürün veya hizmet için finansal tüketicinin onayının alınması zorunludur. Kuruluşlar tarafından finansal tüketicinin onayının alındığı ispat edilemediği takdirde, onay alınmamış sayılır."* Yönetmeliğin 4. maddesinde yer alan Onay tanımına göre; *"Yazılı olarak, kalıcı veri saklayıcısı yoluyla veya kaydı tutulan telefon kullanılarak veya Kurumca uygun görülecek yöntemlerden herhangi biri ile ulaştırılan önerinin finansal tüketici tarafından açıkça kabul edilmesini ya da finansal tüketici tarafından ulaştırılan önerinin kuruluşlar tarafından kabul edilmesini, ifade eder"*. Bu durumda tüketici ile sözleşme yapmış olmak yeterli değildir. Verilen ürün veya hizmetlerin karşılığı olarak ücret talep edebilmek için her bir ürün ve hizmet için ayrı ayrı olmak üzere tüketiciden onay almak gerekmektedir. Bu onayın nasıl alınacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Kabulün açıkça yapılması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin; telefona gönderilen bir mesaj ile ücret bildirilmiş ise tüketicinin ücreti ödemeyi kabul ettiğine dair açık bir mesaj göndermesi gerekecektir. Yazılı sözleşmenin yapıldığı aşamada ise aşağıda görüleceği gibi tüketiciye bir bilgilendirme belgesi verilmesi gerekmektedir. Burada her bir ürün ve hizmet için ücretlerin kalem kalem belirtilmiş olması gerekmektedir.

Yönetmeliğin 5. maddesinin (4). fıkrasına göre; *"Finansal tüketiciler ile yapılacak sözleşmeler kapsamında sunulacak ürün veya hizmetlerin ücret tarifesini ve bilgi verilmesi gereken diğer hususları göstermek üzere sözleşmeye ilişkin her bir ürün veya hizmetin asgari olarak; adı ya da tanımı, vadesi ya da süresi, tahsil edilecek faiz, kâr payı veya ücret kalemleri ile bunların tahsil yöntemi, geçerli olduğu süre, geçerlilik süresi sonunda yapılacak değişikliğin tutarı, oranı ya da değişikliğin hangi esasa göre yapılacağı hususlarını içerecek şekilde bilgilendirme formu hazırlanması zorunludur. Bilgilendirme formu sözleşmenin*

ayrılmaz bir parçasıdır. Sözleşmenin yazılı olarak kurulması durumunda bu formun taraflarca imzalanmış bir nüshasının finansal tüketiciye verilmesi zorunludur. Kalıcı veri saklayıcısı ve telefon aracılığıyla kurulan sözleşmelerde finansal tüketici kullanılan araca uygun şekilde bilgilendirilir. İspat yükü kuruluşlara aittir." Görüldüğü gibi bilgilendirme formunun içeriğinin nasıl olması gerektiği bu hüküm ile belirlenmiş bulunmaktadır. Ayrıca yazılı sözleşme kurulduğu durumlarda formun taraflarca imzalanması zorunlu tutulmuştur. Bu hüküm Kanunun 4. maddesinin (4). fıkrası hükmünün bankacılık alanına uyarlanmış ve detaylandırılmış halidir.

Yönetmeliğin 5. maddesinin (5). fıkrasına göre; *"Kuruluşlar tarafından sunulan ürün veya hizmetlere ilişkin sigorta sözleşmelerinin, ürün veya hizmetlere ilişkin sözleşmelerden ayrı olarak düzenlenmesi zorunludur."* Esasen bu kural da sigorta mevzuatından kaynaklanmaktadır. Sigorta sözleşmelerin diğer sözleşmelerle birleştirilmesi yasaktır. Bu nedenle bu düzenleme sigorta mevzuatının bir gereğini tekrar ifade etmektedir.

5.2.2. Ücretlerin Sınıflandırılması

BDDK Kuruluşlar tarafından ücretlendirilebilecek olan ürün veya hizmetleri Yönetmelik Ek-1'de sınıflandırmıştır. Bu sınıflandırmanın işlemlerin finansal niteliklerine göre ayrımı BDDK'nin uygun görüşü alınarak Birlikler tarafından yapılacaktır. Bu konuda yetkili Birlikler; Türkiye Bankalar Birliği, Türkiye Katılım Bankaları Birliği ve Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Birliği'ni ifade etmektedir.

Bu Yönetmelik ve ekinde yer alanların dışında herhangi bir ürün veya hizmet için ek ücret alınması Yönetmeliğin 6. maddesinin (1). fıkrasında kesin bir dille yasaklanmıştır.

Yönetmeliğin 6. maddesinin (2). fıkrasına göre; *"Bu sınıflandırmada yer almayan, yeni bir ürün veya hizmet grubunun belirlenmesi veya yeni bir ücret kaleminin oluşturulabilmesi için ilgili kuruluş tarafından Kuruldan izin alınması zorunludur. Kurul gerekli gördüğü hallerde Ek-1'deki listeyi değiştirmeye yetkilidir. Ek-1'deki listenin Kurul tarafından değiştirilmesi durumunda, kuruluşlar değişikliğin yapıldığı tarihi takip eden ayın sonuna kadar yeni sınıflandırmaya intibak etmekle yükümlüdür."* Görüldüğü gibi bundan böyle BDDK'nin kontrolü ve Yönetmelikle belirlenenler haricinde herhangi bir ürün veya hizmet için kuruluşların (Bankalar vs gibi tüketici kredisi ve kart çıkaran diğer kuruluşlar) ek ücret talep etmeleri ve almaları mümkün değildir. Aksine davranış halinde kuruluşlar sadece TKHK'ye göre değil aynı zamanda BDDK mevzuatı çerçevesinde de yaptırımlarla karşılaşabileceklerdir. Çünkü sadece tüketici mevzuatını değil aynı zamanda BDDK tarafından çıkarılmış olan düzenlemeleri de ihlal etmiş olacaklardır.

Ancak BDDK gayet makul bir biçimde Yönetmelikte belirtilenler dışında yeni ürün veya hizmet söz konusu olduğunda bunların ücretlendirilmesi gerekip gerekmediğini ilgili kuruluşların talebi üzerine değerlendirebilecek ve uygun görürse ücret alınmasına onay verebilecektir. Böylece bankacılık alanındaki gelişmelerin önü de tam olarak kapanmayarak ilgili kuruluşlara bir hareket alanı sağlanmış bulunmaktadır. Ancak bu düzenleme şekli ile bundan sonrası için bankacılık alanında tüketici işlemleri nedeniyle alınacak ücretler konusunun artık tam regülasyona tabi bir alan olduğunu söylemek mümkündür. Fakat tam regülasyon bankalar arasında rekabeti önleyecek nitelikte de yapılmamıştır. Bankalar bu ücretleri almak zorunda olmadıkları gibi maksimum seviye-

nin altında alma olanakları da olduğu için ücretlerde indirim yapmak suretiyle halen birbirleriyle rekabet etme olanakları bulunmaktadır.

5.2.3. Ücretlerin Değiştirilmesi

BDDK bu şekilde ücretlerin belirli bir seviyede tespit edilmesinin ülkemiz gibi ekonomik şartlarının çok hızlı değiştiği bir ülkede yaratabileceği sıkıntıyı da görerek Yönetmelikte belirlenen ücretlerin değiştirilme prensiplerini de belirlemiştir.

Yönetmeliğin 7. maddesinin (1). fıkrasına göre; *"Bir takvim yılı içinde ücretlerde, Türkiye İstatistik Kurumunca bir önceki yılsonu itibariyle açıklanan yıllık tüketici fiyatları endeksi artış oranının 1,2 katı ve üzerinde artış yapılabilmesi için finansal tüketiciden onay alınması, bunun altında artış öngören değişikliklerin ise finansal tüketiciye en az otuz gün önce yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı yoluyla veya kaydı tutulan telefon vasıtasıyla bildirilmesi zorunludur. Bu bildirim üzerine finansal tüketicinin kendisine bildirim yapıldığı tarihten itibaren on beş gün sonrasına kadar ürünün veya hizmetin kullanımından vazgeçme hakkı vardır. Bu hakkın kullanılması hâlinde uygulanacak ücret artışının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ilave ücret alınamaz. Kuruluşlar, vazgeçme hakkını kullanan finansal tüketiciye uyuşmazlık konusu ürün veya hizmeti vermeyi durdurabilir. Finansal tüketicinin ürünü kullanmaya veya hizmeti almaya devam etmesi hâlinde, değişikliğin kabul edildiği varsayılır."*

Görüldüğü gibi kuruluşların yapmak istedikleri değişikliğin büyüklüğüne göre uyacakları kurallar da değişmektedir. Eğer kuruluşlar halen uygulanmakta olan ücretlere yıllık Tüketici Fiyat Endeksi artış oranının 1,2 katı ve üzerinde zam yapacaklarsa bu zammı ancak tüketicinin onayı ile uygulayabilirler. Dolayısı ile birinci usul onay alınmasıdır. Ancak onayın nasıl alınacağına dair bir açıklık yoktur. İkincisi ise bu miktarın altında kalan değişiklikler hakkındadır. Bu durumda bankaların onay alması değil tüketiciye bildirim yapması gerekmektedir. Bildirim yazılı, kalıcı veri saklayıcısı ya da kayıtlı telefona gönderilecek mesaj ile yapılabilecektir. Bildirimin usulü açık bir şekilde belirtildiği halde onayın usulü belirtilmemiş olması, Yönetmeliğe göre onay gereken durumlarda karışıklık yaratacak niteliktedir.

Eğer hükmün bildirime ilişkin olan ifadeleri ve devam eden sonuçları her iki durum için de aynı olacak ise bu durumda böyle bir ayrımın anlamı kalmamaktadır. Özellikle tüketici açık onay vermeden ürünü veya hizmeti kullanmaya devam etmiş ise değişikliği kabul ettiği varsayılmaktadır. Bu durumda onay gerektiren büyüklükte bir değişikliğin telefon mesajı ile yapıldığını ve tüketici tarafından on beş gün içinde onay verilmediğini ama hizmetin kullanılmaya devam edildiğini varsayalım. Böyle bir durumda tüketicinin bu mesajı spam zannetmesi okumadan silmesi vs. gibi nedenlerle böyle bir artıştan haberdar olamadığını ve aslında onaylamadığını ancak ücretle ilgili olarak fatura geldikten sonra ya da kesinti yapıldıktan sonra haberdar olduğunu ve itiraz ettiğini düşünelim. Bu durumda Yargıç ne karar verecektir? Tüketicinin açık onayı yoktur, fark edince de derhal itiraz etmiştir bu artışı uygulayamazsın mı diyecek yoksa zımnen kabul etmiştir dolayısıyla uygulayabilirsin mi diyecektir? Eğer bu son seçeneğin kasdedildiğini düşünürsek bu durumda madde hükmünde yapılan "onay" ve "bildirim" ayrımının anlamı kalmayacaktır; yıllık Tüketici Fiyat Endeksi artış oranının 1,2 katının altında olan (ve bildirime tabi) bir artış söz konusu olduğunda da yargıcın aynı şekilde karar vermesi gerekmektedir. Bu durumda madde hükmünde yıl-

lık Tüketici Fiyat Endeksi artış oranının 1,2 katı eşik olarak getirilerek bunun üzerinde onay zorunluluğu getirilmesinin, altında ise sadece bildirimin yeterli görülmesinin amacı ve sonucu ortadan kalkmaktadır. Şimdiye kadarki yargı kararları dikkate alındığında hemen hemen hepsinin özünde tüketicinin ücretlerle ilgili olarak yeterince bilgilendirilmemiş olması bulunmaktadır. Özellikle telefona SMS göndermek suretiyle bilgilendirme yapıldığında bunun tüketicinin gözünden kaçma ihtimali çok yüksektir. Gün içerisinde bazen yüzlerce mesaj gelebilmektedir. Böyle bir durumda tüketicinin on beş gün gibi kısa bir sürede itiraz etmeyip (değişikliğin farkında bile olmadan) hizmeti kullanmaya devam etmesi halinde, tüketici değişikliği zımnen kabul etmiş sayılacak ve artık değişikliğe itiraz edemeyecektir. Bunun genel olarak kabul edilmesi mevcut yargı kararlarına aykırıdır. Adil ve gerçekçi de değildir. Bu noktada pek çok ihtilafın çıkacağı düşünülmektedir.

Bu itibarla BDDK tarafından düşünülen küçük artışlar ve büyük artışlar formülü aslında uygundur.

Yönetmeliğin 7. maddesinin (2). fıkrasında bir önceki fıkra ile getirilen bildirim ve onay yükümlülüğüne bir istisna getirilmiştir. Buna göre; *"Kuruluşlar tarafından süreklilik arz etmeyen para transferleri, fatura tahsilâtı gibi anlık işlem ve hizmetlerden ücret tahsil edilmeden önce, işlemin gerçekleştirildiği alanın yapısına uygun bir şekilde finansal tüketicinin onayının alınması hâlinde yukarıda belirtilen bildirim ve onay alma yükümlülükleri uygulanmaz."*

Hüküm bir istisna hükmü gibi düzenlenmiş ise de anlık ve bir defalık işlemlerde tüketicinin "onayı" alınması halinde alınan ücretin geçerli olacağı düzenlenmektedir. Burada da onay alınması söz konusu olduğundan, esasen tüketicinin onayı dışında ücret alınmasının hiç bir şekilde kabul edilmesi de söz konusu olamayacağından bu düzenlemenin sadece mahiyeti itibariyle süreklilik arzetmeyen işleri bir önceki fıkrada yer alan ve süreklilik arzeden ürün ve hizmetlerden ayırmak için getirildiğini kabul etmek gerekmektedir. Yani esasen bu fıkrada bir önceki fıkradan farklı bir işlem kategorisi düzenlenmektedir. Bunlar sürekli ilişki gerektirmeyen anlık işlemlerdir, bu işlemlerde tüketicinin onayı ile alınan ücretler geçerli olacaktır. Bu işlemlerde tüketiciden alınacak olan onay da vasıflandırılmıştır. Fıkra hükmüne göre "işlemin gerçekleştirildiği alanın yapısına uygun bir şekilde finansal tüketicinin onayının alınması" gerekmektedir. Dolayısıyla bu güne kadarki yargı kararlarında tüketicinin ne zaman tam bilgilendirilmiş sayılacağına ilişkin getirilen kurallar bu alanda da geçerli olmaya devam edecektir.

5.2.4. Ücretlerin İadesi

Yönetmeliğin 8. maddesine göre; *"Tahsil edilen ücretlerin, kuruluşların karar birimleri veya adli, idari ve yetkili diğer makamların kararları neticesinde finansal tüketiciye iadesinin gerekmesi hâlinde, iadesi gereken tutar ve tahsil yöntemi hakkında kalıcı veri saklayıcısı yoluyla veya kaydı tutulan telefon ile finansal tüketiciye bilgilendirme yapılır. Kuruluşlar iadesine karar verilen tutarın finansal tüketicinin bildireceği hesaba ücretsiz şekilde gönderilmesine veya finansal tüketicinin talebine istinaden nakden ödenmesine imkân sağlayacak sistemi kurmakla yükümlüdür."* Normal olarak idari ve adli veya diğer yetkili makamların kararı gereğince alınan ücretlerin iadesi gerektiğinde kuruluşların bunu iade etmesi zaten bir zorunluluktur, o nedenle böyle bir düzenleme ihtiyacı olmadığı düşünülebilir. Ancak uygulamada Tüketici icraya başvurmak zorunda kalmakta, kuruluşlar tarafından zora koşulmakta ve

"uğraştırılmaktadır". Çoğu zaman tüketici bıkmakta ve hakkına aramaktan vazgeçmektedir. Böyle bir hüküm sayesinde ücretlerin iadesi konusu bir regülasyon haline gelmekte ve bu konuda bankaların bir sistem kurması istenmektedir. Buna aykırı davrananlar yani tüketiciyi zora koşanlar, uğraştıranlar karşılarında doğrudan BDDK'yi bulacaklardır. Bu itibarla hükmün yerinde olduğu ve pratik bazı çözümler getireceği düşünülmektedir.

5.2.5. Bilgilendirme ve Ücretlendirilmesi

BDDK, Yönetmeliğin 9. maddesinde bir yandan bankacılık alanında şeffaflaşma sağlamaya çalışırken bir yandan da tüketicinin sadece bilgi edinmek istediği durumlarda ücret talep edilebilip edilemeyeceğini de düzenlemiştir. Maddenin (1). fıkrasında şeffaflığın sağlanarak tüketicinin hizmet alabileceği kuruluşlar arasında karşılaştırma yapması ve böylece şartları en iyi olan kuruluşla çalışması olanağı yaratılmaktadır. Buna göre; *"Finansal tüketicilerden alınacak faiz, kâr payı, ücret ve diğer kesintilere ilişkin güncel bilgiler açık, anlaşılır ve kolay erişilebilir bir şekilde kuruluşların internet sitelerinde karşılaştırmaya uygun bir biçimde yer alır. Bu bilgilerde değişiklik olması hâlinde internet sitesi eşzamanlı olarak güncellenir. Kuruluşlar, kredi ürünlerinin kullanılması hâlinde ortaya çıkacak faiz, kâr payı oranı ve ücret bilgilerini detaylı bir şekilde gösteren hesaplama araçlarını internet sitelerinde sunmakla yükümlüdür."*

Bu derecede bir şeffaflık bir yandan tüketicinin karar almasını kolaylaştırırken öte yandan rakip durumda olan kuruluşların birbirlerinin rekabete hassas bilgilerini görmelerini ve böylelikle kuruluşların birbirlerine yakınlaşarak gittikce aynılaşmasını da sağlayabilir. Rakip kuruluşların ürün ve hizmet şartlarının aynılaşması aradaki rekabetin ortadan kalkmasına nihayetinde tüketici refahında kayba da sebep olabilir. Ancak çok sayıda bankanın varlığı ve şu anda bankalar arasında yoğun bir rekabet olması bu şekilde bir aynılaşmasının ortaya çıkma ihtimalini azaltmaktadır. Görünüşte bir aynılaşma ortaya çıksa bile fiilen uygulanan şartların birbirinden farklı olması ihtimali çok yüksek olacaktır.

Yönetmeliğin 9. maddesinin (2). fıkrasına göre; *"Kuruluşlar finansal tüketicinin onayını almaksızın yaptığı bildirimlerden ücret alamaz. İlgili mevzuat gereği belirli bir şekilde yapılması zorunlu olan bildirim ve işlemlerden maliyetleri kadar ücret alınabilir. Bunların dışında kalan onaya bağlı bildirimler sözleşmede yer verilmesi kaydıyla ücretlendirilebilir."* Bu hüküm tüketiciye yapılan bildirimleri ikiye ayırmış görünmektedir. Birincisi, mevzuat gereği zorunlu olarak yapılan bildirimlerdir ki bunlardan sadece maliyeti kadar ücret alınabilecektir. İkincisi ise tüketicinin onayı ile yapılan bildirimlerdir ki bunlardan ücret alınabilir. Bunlar bir sözleşmeye dayanabileceği gibi, sözleşme olmasa bile tüketicinin onayı ile yapılmış ise ücret alınabilir. Tüketicinin onayı olmadan yapılan bildirimlerden (mevzuat gereği yapılanlar hariç) hiç bir ücret alınamayacaktır.

Yönetmeliğin 9. maddesinin (3). fıkrasına göre; *"Gerçekleştirilen işlemlere ilişkin olarak işlem anında verilecek işlem fişi, sözleşme ve bilgilendirmeye ilişkin diğer evrak ayrıca ücretlendirilemez."*

Yönetmeliğin 9. maddesinin (4). fıkrasına göre; *"Finansal tüketicilerin sözleşme, işlem fişi ve benzeri dokümanların bir örneğini talep etmeleri hâlinde, kuruluşlarca ilgili dokümanın düzenlenme tarihinden sonraki ilk yıl için herhangi bir ücret alınamaz. İlgili dokümanın düzenlenme tarihinden itibaren bir yılın üzerinde sürenin geçmesi hâlinde, finansal tüketiciye bilgi verilmek suretiyle, yapılan işlemle orantılı olacak*

şekilde makul bir ücret alınabilir." Hüküm tüketici lehine olarak işlem yapıldıktan sonraki tarihlerde tüketici tarafından istenecek işlemle ilgili dokümanlar için talep edilebilecek ücretlerle ilgili olarak sınırlama getirilmiştir. İşlem tarihinden itibaren bir yıllık süre içinde talep edilirse ücret istenemeyecektir. Bir yıl geçtikten sonra döküman talep edilmesi halinde ise ücret istenebilecektir, ancak istenebilecek ücretin yapılan işlemle orantılı ve makul olması gerekmektedir.

Yönetmeliğin 9. maddesinin (5). fıkrasına göre; *"Bu Yönetmeliğin yürürlük tarihinden sonra düzenlenecek yazılı sözleşme ve bilgilendirme form içeriklerinin bir örneğine kuruluşların internet sitelerinde ücretsiz erişim imkânı sağlanır."* Kanaatimize göre, burada kast edilen Yönetmeliğin yürürlüğünden sonra akdedilecek sözleşme ve bilgilendirme formları değildir. Akdedilen bir sözleşmenin internetten yayınlanması müşteri mahremiyetine aykırı olacaktır. Bu itibarla, bu hükmün amacı kuruluşlar tarafından hazırlanan tip sözleşme örnekleri ve tip bilgilendirme formlarının ilan edilmesidir. Böylece tüketici evi, işyeri gibi rahat bir ortamda akdedeceği sözleşmeleri inceleme olanağına kavuşmuş olacaktır.

Aynı maddenin (6). fıkrasına göre; BDDK, bilgilendirmelerde veya onay alınmasında kullanılan yöntemlerin etkin olmadığı kanaatine varırsa, her bir ürün veya hizmet bazında belirlenecek yöntemlerin kullanılmasını zorunlu tutabilir.

Yönetmeliğin 9. maddesinin (7). fıkrasına göre; *"Gerçekleştirilen işlemlerde ücret bilgisine işlem fişi üzerinde açıkça yer verilmesi zorunludur."* Böylece tüketici ödediği ücretleri hem görebilecek hem de gerektiğinde bunu ispat edebilecektir.

Yönetmeliğin 9. maddesinin (8). fıkrasına göre; *"Kuruluşlar bu Yönetmeliğe konu ücretlerin azami ve asgari güncel tutarları ile oranlarını Kurumca belirlenecek kanallarda ve yöntemle ilân etmekle yükümlüdür."* Bu hüküm de şeffaflığın sağlanarak tüketicinin işlem yapacağı kuruluşu diğerleri ile karşılaştırarak seçebilmesi olanağını sağlamayı amaçlamaktadır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi aşırı şeffaflık bazen ücretlerin aynılaşmasına sebep olarak kuruluşlar arası rekabeti sınırlayabilir ve böylece tüketicinin seçme hakkını ortadan kaldırabilir. Bu tehlike özellikle asgari ücretlerin bilinmesi halinde çok daha fazla olacaktır. Rakiplerin birbirlerinin uygulayacağı asgari ücretleri bilmesi halinde birbirleri ile rekabetten kaçınmaları çok kolaylaşacaktır. Asgari ücretlerin ilan edilmesinin tüketicinin herhangi bir şekilde lehine olmayacağını, azami ücretlerin yayınlanmasının bu Kanun'un amacının gerçekleşmesi açısından yararlı ve yeterli olacağını düşünüyoruz.

5.3. ÇEŞİTLİ İŞLEMLERİN ÜCRETLENDİRİLMESİ

5.3.1. Tüketici ve Konut Finansmanı Kredilerine İlişkin Ücretler

Tüketici şikayetlerinin en çok yığıldığı konuların başında tüketici kredileri ve konut finansman kredilerinde çeşitli adlar altında alınan ücretler gelmektedir. Bundan sonra da kartlar ve mevduat işlemleri gibi diğer konular hakkındaki şikayetler gelmektedir. BDDK bu nedenle tüketicilerin en çok şikayet ettiği belirli konulardaki ücretler hakkında özel düzenlemeler yapmıştır.

Yönetmeliğin 10. maddesinde tüketici kredileri ve konut finansmanından alınan ücretler detaylı olarak düzenlenmiş, ek ücret alınabilecek ve alınamayacak konular ve şartları açık ve net bir şekilde düzenlenmiştir.

5.3.1.1. Sistem İşletimi ve Operasyonel Ücretler

Yönetmeliğin 10. maddesinin (1). fıkrasına göre; *"Finansal tüketicilere kullandırılacak krediler için kredi ihtiyacının karşılanmasına olanak sağlayan sistemin işletilmesi ve operasyonel süreçlerin yönetilmesi amacıyla alınan tahsis ücreti dışında, istihbarat ücreti, kredi işlem fişi ücreti, ödeme planı değiştirme ücreti, değişken taksitli ödeme planı ücreti gibi her ne ad altında olursa olsun başkaca bir ücret alınamaz. Kredi tahsis ücreti, kullandırılan kredi anaparasının binde beşini geçemez. Kurul, gerekli gördüğü hallerde bu sınırı artırmaya ve azaltmaya yetkilidir."*

Görüldüğü gibi tüketiciye kullandırılan kredilerde "kredi tahsis ücreti" dışında başka hiç bir altında ücret alınamayacaktır. Böylece alınacak ücret tek kaleme düşürülerek kafa karışıklığı yaratılması ve böylece kredinin gerçek maliyetinin hesaplanmasının önlenmesi ve hatta mukayese olanaklarının kısıtlanması söz konusu olmayacaktır. BDDK kredi tahsis ücretinin alınmasını kredi sisteminin işletilmesi ve operasyonel süreçlerin yönetilmesi amacıyla bağlantılandırmış ve alınabilecek bu ücrete de bir üst sınır getirmiştir. Kredi tahsis ücreti ana paranın binde beşini geçemeyecektir.

5.3.1.2. İpotek ve Ekspertiz Ücretleri

Yönetmeliğin 10. maddesinin (2). fıkrasına göre; *"Taşınır ve taşınmazlara ilişkin rehin, ipotek ve ekspertiz işlemlerinde yalnızca üçüncü kişilere ödenen ücretler alınabilir."* Bu hüküm ipotek ve ekspertiz işlemleri ile ilgili olarak bankanın gerçek maliyeti ne ise onun yansıtılmasını amaçlamaktadır. Ancak ifade bu şekilde olmadığı için sanki dışarıdan hizmet almayan ekspertiz ve ipotek işlemlerini içeride kendi personeli ile yapan bankalar aleyhine bir durum oluşmaktadır. Gerçekten bunlar dışarıdan hizmet almadıkları için üçüncü kişilere ücret ödemediklerinden bu hükme göre bir ücret istemeleri mümkün olmayacaktır. Muhtemelen bu gibi bankaların genel giderlerini zaten faizlerine yansıttıkları varsayılmış ve bu ücretlerin faizlerin içine yedirilmiş olarak alınabileceği varsayılmıştır. Bununla birlikte bizim kanaatimize göre bankalar bu hüküm nedeniyle ipotek ve ekspertiz işlemlerini içeride değil de dışarıdan hizmet almak suretiyle yapmaya yönlendirecektir. Böylece bu ücretlerin talep edilebilme olanağı açısından tüm bankalar aynı durumda olmak isteyeceklerdir.

5.3.1.3. Reddedilen Kredilerden Alınan Ücretler

Yönetmeliğin 10. maddesinin (3). fıkrasına göre; *"Reddedilen kredi taleplerinden bir kamu kurum ve kuruluşuna veya üçüncü kişilere ödenen ücretler hariç olmak üzere herhangi bir ücret alınamaz."* Böylece reddedilen kredilerle ilgili olarak da gerçek maliyet bazlı bir ücretlendirme kabul edilmiş bunun sınırı olarak da üçüncü kişilere ödenen ücretler gösterilmiştir. Yani kuruluşların kendi içlerinde yapacakları maliyetler kendi üzerinde kalacak ama bu kredi talebini inceleme amacıyla üçüncü kişilerden hizmet almak ve kamu kurum ve kuruluşlarına ödeme yapmaları icap etmiş ise sadece bu ödenen miktarları talep edebileceklerdir. Bu hüküm yukarıda belirttiğimiz gibi kuruluşları dışarıdan hizmet almaya yöneltebilecek bir nitelik taşımaktadır.

5.3.1.4. Refinansman ve Erken Ödeme Ücreti

Yönetmeliğin 10. maddesinin (4). fıkrasına göre; *"Konut finansmanı sözleşmelerinde faiz oranı veya kâr payının sabit olarak belirlenmesi hâlinde, krediyi tahsis eden kuruluş nezdinde sözleşmede yer verilmek*

suretiyle, bir veya birden fazla taksit ödemesinin vadesinden önce yapılması ile kredinin faiz oranı veya kâr payında finansal tüketici lehine mutabık kalınarak değişiklik yapılması hâllerinde, Kanunun 37 nci maddesinde yer alan erken ödeme tazminatı haricinde hiçbir ücret alınamaz. Tahsil edilebilecek erken ödeme tazminatı ise yapılacak faiz veya kâr payı indirimi tutarını aşamaz." Sabit faizli bir kredi alan tüketici daha sonradan faizlerin düşmesi nedeniyle başka bankalardan daha düşük faizli krediyi alıp kendi bankasındaki krediyi kapatma eğilimi göstermekteydi. Bu durumda bazı bankalar müşterisini kaybetme riskiyle karşılaşmamak için aynı olanakları tüketicilere sumaktaydılar, yani eski krediyi kapatarak düşük faizli olan yeni kredi açmaktaydılar. Bu işlem sırasında da tüketicinin gerçek maliyeti anlamayacağı şekilde çeşitli adlar altında ücretler almaktaydılar. Bu durum tüketicinin aldatılmasına ve şikayetlere yol açmaktaydı. Yargıya yansıyan şikayetler sonucunda Yargıtay bankanın bir krediyi kapatıp yeniden açması nedeniyle tüketiciden erken ödeme ücreti dışında refinansman ücreti ya da başka adlar altında ücretler alınmasını yasaya aykırı görmekteydi.

BDDK da yaptığı bu düzenleme ile refinansman ücreti veya başka bir ücret alınmasını yasaklamış sadece Kanunun da müsade ettiği erken ödeme tazminatının alınabilmesine olanak tanımıştır. BDDK'nin tüketicinin aldatılmasını önlemek amacıyla getirdiği yeni bir sınırlama daha bulunmaktadır. Hükme göre; *"Tahsil edilebilecek erken ödeme tazminatı ise yapılacak faiz veya kâr payı indirimi tutarını aşamaz"*. Böylece tüketici kendi lehine bir iş yaptığı düşüncesi ile hareket ederken aslında kazandığından daha fazla ödemiş olmayacaktır. Böyle bir sınırlamanın amaca uygun ve yerinde olduğu düşünülmektedir. Değişken faizli olan kredilerde ise erken ödeme tazminatı alınması da yasaktır.

5.3.1.5. Borcu Yoktur Yazısı Ücreti

Yönetmeliğin 10. maddesinin (5). fıkrasına göre; *"Finansal tüketicilerin ilgili kuruluşlardan borçlarının bulunmadığına dair talep ettikleri bilgi yazıları için bir defaya mahsus olmak üzere ücret alınamaz."* Gerçekten tüketicinin bir kredi ilişkisinin bittiğini ve artık ilgili kuruluşa bir borcunun kalmadığına dair bir bilgilendirme yazısı talep etmesi o sözleşmenin ifasının bir gereği olup ayrıca ücretlendirilmesi adil değildir. Ancak tüketicinin aynı mahiyette yazıyı birden fazla kereler talep etmesi halinde kuruluşlar için sözleşme yapılması sırasında öngörülerek sözleşmeye yansıtılması mümkün olmayacak ek hizmetler doğmuş olacağından bu durumda kuruluşlar tarafından tüketiciden makul bir ücret talep edilebilmesi gerekir.

5.3.1.6. Hesap İşletim Ücreti ve Nakit Avans Ücreti

Yönetmeliğin 10. maddesinin (6), (7) ve (8). fıkralarında tüketicinin onayı olmadan hesap açılıp açılamayacağı ücret tahakkuk ettirilip ettirlemeyeceği gibi hususlar düzenlenmiştir. (6). fıkraya göre; *"Kredili mevduat hesaplarından kullandırılan krediler ile kredi kartlarından yapılan taksitli nakit avans işlemleri için ücret tahsil edilemez"*.

BDDK kredili mevduat hesaplarından kredi kullanılması halinde faizden başka bir de ücret alınmasını da yasaklamıştır. Nitekim bu hesabın amacı zaten gerektiğinde kredi kullanabilmek olduğuna göre kredi veren kuruluşların kullanılan kredinin faizi dışında ayrıca ücret almaları

hesabın mahiyetine uygun değildir. Ayrıca kredi kartlarından yapılan taksitli nakit avans işlemleri için ücret talep edilmesini de yasaklamıştır. Nitekim bu işlemler açısından da kullanılan kredinin faizi dışında bir ücret alınamayacaktır. Bu işlemin mahiyeti bakımından ayrıca bir ücret gerektirecek hizmet sunulmadığına göre ilgili kuruluşların kredi faizi dışında bir ücret talep etmemeleri gerekir.

(7). fıkraya göre; *"Belirli süreli kredi sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, bu hesaba ilişkin herhangi bir ücret alınamaz. Bu hesap, finansal tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin ödenmesi ile kapanır."* Bu hüküm Kanun'un 31. maddesinin (1). fıkrası ve 39. maddesinin (1). fıkrası hükümlerine paralel olarak hazırlanmış bir tekrar hükmüdür.

(8). fıkraya göre; *"Finansal tüketicinin onayı olmaksızın, belirli süreli kredi sözleşmesi ile ilişkili bir kredili hesap sözleşmesi yapılamaz ve kredi tahsilâtları bu hesaptan gerçekleştirilemez."* Bu hüküm de Kanun'un 31. maddesinin (2). fıkrası ve 39. maddesinin (2). fıkrası hükümlerinin tekrarı niteliğindedir. Ayrıca kredi tahsilatlarının bu hesaptan yapılamayacağı ibaresi BDDK tarafından eklenerek kanunun zımnen demek istediği husus açıklığa kavuşturulmuştur.

5.3.2. Banka Kartı ve Kredi Kartı Ücretleri

5.3.2.1. Ücretsiz Kart Çıkarma Yükümlülüğü

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 31. maddesinin (3). fıkrasına göre kart çıkaran kuruluşlar, yıllık üyelik ücreti ve benzeri ad altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmak zorundadırlar. Yönetmeliğin 11. maddesinin (1). fıkrası da aynı hükmü tekrar etmiş ve uygulamanın usul ve esaslarını biraz daha detaylandırmıştır. Buna göre, *"Finansal tüketiciler tarafından yapılan ücretsiz kredi kartı başvurularının kuruluşlarca reddedilmesi hâlinde, bu başvuruya istinaden yıllık üyelik ücreti olan kredi kartı verilemez."* Böylece kuruluşların tüketiciyi ücretli kartlara yönlendirmeleri ve ücretsiz kart için yapılmış başvuruları sanki ücretli kartlar için yapılmış gibi davranmalarının önüne geçilmek istenmiştir.

Aynı hükme göre; *"Kart çıkaran kuruluşlar yıllık üyelik ücreti bulunmayan kredi kartı limiti belirlerken, yıllık üyelik ücreti bulunan kredi kartı değerlendirme kriterlerini aynen uygulamakla yükümlüdür. Finansal tüketicilerin yıllık üyelik ücreti bulunan kredi kartını limiti aynı kalmak kaydıyla yıllık üyelik ücreti bulunmayan kredi kartı ile değiştirme talepleri, kart çıkaran kuruluşlar tarafından yerine getirilmek zorundadır."* Böylece kart çıkaran kuruluşların tüketicileri limit tahsisinde farklı davranmak suretiyle ücretli kartlara yönlendirmeye çalışmalarının önü kapatılmış bulunmaktadır. Yapılan bu düzenleme ve yasaklamalar dışında, kart çıkaran kuruluşların ücretli ve ücretsiz kartlara verecekleri bonus, puan, hediye mil gibi teşviklerin de aynı olması gerekmemektedir. Şu anda olduğu gibi kart çıkaran kuruluşların birbirleri ile rekabet edebilmeleri için farklı özellikleri olan farklı kartlar çıkarmaları önünde bir engel bulunmamaktadır.

5.3.2.2. Banka Kartı ve Sanal Kartlar

Yönetmeliğin 11. maddesinin (3). fıkrası, Banka kartları ile sanal kredi kartlarından yıllık üyelik ücreti alınamaz hükmünü amirdir.

5.3.2.3. Ücretli Kartlar

Yönetmeliğin 11. maddesinin (4). fıkrasına göre; *"Birinci ve ikinci fıkrada yer verilen kartlar dışındaki kredi kartları özelliklerine göre yıllık olarak belirlenen tutar kadar ücretlendirilebilir. Asıl karta bağlı olarak sunulan her bir ek kredi kartının yıllık üyelik ücreti, asıl kartın yıllık üyelik ücretinin yüzde ellisini geçemez."* Ek kartlar için böyle bir sınırlama getirilmiş olması yerine ek kart da asıl kartla aynı şartlarla verdiğinden ek kartlardan da asıl kartlara benzer bir ücret alınması kabul edilebilirdi.

Aynı hükmün (5). fıkrasında gayet isabetli bir şekilde *"Kredi kartı yıllık üyelik ücreti, ancak finansal tüketiciyi borçlandırıcı nitelikteki ilk kullanımı müteakip ve yıllık olarak tahakkuk ettirilebilir."* denilmektedir. Böylece kuruluş tarafından verildiği halde hiç kullanılmayan yani kredi kartı hizmetini fiilen kullanmayan tüketiciye ücret tahakkuk ettirilmesi adil olmayacaktır. Öte yandan ücretlerin yıllık olmasının kararlaştırılmış olması da uygundur, çünkü; daha önceki uygulamalarda bazı kuruluşlar altı ayda bir, bazıları yılda bir ve bazıları da düzensiz olarak kredi kartı ücreti tahakkuk ettiriyorlardı. Bu karmaşa bu hüküm ile düzene sokulmuş bulunmaktadır.

5.3.2.4. Hareketsiz Kartlar

Yönetmelik hareketsiz kartlarla ilgili olarak ortaya çıkan sorunlara da çeşitli çözümler getirmektedir. Gerçekten daha önceki uygulamalarda tüketiciler hiç kullanmadıkları kartlarla ilgili olarak işletilen kart ücretleri nedeniyle ciddi sorunlarla karşılaşıyorlardı. Kullanmadığı karta işletilen ücreti ödemeyen tüketici hakkında kanuni takip yollarına başvurulması veya açılan kredili hesaptan para çekilmesi ve kredili hesap da ödenmediği için fahiş faizler, icra ve mahkeme masrafları ile şişmiş ciddi rakamlar ortaya çıkabiliyordu. Bu nedenle BDDK hareketsiz kartlarla ilgili bazı tedbirler almış bulunmaktadır. Yönetmeliğin 11. maddesinin (6). fıkrasına göre; *"Kesintisiz olarak, en az yüz seksen gün süreyle hareket görmeyen kredi kartları hareketsiz kart kabul edilir ve bu kartlara hareketsiz kaldığı müddetçe yıllık üyelik ücreti yansıtılamaz. Kuruluşlar, finansal tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla veya kaydı tutulan telefon ile önceden bilgi vermek suretiyle bu nitelikteki kredi kartlarını kapatma hakkına sahiptir."* Hüküm ile önce hareketsiz kart tanımlanmış, sonra hareketsiz kartlarla ilgili olarak hareketsiz kalınan dönemde kart ücreti yansıtılamayacağı prensibi kabul edilmiş ve böylece kartı kullanmadığı sürece tüketiciden ücret alınmasının önüne geçilmiştir. Buna karşılık kart çıkaran kuruluşa da bu gibi kartları kapatma olanağı tanınmıştır.

Yönetmeliğin takip eden hükmüne göre kart çıkaran kuruluşlar bir kartla ilgili olarak tahakkuk etmiş kart ücreti var iken kart sonradan hareketsiz kart haline gelmiş ise bu gibi ücretleri de hareketsizlik dönemi içinde tüketiciye yansıtamayacaklardır, ancak bu gibi ücretleri tahsil için tahakkuk tarihinden itibaren on iki ay bekletmek mümkündür. Bu süre içinde de kart hareket görmüyorsa artık bu ücret dahi talep edilmeyecektir. Buna göre; *"(7) Hareketsiz kartlarda tahsil edilemeyen kredi kartı yıllık üyelik ücretleri, tahakkuk tarihinden itibaren en fazla son on iki aylık dönem için sonradan tahsil edilmek üzere bekletilebilir. Bu dönem zarfında yıllık üyelik ücretlerinin tahsili için icra takibi yapılamaz. Bu ücretler için faiz veya kâr payı işletilemez ve Kredi Kayıt Bürosu ile Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi bildirimleri yapılmaz. Anılan on iki aylık dönem sonunda kredi kartı yıllık üyelik ücretlerinin tahsil edilememesi hâlinde ise bu ücretler iptal edilir. Finansal tüketici kredi kartı yıllık ücretinin tahsili amacıyla kredilendirilemez."*

5.3.2.5. Kart İptal Hakkı

Yönetmeliğin 11. maddesinin (2). fıkrası kart çıkaran kuruluşların tüketicinin kart iptal taleplerini çeşitli gerekçelerle reddetmeleri, iptal ettikleri kartın bakiye borcu devam ettiği sürece kart ücreti tahakkuk ettirmeleri gibi şikayet konusu olan uygulamaları bir düzene sokmuş bulunmaktadır. Buna göre; *"Finansal tüketicinin kredi kartı iptal talepleri, ilgili kredi kartıyla ilişkilendirilen herhangi bir borç bakiyesi bulunduğu gerekçe gösterilerek reddedilemez. Bu şekilde iptal edilen kredi kartlarının borç geri ödeme dönemlerinde yıllık üyelik ücreti tahsil edilemez."* Tüketicinin kartın iptalini istediği durumlarda borcun tamamı ödenmeden kartın iptal edilemeyeceği yönündeki uygulama tüketicinin kartını asla iptal edememesine sebep olacak cinsten bir uygulamadır. Çünkü, çoğu tüketicinin bir kartın tüm borcunu bir kerede ödeyip kartı iptal ettirecek gücü yoktur. Bu nedenle yapılan düzenleme gayet yerindedir.

5.3.2.6. Diğer Ücretsiz Kart Hizmetleri

Yönetmeliğin 11. maddesinin (8). fıkrasına göre kartlarla ilgili belirli hizmetler için ücret alınması yasaklanmıştır. İlgili hükme göre; *"Hesap özeti gönderimi, sanal kart oluşturma ve kullanımı ile bir takvim yılı içerisinde kayıp, çalıntı ve benzeri nedenler dolayısıyla gerçekleştirilen iki adete kadar kart yenileme karşılığında ücret alınamaz."* Hüküm içerisinde belirtilenler sözleşmenin ifası için gerekli ve kuruluşlar için de sözleşme yapılmadan önce öngörülebilir olan, sözleşmenin ifası ile ilgili maliyet kalemleridir.

5.3.3. Para Transfer İşlem Ücretleri

Para transfer işlemleri Yönetmeliğin 12. maddesinde detaylı olarak düzenlenmiştir. Buna göre; *"(1) Finansal tüketicinin hesabının bulunduğu kuruluşun işlem alanlarından herhangi birini kullanmak suretiyle kendi hesabına para yatırması ile hesabın bulunduğu şubeden finansal tüketici adına üçüncü kişilerin para yatırması işlemlerinden ücret alınamaz."* Bu durumda tüketici kendi hesabına para yatıracak ise kuruluşun herhangi bir şubesinden veya başka işlem alanlarından para yatırabilir ve bunun için kendisinden bir ücret talep edilemez. Tüketicinin hesabına hesabın bulunduğu şubeden para yatıran üçüncü kişiden de ücret alınmayacaktır, ancak başka şubelerden para yatıran üçüncü kişilerden bir ücret talep edilebilecektir.

"(2) Gelen veya giden elektronik fon transfer sistemi işlemlerinde, finansal tüketicinin hatası nedeniyle para iadesi gereken durumlarda, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına ödenen masraflar dışında finansal tüketiciden herhangi bir ücret alınamaz. Havalenin iadesi, reddi, devri ya da havale işlemine dair bilgi değişikliği işlemlerinden bir kamu kurum ve kuruluşuna veya üçüncü kişilere ödenen ücretler dışında ücret alınamaz."

"(3) Düzenli veya rutin işlem saatleri dışında yapılan para transferleri, banka ve kredi kartı veya ön ödemeli kartlardan yapılan para transfer işlemleri ile özel nitelikli işlemlerin ücretleri, finansal tüketici ile banka arasında düzenlenen sözleşme ile belirlenir."

"(4) Kuruluşlarda herhangi bir hesabı bulunmayan finansal tüketicilerin gerçekleştirdiği para transfer işlemlerinde, bu işlemler gerçekleşmeden önce finansal tüketiciye ilgili ücrete dair bilgi verilir. İşlem tutarı ve ücret bilgisi işlem fişi üzerinde açıkça gösterilir."

5.3.4. Mevduat ve Katılım Fonu İşlemleri

Hesap işletim ücreti alınıp alınamayacağı diğer tartışmalı konulardan birisidir. BDDK Yönetmeliğin 13. maddesinde hesap işletim ücreti alınmasını kabul etmekle birlikte bir tüketicinin her bir hesabından hesap işletim ücreti alınmasını değil ,müşteri bazlı olarak hesap işletim ücreti alınmasını kabul etmiştir. Buna göre; *"(1) Hesap işletim ücreti, finansal tüketicinin hesap sayısına bağlı olmaksızın müşteri bazında ilgili kuruluşun belirlediği dönemlerde tahakkuk ve tahsil edilebilir. Hesabın yıl içerisinde kapatılması hâlinde, hesabın açık olduğu döneme tekabül eden ücret alınabilir. Hesap açma ve kapama işlemleri ile hesap cüzdanı yazdırma işlemlerinden herhangi bir ücret alınamaz."*[64]

Hareketsiz kredi kartlarında ücret yansıtılması ile ilgili yukarıda incelemiş olduğumuz hükümle paralel bir hüküm hareketsiz hesaplar için de getirilmiştir: Yönetmeliğin 13. maddesinin (2). fıkrasına göre; *"Kesintisiz olarak, en az yüz seksen gün süreyle hiçbir hesabı hareket görmeyen finansal tüketicilerden bu süre zarfında hesap işletim ücreti alınamaz. Tahsil edilemeyen hesap işletim ücreti, tahakkuk tarihinden itibaren en fazla son on iki aylık dönem için sonradan tahsil edilmek üzere bekletilebilir. Bu dönem zarfında hesap işletim ücretlerinin tahsili için icra takibi yapılamaz, anılan on iki aylık dönem sonunda hesap işletim ücretlerinin tahsil edilememesi hâlinde ise bu ücretler iptal edilir. Finansal tüketici, hesap işletim ücretinin tahsili amacıyla kredilendirilemez."*

5.3.5. ATM Kullanımı ve Kiralık Kasa Hizmeti

Bizim kanaatimize göre müşterilerine ek bir hizmet sunan bankalar veya kuruluşlar bu hizmet ile ilgili olarak ücret talep etmeleri gayet normal ve hukuki bir şeydir. Önemli olan bu konuda müşteri ile açık ve net bir anlaşma sağlanmış olmasıdır. Nitekim bu bölümün başlangıç kısmında ek bedel isteme başlığı altında belirttiğimiz mevzuata göre de ücret talep edilebilmesi gerekmektedir. Gerçi bankalar aralarındaki yoğun rekabet nedeniyle ATM'lerini kullanan kendi müşterilerinden ücret almamaktadırlar. Ancak bu durum ATM hizmetlerinin müşterilere sunulmuş ek hizmet olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bununla birlikte, Yönetmeliğin 14. maddesi ile BDDK bankaların ATM hizmetlerini kullanan kendi müşterilerinden ücret almalarını yasaklamıştır. Buna göre; *"(1) Finansal tüketicinin hesabının bulunduğu kuruluşa ait ATM'lerden kendi hesabı için para yatırma, bakiye sorgulama ve ilgili kuruluş tarafından belirlenen limit dâhilinde yapılan para çekme işlemlerinden ücret alınamaz."* Limiti aşan para çekme işlemleri ile burada sayılmayan diğer işlemlerden ücret alınabilecektir.

64 Söz konusu Yönetmeliğin 13. maddesinin birinci fıkrası hakkında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca 18.11.2015 tarihli karar ile yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir. Kararda özellikle savunmanın ileri sürdüğü bu ücretin alınmasının sebebinin "hesaba ilişkin muhasebe kayıtlarının yapılması, kontrolü ve sürdürülmesi" argümanının geçerli olmadığı; ücretin hesap sayısına bağlı olmaksızın müşteri bazında tahsil edileceği belirtildiğinden, hesap sayısı, hesabın tutarı, hesaptaki işlem sayısı vb gibi hususlar dikkate alınmaksızın alındığına göre belirtilen bu hususlar ücretin dayanağı olamayacağı ve bu ücretin alınmasının Yargıtayın bu gibi ücretlerin zorunlu, makul ve belgelendirilebilen masraflardan ibaret olması gerektiğine ilişkin yerleşik kararları ve Kanunun 4/3 maddesine aykırı görülmüştür.

Başka bankaların ATM'lerini kullanan tüketiciler ise bir ücret ödeyeceklerdir. Yönetmeliğin 14. maddesinin (2). fıkrasına göre; *"Başka kuruluş ATM'si vasıtası ile gerçekleştirilen işlemlerden alınabilecek ücret, diğer kuruluşa işlem karşılığı ödenen tutar dikkate alınarak finansal tüketici ile ilgili kuruluş arasında düzenlenen sözleşme çerçevesinde belirlenir veya işlem anında finansal tüketicinin onayı alınarak tahsil edilebilir."* Bu şekilde ücret alınabilmesi için birinci koşul sözleşmede bu hususun düzenlenmiş olması, ikinci koşul ise işlem anında tüketicinin alınacak ücretle ilgili olarak onayının alınmasıdır.

Yönetmelik kiralık kasalarla ilgili olarak da bir düzenleme getirmiştir. Buna göre; *"(3) Kiralık kasa ziyaretine ilişkin herhangi bir ücret alınamaz. Kiralık kasa hizmetinin sona ermesi hâlinde kiralık kasaya ilişkin finansal tüketici tarafından gerçekleştirilen bir hasar, ödenmeyen kira bedelleri ve kiralık kasa sözleşmesinden doğan diğer borçlar dolayısıyla depozito ücretinden düşülerek kalan tutar derhal iade edilir."*

5.3.6. Kampanya ve Özel Hizmetlerde Ücretlendirme

Yönetmeliğin 15. maddesine göre; *"(1) Kuruluşların birden fazla ürün veya hizmeti bir arada sunmalarına imkân veren ürün veya hizmet paketlerinde ürün veya hizmetlerin ayrı ayrı sunulmasında elde edilebilecek ücret toplamını aşmayacak şekilde ücret tahsil edilebilir. Ayrıca, kuruluşlar çeşitli ürün veya hizmetlerini finansal tüketici yararına özellikler barındıracak şekilde kampanya düzenleyebilirler. Bu kampanyalar kapsamında finansal tüketicinin talebine sunulan ürün veya hizmetlerden ücret tahsil edilebilir. Bunların dışında kuruluşlar finansal tüketicinin talebi ve bilgilendirilmesi suretiyle sundukları özellikli ürün veya hizmetlerden de finansal tüketici ile mutabık kalarak ücret tahsil edebilirler."* Gayet yerinde olarak kampanyaların önü açılmaktadır; şu kadar ki, tüketicinin aleyhine olacak şekilde bazı hizmetlerin birleştirilmemesi gerekmektedir. Özellikle tek tek alınsa idi bu hizmetler için ödenecek ücret, topluca alındığında ödenecek olan ücretten daha fazla olmalıdır; yani toplulaştırma tüketiciye ücretlerde düşme olarak yansımalıdır.

Yönetmeliğin 15. maddesinin (2). fıkrasına göre; *"Kuruluşların finansal tüketicinin harcama, talimat gibi taahhütler karşılığı belirli bir ürün veya hizmetten faydalanmasını sağlayan uygulamalarında, ilgili taahhüdün yerine getirilememesi hâlinde peşin olarak verilen puan veya faydalanılan ürün veya hizmet bedelinin taahhütle karşılanamayan kısmı dışında herhangi bir ceza bedeli tahsil edilemez."*

Böylece hasbel kader bir taahhüde giren tüketicinin bu tahhüdünü yerine getiremediği durumlarda fahiş ve adil olmayan bir şekilde ceza ödemesinin önü kapatılmıştır. Bu durumda banka veya kuruluşların da zarar görmesi istenecek bir şey değildir. Yönetmelik ortalama bir çözüm ile iki menfaat arasında denge kurmuş gözükmektedir.

BÖLÜM II

Tüketici Kredilerinde Tüketicinin Korunması

1. GENEL OLARAK

Hukukumuzda kredinin genel olarak tanımı yapılmış değildir. Nitekim 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "Krediler" başlıklı 48. maddesinde, nelerin kredi sayılacağı sayma yöntemi ile açıklanmış, genel bir tanım verilmemiştir. Buna göre; ***"Bankalarca verilen nakdî krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdî krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdî krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayrinakdî kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.***

Birinci fıkrada belirtilenlere ilâve olarak, kalkınma ve yatırım bankalarının finansal kiralama yöntemiyle sağladığı finansmanlar ile katılım bankalarının taşınır ve taşınmaz mal ve hizmet bedellerinin ödenmesi suretiyle veya kâr ve zarar ortaklığı yatırımları, taşınmaz, ekipman veya emtia temini veya finansal kiralama, mal karşılığı vesaikin finansmanı, ortak yatırımlar veya benzer yöntemlerle sağladıkları finansmanlar da bu Kanun uygulamasında kredi sayılır."

TBK'nin 515-519. maddelerinde, "kredi mektubu" ve "kredi emri" kurumları düzenlenmiştir ve bu hükümlerden de "kredi" tanımı çıkmamaktadır.

TBK'nin 386 vd maddelerinde, tüketim ödüncü sözleşmeleri düzenlenmiştir. TBK'nin 386. maddesine göre; ***"Tüketim ödüncü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir."*** TBK'nin 387. maddesi ise, faizi düzenlemektedir. Buna göre; ***"Ticari olmayan tüketim ödüncü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemez.***

Ticari tüketim ödüncü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir. TBK'nin 388. maddesi ise, faizlere ilişkin özel kuralları düzenlemektedir. Buna göre; ***"Tüketim ödüncü sözleşmesinde faiz oranı belirlenmemişse, kural olarak ödünç alma zamanında ve yerinde o tür ödünçlerde geçerli olan faiz oranı uygulanır.***

Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, belirlenen faiz, yıllık olarak ödenir.

Faizin anaparaya eklenerek birlikte yeniden faiz yürütülmesi kararlaştırılamaz."

Bu hüküm, diğer hükümlere göre kredi tanımına daha yakın bir düzenleme yapmış olmaktadır.

Kredi, kredi veren tarafından, salt kredi alanın yararına veya onun göstereceği bir teminat karşılığında verilen ve geçici olmakla beraber belli bir süre için, belli bir satın alma gücünden vazgeçilmesini gerektiren, bu vazgeçme karşılığında kredi verene faiz sağlayan, maddi bir kazandırma, olarak tanımlanabilir[1].

Krediler, çeşitli açılardan tasnif edilebilir. Örneğin, satıcı tarafından, bedelin, malın tesliminden daha sonra alınması halinde, satıcı alıcıya bir bakıma kredi sağlamış olmaktadır. Kredi, üçüncü kişiler tarafından da sağlanabilir. Kredi verme yetkisi genellikle kanunlarla belirli kurumlara verilmektedir. Veriliş amacına göre de kredileri, tüketici kredisi, üretici kredisi, ticari kredi vs gibi adlandırma olanağı vardır. Ancak genel olarak bankalarca verilen kredi değerlendirildiğinde, krediyi çeşitli açılardan şu şekilde sınıflandırmak mümkündür: Nakdi ve gayri nakdi krediler, açık veya teminatlı krediler; doğrudan veya dolaylı krediler; Türk parası veya yabancı para ile açılan krediler; kısa, orta ve uzun vadeli krediler[2].

Taksitli satışlar sanayi çağının bir buluşudur. Üretimin kitleselleşmesi ile birlikte, talebin de kitleselleşmesi gerekiyordu. 19. yüzyıldan beri, malların seri üretiminin sağlanmasıyla birlikte, üreticiler ürünlerini satabilmek amacıyla yeni yollar bulmak için araştırmalar yapmaya başladılar. İşte bunu sağlayacak yöntemlerden birisi, ilk kez Singer Dikiş Makineleri tarafından uygulanan taksitli satışlardır[3]. Satıcının, malın bedelini almayı malın tesliminden sonraki bir döneme bırakması suretiyle tüketiciyi kredilendirmesi, ki bu durumda malın bedeli genellikle tüketicinin ödeyebileceği şekilde kısımlara ayrılmakta ve tüketici her ay bu kısımları taksitler halinde ödemek suretiyle borcundan kurtulmaktadır. Bu işleme, basit taksitli satış denmektedir[4]. Taksitli satışlar sayesinde tüketici, mevcut mali kaynakları ile edinemeyeceği mal ve hizmetlere ulaşma olanağını yakalamaktadır. Satıcılar ise, bu yolla mal ve hizmetlerinin satışını ve üretimini arttırabilmektedirler. Böylece, yatırım ve istihdam da artmış olmaktadır[5]. Kredili satışın bu faydaları yanında, çeşitli

1 AKİPEK, s. 8-9

2 AKİPEK, s. 10

3 HONDİUS, Ewud; "Hollanda'da Tüketici Kredileri" Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulamalar Paneli İstanbul Ticaret Odası Yayını, No: 1992-3, s. 21

4 BLAUROCK, Uwe; "Almanya Hukukunda Tüketici Kredisi" Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulamaları Paneli, İstanbul Ticaret Odası Yayını, No: 1992-3, s. 34; ÖZSUNAY, "Tüketici Kredileri" s. 4

5 ÖZSUNAY, Ergun; "Türkiye'de Tüketici Kredileri: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bazı Düşün-celer" Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulamalar Panel, İstanbul Ticaret Odası Yayını, No: 1992-3, s. 6; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, C.1/1, s. 300

zararları da bulunmaktadır. Tüketicinin mali olanaklarını aşarak tüketim yapmasına ve ileride bu yüzden ödeme güçlüğü içine düşmesine sebep olabilmektedir. Burada malın finansmanı, satıcının üzerinde kaldığı için, bu yolu uygulayacak satıcının büyük bir sermayeye ihtiyaç duyması söz konusudur. Satıcı, taksitle sattığı malın bedelini kendisi ödemek zorunda olduğundan, daha fazla sermaye ihtiyacı doğmakta ve ödememe riskleri karşısında bu risklerin de fiyatlara yansıtılmasına ve böylece fiyatların artmasına yol açmaktadır[6]. Satıcı, tüketicinin ödememe tehlikesine karşı, kendisini korumak amacıyla sözleşmeye bazı kayıtlar koyar ve bazen tüketiciler, ekonomik bakımdan zayıf oldukları için, bu hususta çok ağır kayıtlara rıza göstermek zorunda kalırlar[7].

Satıcıların, doğrudan doğruya finansmanı üstlerine almak suretiyle başlayan alıcıyı kredilendirme işlemi, zamanla, bankaların ticari kredilerde tıkanmaları, riski daha küçük parçalara bölerek daha çok sayıda kişiye yaymak istemeleri nedeniyle bankaların da ilgisini çekmiştir. Önceleri, doğrudan satıcıların alıcılara kredili satış yapması söz konusu iken, devreye bankalar girmeye başlamış ve bu kez kredilendirme işlemini bankalar yapmıştır. Ancak bu durum, tüketicinin doğrudan satıcıdan kredi aldığı önceki durumlara göre, durumunu zorlaştırmıştır. Çünkü malda çıkacak herhangi bir sorun nedeniyle tüketici, ödemelerini kolayca durdururken, krediyi üçüncü kişilerden aldığı takdirde bu sonuca ulaşması zorlaşmıştır[8].

Başlangıçta bir ödeme aracı olarak çıkan kredi kartları da, yaygın bir şekilde kredi aracı olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bugün neredeyse, gerçek anlamda kredi sağlamayan kredi kartı kalmamış gibi görünmektedir. Kredi kartı hamilleri, kredi kartları ile sadece alışveriş yapıp, günü geldiğinde bedelini ödememektedirler. Bundan başka, alışverişlerini taksitlendirme, ödemelerini taksitlendirme ve nakit çekme amacıyla da kullanmaktadırlar. Özellikle, ödemelerin taksitlendirilmesi ve nakit çekme hallerinde tüketici, kredi kartını çıkaran kuruluştan, kredi kullanmış olmaktadır. Alışverişin taksitlendirilmesi hallerinde ise, satıcı-sağlayıcı, tüketiciye kredi vermiş olmaktadır. Bazı hallerde bu son durumda da, satıcı-sağlayıcı, daha büyük bir faiz ödeyerek iskonto ile parasını kartı kabul eden üye işyeri anlaşması yapan kuruluştan peşin olarak almaktadır. Bu durumda da, kredi riski kartı kabul eden kuruluşa geçmekte, bankalar arası anlaşmalar yolu ile bu risk kart çıkaran kuruma aktarılmaktadır.

Finansal kiralama sözleşmeleri de bazı hallerde, bir çeşit taksitli satış, dolayısıyla tüketici kredisi olarak kabul edilebilir. Nitekim TKHK'nin kapsamını gösteren 2. madde düzenlemesinin genişliği ve ithalatçı tanımında açıkça finansal kiralamadan bahsedilmesi, bu yaklaşımı doğrulamaktadır. Ayrıca TKHK'nin 17. maddesinin (2). fıkrasında açıkça, finansal kiralama sözleşmelerine de bu bölüm hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir.

6 ÖZSUNAY, Tüketici Kredileri, s. 6; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, C 1/1, s. 300

7 TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, C1/1, s.301; TUNÇOMAĞ, s. 321

8 "Gerçekten, eskiden alıcıya kredi verme işini satıcı kendisi üstlenirdi. Şimdiyse bu işi satıcı bir bankaya devretmektedir. Bu iş bölümünün alıcıyı eskisinden daha elverişsiz bir hukuki konuma sokmasına göz yumulamaz. Alıcı istediği mala kavuşamadığı halde bankanın kredi sözleşmesinin korunup bu sözleşmenin gereklerinin aynen yerine getirilmesinde ısrar etmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz." SEROZAN, s. 594

Bu nedenlerle, kredilendirme bu kadar yaygınlaşınca, mal satın alma da o kadar kolaylaşmıştır. Tüketici de, fazla düşünmeden gelecekte kazanması kesin olmayan paraları, bugünden harcamaya başlamıştır. Cebinden para çıkmadan alışveriş yapmanın cazibesi, çoğu zaman tüketicinin sağlıklı düşünmesini önlemektedir. Taksitli satışlarla veya kredili satışlarla, aslında malın kendisine çok daha pahalıya mal olduğunu, genellikle fark edememektedir; sıklıkla ödeme güçlükleri içine düşmektedir. Bu nedenlerle kredili satışlarla ilgili tüketiciyi koruyucu düzenlemelere ihtiyaç doğmuştur. Ülkemizde de, bu ihtiyaç hissedilmiş, TKHK kapsamında, taksitli satışlar, tüketici kredileri ve kredi kartları ile ilgili özel hükümler getirilmiştir. Her üç hükmün özelliği, tüketiciye kredili alışveriş olanağı sağlamasıdır. Tüketici gözünde, bu özelliği ön planda olduğundan, tüketicinin korunması açısından birbirine benzer düzenlemeler getirilmiştir. Bu nedenle taksitli satışlar, tüketici kredileri ve kredi kartları "tüketici kredileri" başlığı altında, aynı bölüm içinde incelenmiştir.

2. TÜKETİCİ KREDİLERİ

2.1. GENEL OLARAK

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, genel olarak kredi tanımı, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 48. maddesinde dahi sayma yöntemi ile yapılmıştır. Kapsayıcı bir tanıma yer verilmemiştir. Kredi, bir anlamda tüketim ödüncüne benzemektedir. Bu nedenle, TBK'nin 386-392. hükümlerine de değinilecektir. TKHK'nin 22. maddesi ***"Tüketici Kredisi" başlığını taşımaktadır. Bu hükmün 1. fıkrasında bir tanım verilmiştir; Buna göre; "(1) Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder.*** TKHK'nin 22-31 maddelerinde, tüketici kredileri ve kredi kartları ile ilgili olarak tüketicinin nasıl korunacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Aşağıda bu hükümler incelenecektir[9]. Ayrıca, AB Konseyinin çıkarmış olduğu Tüketici Kredisi Yönergesi'ne de yeri geldikçe değinilecektir . Ayrıca kanunun 31. Maddesinde tüketici kredileri ile ilgili olarak bir yönetmelik çıkarılacağı da düzenlenmiştir. Bu yönetmelik Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayınlanmış bulunmaktadır[10]. Aşağıdaki açıklamalrımızda bu yönetmeliğe de yer verilecektir.

Tüketici ile herhangi bir yöntemle tüketiciye kredi sağlayan kişiler arasında yapılan sözleşmeler, karşı tarafın bir menfaat elde ettiği her durumda 22(1) hükmü kapsamına girmektedir. Bu durumda, hangi ad altında verildiğine bakılmaksızın, ticari ve mesleki amaçlar dışında amaçlarla verilmiş olan kredilere ilişkin sözleşmeler, tüketici işlemidir ve TKHK'nin 22 vd. hükümlerine tabidir. Her ne kadar hükümde bazı yöntemler sayılmışsa da, "ve benzeri" denmek suretiyle, başka

9 Avrupa Topluluğu Konseyi "Tüketici Kredileri İle İlgili Üye Devletlerin, Hukuksal Düzenlemelerinin ve İdari Yapılarının Birbirine Yaklaştırılması Hakkında 87/102/AET sayılı ve 22 Aralık 1986 tarihli Yöner-ge". OJ L 42/48, 12.02.1987, AB Parlamentosu ve Konseyinin 16. Şubat 1998 Tarih ve 98/7/AB sayılı Yönergesi ile değişik OJ L Nr 101 01.04.1998, s. 17-23

10 Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği, Resmi Gazete 22 Mayıs 2015 Sayı 29363

şekillerde yapılan kredi sözleşmelerinin de bu hüküm kapsamına gireceği belirtilmiştir. Bu durumda, örneğin bankalarca bireysel kredi olarak anılan krediler, eğer bir tüketiciye, yani mesleki ve ticari olmayan bir amaçla hareket eden bir kişiye veriliyorsa, bu bir tüketici işlemidir, tüketici kredisi çeşitlerinden birisidir[11]. TKHK açısından, iki tip kredi vardır, bunlardan birincisi, mesleki ve ticari amaçlarla alınan kredilerdir, ki bunlar tüketici kredisi değildir. İkincisi ise, mesleki ve ticari amaçlar dışında alınan kredilerdir, ki bunlara tüketici kredisi denir. Örneğin, kredili mevduat hesabı açıkça sayılmamıştır; ama tanıma uygun bir tüketici kredisidir. Nitekim AB Konsey Yönergesi de kapsayıcı bir tanımlamayı tercih etmiş ve taksitli satışları dahi tüketici kredisi olarak tanımlamıştır.

Haksız rekabet hallerini düzenleyen TTK 55. Maddesinin 1. Fıkrasının 10,11,12. Bentlerinde de tüketici kredilerindeki tüketiciyi yanıltabilecek olan bazı uygulamaları haksız rekabet sayan hükümler bulunmaktadır. Bunlar bölüm sonunda ayrıca incelenecektir.

2.2. HUKUKİ MAHİYETİ

Bazı ülkelerde tüketici kredileri özel bir kanunla düzenlenmiştir. Örneğin İngiltere'de 1974 tarihinde çıkarılan Tüketici Kredileri Kanunu halen yürürlüktedir. Bu Kanun, 193 madde ile tüm ayrıntıları ile konuyu düzenlemiştir. Avrupa Topluluğu Konseyi "Tüketici Kredileri İle İlgili Üye Devletlerin, Hukuklarının Düzenlemelerinin ve İdari Yapılarının Birbirine Yaklaştırılması Hakkında 87/102/AET sayılı ve 22 Aralık 1986 tarihli Yönerge" ile konuyu düzenlemiştir. Daha sonra Konsey 22 Şubat 1990 tarihinde 90/88/AET sayılı Yönerge ile bazı değişiklikler getirmiş bulunmaktadır. Bundan böyle üye devletler tüketici kredilerini bu yönergelere uygun olarak düzenlemek zorundadırlar. Bazı ülkelerde ise tüketici kredilerini düzenleyen böyle özel bir kanun bulunmamaktadır. Bu ülkelerde, tüketici kredileri bakımından Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun sözleşme özgürlüğü çerçevesinde konuya çözüm aranmıştır. Konsey Yönergesi'nden önce İtalya'da durum böyle idi[12]. Almanya'da konu büyük ölçüde Medeni Kanun ve 1894 yılından kalma Taksitli Satışlar Kanunu'na göre idare ediliyordu. Konsey Yönergesi'nden sonra 1 Ocak 1991'den itibaren Tüketici Kredileri Yasası çıkarılmıştır[13].

Türkiye'de ise genel olarak, kredi sözleşmelerinin bağımsız ve kendine özgü yapısı olan ve kredi açanı tek bir borç (kredi verme borcu) çerçevesi içinde çeşitli edimlerde bulunma yükümlülüğü altına sokan bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir[14]. Ancak TBK'de özel olarak düzen-

11 TEOMAN, tüketici kredisi ile bireysel kredileri karıştırdığımızı düşünmüştür, ancak bir hukuki ilişkiyi tarafların nasıl nitelediği değil, kanunların nasıl nitelediği önemlidir. TKHK, 2. maddesi çerçevesinde bakıldığında, adı bireysel kredi olan kredilerin de mesleki ve ticari amaçlar dışında amaçlarla alınması halinde tüketici kredisi sayılacağı ve TKHK kapsamına gireceği açıktır. Bkz. TEOMAN, Ömer; Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması; Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 1996 s.233 dnt 16b

12 FRIGNANI, Aldo; "İtalya'da Tüketici Kredileri" Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulaması Paneli, İstanbul Ticaret Odası Yayını, No: 1992-3, s. 26

13 BLAUROCK, s. 32-33

14 TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.1/2, Ankara, 1985, s. 332-333

lenmedikleri için, bunlara uygun düştüğü ölçüde tüketim ödüncü ve cari hesap hükümlerinin örnekseme yolu ile uygulanmasının doğru olacağı kabul edilmektedir[15]. Kredi açma sözleşmesi ile bir kimse, bir karşılık uğruna, diğerine kredi açmayı veya kendi kredisini ona kullandırmayı taahhüt eder. Bu sözleşme gereğince, banka çoklukla tacir olan diğer yana, örneğin, cari hesap kredisi açmayı, onun çekeceği poliçeleri kabul etmeyi, üzerine yapılacak havaleyi ödemeyi, kefil olmayı yüklenir[16]. Bütün bu hallerde kredi alan yararına bir istem doğar ve o bunu kullanıp kullanmamakta tamamen serbest bulunur. Fakat bankalar bu tip sözleşmeler yaparken, bu krediden tek yanlı dönme haklarını saklı tutma konusunda özen gösterirler.

Federal Mahkeme, kredi açma sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğurduğunu göz önünde tutarak, bankaların sözleşmeyi tek yanlı oalrak fesih hakkını saklı tutan koşulları geçerli saymıştır. İşte bu özellikleri yüzünden kredi açma sözleşmesinin hukuki niteliği üzerinde değişik görüşler öne sürülmüştür. Kredi alanın gerçek bir alacak hakkı olduğu için, kredi açma sözleşmesi ödünç vaadi sözleşmesinden farklıdır. Tüketim ödüncünde ödünç alınan iadesi ile ödünç sözleşmesi sona erer, oysa ki kredi alan belli bir süre içinde krediyi bir kaç kez kapatıp tekrar kullanabilir; bu itibarla ödünç sözleşmesinden de ayrılır[17]. Tüketici kredilerinin bazı çeşitleri de buna uymamaktadır. TBK'nin 386-392 maddeleri arasında tüketim ödüncü düzenlenmiştir. Buna göre; ***"Tüketim ödüncü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.***

Ticari olmayan tüketim ödüncü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemez.

Ticari tüketim ödüncü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir.

Tüketim ödüncü sözleşmesinde faiz oranı belirlenmemişse, kural olarak ödünç alma zamanında ve yerinde o tür ödünçlerde geçerli olan faiz oranı uygulanır.

Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, belirlenen faiz, yıllık olarak ödenir.

Faizin anaparaya eklenerek birlikte yeniden faiz yürütülmesi kararlaştırılamaz.

Ödünç alanın, ödünç konusunun teslimine ve ödünç verenin de bu şeyin teslim alınmasına ilişkin istemleri, diğer tarafın bu konuda temerrüde düşmesinden başlayarak altı ayın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Ödünç alan, ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşerse ödünç veren, ödünç konusunun tesliminden kaçınabilir.

---

15 TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Cilt II Özel Borç İlişkileri; İstanbul, 1977, s. 785; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, C.1/2, s. 333; AKİPEK, s. 41-42

16 TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, C.1/2, s. 332; TUNÇOMAĞ, s.784. "Kredi açma sözleşmesini, kredi verenin, kredi alana karşı, isteği üzerine belirli şartlarla ve belli bir sınıra kadar, belli veya belirsiz bir za-man süreci içinde, ödünç para vermeyi veya herhangi bir şekilde kendi kredisini lehdarın emrine tahsis etmeyi üstlendiği, yani kredi türlerinden herhangi birin, kullanmayı taahhüt ettiği, buna karşılık kredi alanın da açılan kredileri geri ödemeyi, eğer doğarsa kredi verenin zararını tazmin etmeyi ve faiz, ko-misyon gibi masrafları ödemeyi üstlendiği, çerçeve niteliğinde bir sözleşme, olarak tanımlayabiliriz." AKİPEK, s. 37

17 TUNÇOMAĞ, s.784; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, C.1/2, s. 332; AKİPEK, s. 214, 217

Ödünç veren, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu daha sonra öğrenmişse, aynı hakka sahiptir.

Ödünç alana, sözleşmede kararlaştırılan para yerine, kıymetli evrak veya ticari mallar verilirse, borcun tutarı, bunların teslim zamanı ve yerindeki borsa ya da piyasa değeri üzerinden hesaplanır; aksine yapılan sözleşme geçersizdir.

Ödüncün geri verilmesi konusunda belirli bir gün ya da bildirim süresi veya borcun geri istendiği anda muaccel olacağı kararlaştırılmamışsa ödünç alan, ilk istemden başlayarak altı hafta geçmedikçe ödüncü geri vermekle yükümlü değildir."

Kredi lehtarı, kendisine tanınan kredi limitini, nakit çekerek, akreditif açtırarak, çeklerin ödenmesi, teminat mektubu verilmesi, poliçe ve bonoların iştira veya ıskonto edilmesi yolları ile kullanabilir. Görüldüğü gibi, kredi çok farklı şekillerde verilebilir. Tüketici kredisi tanımında yer alan ve benzeri ifadesi nedeniyle, tüm bu yöntemler tüketici kredileri için de geçerli olabilir. Tüketici kredisi ise, genellikle bir defada kullanılır. Kredi sözleşmesi ile tüketici kredisi sözleşmesi arasındaki temel fark, amaç bakımından ortaya çıkmaktadır. Tüketici kredilerinde, ticari ve mesleki amaç söz konusu değildir, diğer kredilerde ise ticari, mesleki veya zirai amaçlarla kredi alınabilir[18].

Genel olarak kredi açma sözleşmeleri hakkında bu söylenenler, bazı tüketici kredileri için de geçerlidir. Özellikle kredi kartlarıyla çalışan kredilerde ve kredili mevduat hesaplarında durum böyledir. Ancak doğrudan belli bir ihtiyacın görülmesi gayesi ile, bankalardan nakit olarak alınan kredilerde durum biraz daha farklıdır. Bu kredilerde tüketici, krediyi, belli taksitlerle geri ödemeyi taahhüt eder. Bir kez geri ödeme gerçekleştikten sonra aynı kredinin tekrar kullanılması söz konusu değildir. Bu gibi tüketici kredileri tüketim ödüncü sözleşmesine daha çok benzemektedir. Burada iade borcu bir kerede değil, taksitler halinde, kısmi ifalar şeklinde yerine getirilmektedir. Bu sözleşmelere tüketim ödüncü sözleşmesi hükümlerinin uygulanma ihtimali daha fazladır. Ancak, genellikle bankalar, verdikleri her türlü kredi sözleşmesi için önceden yazılı olarak hazırladıkları tip sözleşmeleri kullanmaktadırlar. Böylece, emredici olmayan kanun hükümlerinin yerine sözleşme hükümleri geçmektedir.

Bu nedenle, sözleşme hükümlerinin şekil ve içerik yönünden emredici hükümlerle, tüketici lehine olarak düzenlenmesi gerekli görülmektedir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, pek çok ülkede bu yönde yasal düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır. Türkiye'de de, TKHK 22 vd. maddeleri ile tüketici kredilerine ilişkin bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır. Bu düzenleme, tüketici kredisi adıyla, bir yeni sözleşme türünün hukukumuza girmesini sağlamıştır. TKHK'nin 22 vd. maddeleri ile, tüketici kredisi sözleşmeleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemenin çeşitli eksiklikleri olsa da, artık kanun tarafından ismi konulmuş bir sözleşme söz konusudur[19]. Dolayısıyla, tüketici kredisi tanımına uyan sözleşmelere, Kanun'un 22 vd. maddeleri öncelikle uygulanacaktır. Bundan başka, Kanun'un taksitli satışlar ile ilgili olan 17 vd. maddeleri ve haksız sözleşme şartlarına karşı

18 AKİPEK, s. 215

19 AKİPEK, s. 213, 218, Bazı yazarlar, bağlı tüketici kredisini bileşik sözleşme olarak nitelendirmektedir. Krş. GEZDER, s. 67-68; İNAL, s. 238 vd.

tüketicinin korunması hakkındaki 5. maddesi, temel ilkeleri düzenleyen 4. maddesi göz önüne alındığında, TKHK'nin çoğu emredici nitelikteki hükümlerinin tüketici kredileri için uygulanması söz konusu olacaktır. Kanun'un 83. maddesinin atfı nedeniyle, TKHK'de hüküm olmayan hallerde genel hükümler uygulanacaktır. Bu son durumda, yukarıda, genel olarak kredi sözleşmeleri için yapılmış olan tartışmalar tüketici kredisi sözleşmeleri için de geçerli olacaktır. Bu tartışmalar çerçevesinde, boşluklar genel hükümlerle, özellikle mahiyeti uyduğu ölçüde TBK'nin 386-392 hükümleri ile doldurulacaktır.

2.3. TÜKETİCİ KREDİSİ SÖZLEŞMESİ

2.3.1. Tanımı ve Unsurları

Doktrinde, tüketici kredisi, herhangi bir mal veya hizmetin satın alınması/tedarik etmesi amacıyla ve mutlaka ticari amaçlar dışında yararlanmak kaydıyla, gerçek veya tüzel kişilere, onlara duyulan kişisel güven ve gelir ile malvarlıksal durumları dikkate alınarak, banka veya finans kurumları tarafından, ödünç, avans veya mali yardım şeklinde, önceden belirlenmiş koşullarla geri ödenmek üzere verilen kredi biçiminde tanımlanmaktadır[20].

Tüketici kredisi, TKHK'nin 22. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre; ***"Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder."***

Bu tanımlardan ortaya çıkabilecek unsurlar şunlardır:

1) Tüketici kredisi sözleşmesinin tarafları tüketici ve kredi verendir.

2) Tüketici kredisinin konusu nakit ödemenin ertelenmesi, ödünç vb. yöntemlerle tüketicinin bir miktar parayı kullanmasını sağlayan kredidir.

3) Tüketicinin krediyi almaktaki amacının bir önemi yoktur, bir mal veya hizmet edinmek için olabileceği gibi mevcut bir borcunu kapatmak için ya da herhangi bir ihtiyaç için olabilir.

4) Tüketici kredisinin tipik özelliği, kredi verenin bu krediyi faiz veya başka bir menfaat için kullandırmış olmasıdır.

Bunların üzerinde ayrı ayrı durmakta yarar vardır.

2.3.2. Tüketici Kredisi Sözleşmesinin Tarafları

Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi alan (tüketici) ile kredi veren (banka veya başka bir finans kurumu ya da tüketiciye kredi vermeyi iş edinmiş kişiler) arasında yapılan bir sözleşmedir. Burada kredi alan ve kredi verenin hangi özelliklerinin olması gerektiği üzerinde durulacaktır. TKHK, her

20 AKİPEK, s. 144, Başka bir tanıma göre "Bir mal veya hizmetin tedarik edilmesi amacıyla ve bu amaç ticari amaçlar dışında işlemek kaydıyla gerçek veya tüzel kişilere, bunlara duyulan kişisel güven, gelir ve mal varlıkları nazara alınarak; banka veya benzeri finansman kurumlarınca, önceden belirlenen koşullar (faiz, vade vb.) çerçevesinde taksitlerle geri ödenmek üzere verilen krediden ibarettir." GEZDER, Ümit, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 22

türlü kredi sözleşmesine uygulanmayacaktır. Bu Kanun'un kapsamının tespiti açısından da, "kredi alan" ve "kredi verenin" açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Yukarıdaki tanıma göre, tüketici kredisi sözleşmesinin tarafları tüketici ve kredi verendir.

Kanunda tüketici şu şekilde tanımlanmıştır. ***"Tüketici ticari veya mesleki olamayan amaçlarla hareket eden gerçek ya da tüzel kişiyi"*** ifade eder. Tüketicinin kim olduğu ve ayırt edici unsurları bu kitabın "Giriş" başlıklı bölümünde incelenmiştir, burada tekrar edilmeyecek, ancak konunun gerektirdiği kadar girilecektir. Kanunumuz, benzeri pek çok kanundan farklı olarak, tüketiciyi sadece gerçek kişiler olarak değil, tüzel kişileri de kapsayacak şekilde tanımlamıştır. Oysa ki, Topluluk Konseyinin Tüketici Kredileri hakkındaki Yönergesi'nin 1. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde tüketiciyi, bu Yönerge'nin amacı bakımından, mesleki veya ticari amaçları dışında kalan amaçlarla bir kredi sözleşmesine taraf olan 'gerçek' bir kişi olarak tanımlamaktadır. Alman Tüketici Kredi Yasası da tüketiciyi gerçek bir kişi olarak kabul etmektedir[21]. Hollanda'da da, tüketici kredilerinden söz edebilmek için taraflardan birisinin gerçek bir kişi olması aranmaktadır[22]. TKHK kapsamında kredi sözleşmeleri açısından, tüketicinin gerçek kişi olması gerektiği, aksi halde kredinin mesleki veya ticari kredi sayılacağı belirtilmiştir[23]. TKHK.'nin 3. maddede yapmış olduğu açık tanımlama karşısında, teorik olarak tüzel kişilerin de tüketici kredisine taraf olabilecekleri kabul edilebilir. Ancak bu konunun tek tek tüzel kişiler, özellikle amaçlarına göre tüzel kişilik ayrımı yapmak suretiyle incelenmesi gerekmektedir. Örneğin bir derneğin yönetim kurulu üyelerinin toplantısında kullanmak üzere satın alacağı toplantı odası takımı için, bir banka ile kredi sözleşmesi yapması düşünülebilir. Böyle bir sözleşmede, tüketicilerin yararlandığı koruyucu hükümlerden derneğin de yararlanması kabul edilebilir. Ancak bunların istisnai durumlar olduğunu ve genel kural olarak tüketici kredilerinin gerçek kişiler açısından söz konusu olması gerektiğini kabul ediyoruz. Bankalar, tüketici kredisi adındaki bir taşıt kredisini, bir Anonim Şirkete de verebilirler. Bu konuda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Burada belirtmek istediğimiz husus, kredinin adı ne olursa olsun ileride bir ihtilaf çıktığında, hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı noktasındadır. Tüketici tanımına uymayan kişilerle yapılan tüketici kredisi sözleşmeleri, Kanun'un 22. maddesi anlamında tüketici kredisi sözleşmesi olmayacağı ve Kanun'un 2. maddesi anlamında tüketici işlemi sayılmayacağı için, TKHK'ne tabi olmayacak, genel hükümlere göre çözümlenecektir. Belirtilmesinde fayda görmekteyiz ki, Yargıtay yukarıdaki görüşümüzden farklı olarak bazı kararlarında tüzel kişileri de tüketici olarak kabul etmekte olup, bu yönde kararları mevcuttur[24]. Bu çerçevede olmakla, Bankalar nezdinde tüketici kredisi başvurusu yapan gerçek

21 BLAUROCK, s. 36

22 HONDIUS, s. 23

23 KÖKSAL, s. 89

24 TC Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E.1999/3932 K.1999/4621 sayılı ve 6.7.1999 tarihli kararında bir Anonim Şirketi tüketici kabul etmiştir. Daha yeni bir kararda ise tam tersine bir limited şirket tüketici kabul edilmemeiştir: TC Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2012/17475, K.2013/1456 28.01.2013 tarihli kararında bir Ltd Şirket; TC Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2012/17475, K.2013/1456 28.01.2013 tarihli karar.

ve tüzel kişi tacirler ile bireysel müşteriler bakımından "İşyeri Kredisi" adı altında kullandırılan krediler bakımından şu açıklamaların yapılmasında fayda görmekteyiz.

TKHK'nin kapsam başlıklı 2. maddesine göre ***"Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar."***

TKHK'nin tanımlar başlıklı 3. maddesine göre tüketici işlemi "l) Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi"dir. Bu tanıma göre her ne kadar bankacılık işlemleri tüketici işlemi olarak sayılsa da bu tüm bankacılık işlemlerinin bu kanun kapsamında olduğu anlamına gelmemektedir. Hükmün baş kısmında işlemin taraflarının kimler olması halinde bankacılık işlemlerinin de bu kanun kapsamına gireceği belirtilmiş olmaktadır. Buna göre bir tarafta mesleki ve ticari amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiler diğer tarafta ise tüketiciler olması gerekmektedir. Bankaların kredi sözleşmesi yaparken mesleki ve ticari amaçla hareket ettiklerine şüphe yoktur. Diğer tarafın ise tüketici olması gerekmektedir. Aynı hükme göre; "Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi," ifade etmektedir. Kredi sözleşmesinin diğer tarafının tüketici sayılması için mesleki veya ticari olmayan amaçlarla hareket etmesi gerekmektedir. Ticari ve mesleki amaçlarla ilgili olmak veya olmamak burada belirleyici bir niteliktedir. Bu nedenle mesleki ve ticari kavramlarının tanımlanması ve anlamlandırılması gerekmektedir. Bu konuda kanunda açık bir tanımlama olmadığı gibi gerekçesinde de bir açıklama bulunmamaktadır. Bu durumda kanunun 83 (1) maddesi gereğince genel hükümlere başvurmak gerekmektedir. TTK 3. Maddesine göre "bu kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir." TTK 11. Maddesine göre "ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız bir şekilde yürütüldüğü işletmedir." Demek ki esnaf işletmesi ile ticari işletme arasındaki fark sadece elde edilen gelirin miktarı ile ilgilidir yoksa amacının gelir sağlama olması açısından bir fark bulunmamaktadır. Bu durumda yapılan işlemin amacına bakan TKHK açısından bu ikisi açısından bir fark bulunmamaktadır. Tacir olmanın sonuçlarını düzenleyen TTK 18 ve 19. Maddelerini dikkate aldığımızda kural olarak tacirin her türlü borcunun ticari borç sayılacağını dolayısıyla ticari işlerinden kaynaklandığını sadece gerçek kişi tacirlerin "işlem yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı taktirde" borcun adi borç sayılabileceği düzenlenmektedir. Yani tacirlerin her türlü işlerinin ticari işletmeleri ile ilgili olacağı ve ticari borç sayılacağı yolundaki kanuni karinenin ticaret şirketleri açısından bir istisnasının bulunmadığı ancak gerçek kişiler açısından bir istisnasının olduğu anlaşılmaktadır.

Meslek, insanın yaşamını sürdürebilmek için yaptığı ve genellikle yoğun bir eğitim, çalışmayı gerektiren sürecin sonunda kişilerin kazandığı unvanın adıdır.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65'inci maddesinde; "Her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır.

Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır." hükmü yer almıştır.

Görüleceği üzere serbest meslek faaliyeti para, arazi, bina, makine v.s. gibi maddi unsurlardan oluşan sermayeden daha çok kişisel çalışma ve ilmi veya mesleki bilgiye, ihtisasa dayanan, mal ve hizmet alım satımı gibi ticari nitelikte olmayan işlerin bağımsız olarak kişisel sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır.

Buna göre doktorluk, avukatlık, mimarlık, mühendislik, muhasebecilik, mali müşavirlik gibi yüksek eğitim ve ihtisas gerektiren mesleklerin bir işverene tabi olmadan, serbest olarak şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesaplarına yapılması halinde serbest meslek faaliyetinden söz edilebilir. Bir işverene tabi olarak bu faaliyetler yapılırsa elde edilen gelir ücret geliridir. Serbest meslek faaliyetleri TKHK kapsamında hizmet sayılmaktadır. Bir ücret veya bir menfaat karşılığında yapılırsa, ve hizmeti alan tüketici tanımına uyuyorsa TKHK anlamında serbest meslek yapan kişiler sağlayıcı tanımı kapsamında kalırlar.

Gerçekten TKHK 3. Maddesine göre "d) Hizmet: Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu," "ı) Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi," ifade eder.

Tüm bu düzenleme ve tanımları birlikte değerlendirdiğimizde mesleki veya ticari faaliyet demek gelir sağlama amacıyla yapılan sürekli ve bağımsız her türlü iktisadi faaliyet anlamına gelmektedir. Gelirin azlığının çokluğunun bir önemi bulunmamaktadır. Burada şunu da belirtelim ki buradaki "gelir" sürekli ve bağımsız olarak yürütülen ticari veya mesleki faaliyetten elde edilen gelirdir. Yoksa arızi olarak sahibi olduğu bir evden elde etmekte olduğunu kira geliri gibi arızi veya mesleki ve ticari faaliyetin bir sonucu olmayan gelirler bu kapsamda kabul edilmemesi gerekmektedir.

Kanun'un 3. maddesinde kredi veren de tanımlanmıştır. Buna göre, ***"ğ) Kredi veren: Mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişiyi,"*** ifade eder. Demek ki açıkça satıcıların taksitli satışlar suretiyle tüketiciye açmış oldukları krediler bu maddenin dışında kalmaktadır. Bu husus, ayrı bir madde ile düzenlenmiştir. Banka, Bankalar Kanunu'na göre kurulmuş tüzel kişidir.

Bu hükme göre, banka, özel finans kuruluşu ve finansman şirketleri dışında kişilerle yapılan kredi sözleşmeleri de tüketici kredisi sayılacak ve 22 vd. madde hükümlerine tabi olacaktır. Yeter ki, mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olsun. Kredi veren tanımında yer alan "mevzuatı gereği" ifadesi, mevzuatında olmasa bile fiilen tüketiciye kredi veren kişilerin bu Kanun'un uygulanması kapsamı dışına çıkmasına sebep olmaktadır. Oysa, tüketicinin en çok bu durumlarda korunmaya ihtiyacı bulunmaktadır. Ödünç para verme işleri hakkında, kanun gereğince izinsiz olarak ödünç para verme işleri ile uğraşmak cezai yaptırımları gerektirse de, yine de TKHK'nin uygulanmasında böyle bir kısıtlanmaya gidilmesinin gereği bulunmamaktadır.

Avrupa Toplulukları Konseyi Yönergesi'nde açıkça, mesleki veya ticari faaliyetinin sonucu olarak, kredi veren ya da kredisini kullandıran herkes "kredi veren" olarak kabul edilmiştir[25]. Yani sayma yöntemi değil, kapsayıcı bir tanım yapma yöntemi, bizce daha yerinde olarak, tercih edilmiştir. Bizim hukukumuz açısından da, özellikle TKHK'nin 2. maddesinin genişliği dikkate alınarak, geniş anlamda tüketici kredilerinin, AB Konsey Yönergesi'ndeki gibi geniş anlaşılması gerekmektedir. 10. maddede düzenlenen tüketici kredisi, dar anlamda tüketici kredisi olarak aslında tüketici kredilerinin bir çeşidinden ibarettir.

2.3.3. Tüketici Kredisi Sözleşmesinin Konusu

TKHK'nin 22. maddesinin 1 ve 2. fıkraları, tüketici kredisi sözleşmelerinin konusunun ne olacağı hakkında fikir vermektedir. Buna göre; ***"Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder."***

"Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir. Ancak bu durumda uygulanacak faiz oranı kredi kartı sözleşmesi uyarınca belirlenen orandan fazla olamaz."

Tüketici kredisi sözleşmesinin tanımı, AB Yönergesi'ne uygun olarak değiştirilmiştir. Tüketici kredileri artık sadece, bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak alınan krediler değildir. Kredi verenin tüketiciye, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla, kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği bütün sözleşmeler tüketici kredisi olarak değerlendirilecektir. İkinci fıkrada, kredi kartlarına ilişkin sözleşmelerin, ödemenin üç aydan daha uzun süre faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ertelenmesi veya taksitle ödeme imkânı sağlamaları halinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Banka kartları kredilendirilmiş ise, bu madde hükümlerine tabi olacaktır. Aksi takdirde, banka kartı, sadece ödeme aracı özelliğine sahiptir.

Diğer ülke uygulamalarında "Debit Card" olarak adlandırılan ve sadece tüketicinin mevduat hesabındaki parasını kullanmasına imkân sağlayan banka kartları örnek olarak verilebilir. Önemli olan tüketicinin, vadesi gelmiş bir ödemesinin ileri bir tarihe ertelenmesi ve kredi kurumunun bundan bir menfaat sağlamasıdır. Bu tür bir ertelemenin baştan kararlaştırılmış olması mümkün olabileceği gibi, vadenin geldiği anda taraflarca kararlaştırılmış olması da, bu madde hükümlerine tabi olmak açısından yeterlidir[26].

Burada, kredinin fiilen kime ödendiğinin önemi bulunmamaktadır. Tüketicinin onayı ile, satıcı

25 Krş. KÖKSAL, s. 89; Ayrıca bkz. ARKAN, " Tüketici Kredileri", s. 37 Yazar, Finansman şirketlerinin vermiş olduğu tüketici kredilerine de Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikle birlikte 4077 sayılı Kanun'un uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Kanun da bu yönde de-ğiştirilmiştir.

26 Madde gerekçesinden

veya sağlayıcıya doğrudan banka tarafından ödenen krediler de, tüketici kredisi olarak kabul edilir. Kredi, Türk Lirası olabileceği gibi başka bir ülke parası da olabilir[27].

Ancak, TKHK'nin 22. maddesinin kapsamına giren tüketici kredilerinin, dövize endeksli Türk Lirası üzerinden açılması mümkün değildir, zira tüketicinin toplam borç miktarının önceden belirlenmesi ve sabit olması zorunludur (TKHK m. 25(2)). Oysa dövize endekslendiğinde bu miktarın sabit kalması söz konusu olmayacaktır. Ancak doğrudan döviz üzerinden tüketici kredisi açılmasına herhangi bir engel yoktur[28]. Eğer kredi, yabancı para üzerinden verilmiş ve bunun aynen ödenmesi kararlaştırılmışsa, temerrüt faizinin hesaplanmasında, TBK'nin 253. maddesinde öngörülen hesap yöntemine göre, kapital faizinin yüzde otuz fazlasını aşmayacak şekilde olması gerekmektedir. Sözleşmeye yazılmamışsa, temerrüt faizi talep edilemez.

Tüketici Kredisi Yönetmeliği 2. Maddesinein 5/b fıkrasına göre, ***"kredinin otuz gün içerisinde geri ödenmesini gerektiren kredili mevduat hesabı sözleşmeleri, çek, teminat mektubu gibi gayri nakti kredi sözleşmelerine"*** bu yönetmelik hükümleri uygulanmayacaktır. Hüküm bu kredileirn tüketici kredisi sayılmaycağını değil Yönetmelik hükümlerinin bu sözlşemelere uygulanmayacağını belirtmektedir. Dolayısıyla tüketici kredisi tanımana uymakla birlikte bu istisna hükmü kapsamına giren tüketici kredisi sözleşmelerine bu yönetmelik uygulanmayacak ancak kanun hükümleri uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir.

2.3.4. Tüketici Kredisi Sözleşmesinin Amacı

Tüketici kredisi sözleşmesinin amacı, tüketicinin çeşitli ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla finansman sağlanmasıdır. Bir kredinin, tüketici kredisi sayılabilmesi için çeşitli kıstaslar getirilmektedir. Avrupa Toplulukları Konseyi'nin Tüketici Kredileri Hakkındaki Yönergesi'ne göre, tüketicinin mesleki ve ticari amaçlar dışında amaçlarla yaptığı kredi sözleşmeleri 'Tüketici Kredisi" olarak kabul edilmektedir.

Birçok tüketici kredisi sözleşmesinde, tüketicinin ne gibi mal veya hizmetleri edinme amacıyla bu krediyi aldığını gösterecek bir hüküm bulunmamaktadır. Esasen bu gerekli de değildir. Çünkü tüketici, aldığı para ile çeşitli mal veya hizmetler edinecektir. Bu çok geniş bir durumu ifade etmektedir. Esasen anlaşılması gereken, "ticari ve mesleki amaçlar dışında amaçlarla" kredi alınmasıdır. Nitekim, AB Konsey Yönergesi'nde de böyledir[29]. Esasen, tüketiciyi tüketici yapan somut işlem-

27 Kanunda yapılan değişiklikler haklı olarak, tüketicinin yabancı para üzerinden ve yabancı para borç-larına uygulanan en yüksek faiz oranı ile kredi sözleşmeleri yaparak borçlandırılması ile ilgili bazı nispi emredici kurallar öngörmek gereği ortada iken bu yola gidilmemesi yönünden eleştirilmiştir. DEMİR (Yenilikler), s. 225

28 AKİPEK, s. 35

29 Aksi görüş için bkz, TEOMAN, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 7, 1995-1996, İstanbul, 1997 (Bundan Böyle TEOMAN (7. Kitap); olarak kısaltılacaktır) s. 224; Krş. GEZDER, s. 40; TEOMAN, s. 232-235; TEOMAN bu son eserinde (235) konut kredilerini de tüketici kredileri arasında saymıştır, ancak o tarihte taşınmazlar TKHK kanun kapsamı dışında olduğundan, Yargıtay, konut kredilerini tüketici kredisi olarak kabul etmemiştir. 4822 sayılı kanundan sonra ise, konut kredile-rinin de tüketici kredi olarak kabulü gerekmektedir.

deki amacıdır. Somut işlemdeki amacı, mesleki veya ticari değilse, tüketici söz konusu olacaktır. Bu nedenle, burada da belirtilmesi gereken amaç, bu olmalıydı. Yargıtay bir kararında ticari amaçla alınan kredinin tüketici kredisi sayılmayacağını açıkça kabul etmiştir[30].

Hollanda'da tüketici kredileri ile ilgili olarak dört kıstas uygulanmaktadır. Buna göre a) Bankalar, kooperatif bankaları, tasarruf sandıkları ve sigorta şirketleri de dahil olmak üzere "tüm profesyonel kredi kuruluşları" kanun kapsamındadır. b) Sözleşmenin diğer tarafı gerçek kişi olmalıdır. c) Mesleki ve ticari amaçlar, kira sözleşmeleri için, hayat sigortaları üzerindeki teminatlara ve ipoteklere uygulanmaz. d)Kanun 20.000 ECU değerinin üstündeki krediler için uygulanmaz[31]. Avrupa Toplulukları Konseyi'nin Tüketici Kredilerine ilişkin Yönergesi'nin 2. maddesine göre, Yönerge şu hususlardaki kredilere uygulanmaz:

"a) Bir gayrimenkulün mülkiyetine veya onun bakım ve onarımına ilişkin kredi sözleşmelerine,

b) Mülkiyetin kira süresi sonunda kiracıya geçeceğine ilişkin olanlar hariç kira sözleşmelerine,

c) Faiz veya masraf alınmaksızın verilen kredi sözleşmelerine,

d) Kredinin tamamının bir kerede geri ödenecek ve faiz alınmayan kredi sözleşmeleri,

e) Kredi kartları hariç, para ve kredi kurumlarının hesaplar üzerinde belli bir miktara kadar eksiye inmek yoluyla tanıdığı kredi sözleşmesine."

Yönerge'nin şekle ve içeriğe ilişkin 6. maddesi, şu kredi sözleşmelerine de uygulanır:

"f) 200 ECU'dan çok 200.000 ECU'dan az miktardaki sözleşmeler,

g) Tüketicinin kredinin tamamını üç ayı aşmayan bir süre içinde veya en fazla 12 aylık bir süre içinde ve en çok 4 taksitte ödemeyi kabul ettiği kredi sözleşmeleri."

Tüketici kredileri ile ilgili düzenlemelerde bir alt ve üst sınır getirilmesi alışılmış bir tekniktir[32]. TKHK, böyle bir alt veya üst sınır getirmemiştir.

4822 sayılı Kanun ile 4077 sayılı Kanun değiştirilmeden önce, taşınmazlar, Kanun'un kapsamı dışında bulunmakta idi. Yargıtay gayrimenkul alımı için alınan bir kredinin tüketici kredisi sayılmayacağına karar vermiştir[33]. Ancak yapılan değişikliklerle ve 6502 sayılı Kanun'la da, konut ve

30 "Kullanılan kredi ticari araç alımına ilişkin olup, düzenlenen sözleşmenin de ticari nitelikli Genel Kredi Sözleşmesi olması ve nihayet uyuşmazlığın niteliği ve Tüketici Mahkemesi ve Ticaret Mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlığı bakımından görevsizlik kararı verilmiş olmasında da bir isabetsizlik bulunmamaktadır." "Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve kullanılan kredi ticari araç alımına ilişkin olup, düzenlenen sözleşmede ticari nitelikli Genel Kredi Sözleşmesi olmasına ve nihayet uyuşmazlığın niteliği ve Tüketici Mahkemesi ile Ticaret Mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlığı bakımından görevsizlik kararı verilmiş olmasında da bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı banka vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir." YARGITAY 11. HD. 21.1.2002-E. 8035/K. 325YKD Cilt: 28, Sayı: 5, Mayıs 2002; Krş. AKİPEK, s. 200-201

31 HONDIUS, s. 23

32 BLAUROCK, s. 36; HONDIUS, s. 23

33 "Alınan kredinin "ticaret konusu taşınır eşya" için değil, mesken alımı için kullanıldığı anlaşılmış olup, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna göre bu kredinin 10. maddede düzenlenen tüketici kredisi olarak kabul edilmesi olanaklı bulunmadığından, davaya bakma görevi tüketici mahkemesine ait değildir." "Hemen belirtmek gerekir ki, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 10. maddesinde tüketici kredisi,

tatil amaçlı taşınmazlar da kanunun kapsamına alındığından, bundan böyle konut ve tatil amaçlı taşınmaz edinme amaçlı olarak tüketici kredisi yapma olanağı bulunmaktadır.

2.3.5. Sözleşme Şartlarının Tüketici Aleyhine Değiştirilememesi

TKHK'nin 4. maddesinde, tüketici sözleşmelerinin tüketici aleyhine değiştirilemeyeceğine ilişkin genel bir yasaklama bulunmaktadır. Bununla birlikte tüketici kredilerinin belirli süreli veya belirsiz süreli olmasına göre, bu konuda özel düzenleme yapılması gerekmiştir. Nitekim belirli süreli tüketici kredilerinde faiz oranının sabit olarak belirlenmesi ve faiz oranının ve sözleşmenin tüketici aleyhine değiştirilememesi ilkesi benimsenmiştir (TKHK m. 25(1), 26(1)). Bu hükümlerden ilk anlaşılması gereken, sözleşme şartlarının tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği, fakat tüketici lehine olarak değiştirilebileceğidir. Tüketici, şartların önemli suretle değişmesi halinde, tüketici kredisi sözleşmesinin yeni şartlara uyarlanması için dava açabilecektir. Nitekim Yargıtay böyle bir davanın, tüketici kredileri TKHK'de düzenlenmiş olması nedeniyle, Tüketici Mahkemelerinde açılması gerektiğine karar vermiştir[34].

Özellikle bazı bankalar, yapmış oldukları kredi sözleşmelerinin bir nüshasını kredi alana vermemektedirler. Hatta, sözleşmeyi doldurmamakta sadece kredi alana boş olarak imzalatabilmektedirler. Daha sonra ihtilaf çıkarsa boşlukları o sırada yaptıkları uygulamalara göre doldurarak mahkemeye aksettirmektedirler. Bunun önüne geçmek için Kanun, sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesini emretmiştir. Sözleşme yapıldıktan sonra, özellikle faiz oranlarındaki değişiklikleri uygulama hakkını banka, tek yanlı olarak elinde tutmakta, böylece her zaman değişebilen faiz oranları söz konusu olmakta idi. Kanun koyucu buna karşı, hem sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesini zorunlu tutmuş, hem de faizin ve sözleşmenin tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği hükmünü getirmiştir. Yani sözleşmeye, ileride faiz oranları artarsa bu faiz oranlarının uygulanacağına ilişkin hüküm konulamayacak, ama faiz oranları düşerse bunun sözleşmeye uygulanacağına ilişkin bir hüküm konabilecektir. Sözleşmenin tek yanlı olarak de-

---

tüketicilerin banka ve benzeri finans kurumlarına bir mal veya hizmeti satın almak amacıyla kullandıkları kredi olarak tanımlanmıştır. Yine aynı yasanın 23. maddesinde bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak çıkacak uyuşmazlıklara Tüketici Mahkemeleri'nde bakılacağı öngörülmüştür. Ancak, 4077 sayılı kanunun 3. maddesinde mal tanımı "ticaret konusu taşınır eşya" olarak yapılmıştır. Bu nedenle söz konusu mal tanımından yola çıkıldığında gayri menkul alımı için verilen kredileri tüketici kredisi olarak kabul etmek mümkün değildir.

Görülmekte olan davada dosya içerisindeki sözleşme ve resmi ipotek senetlerinden, davacının aldığı kredinin mesken alımı için kullanıldığı anlaşılmakla, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre bu kredinin 10. maddede düzenlenen tüketici kredisi olarak kabul edilmesi olanaklı bulunmadığından, bu davaya bakma görevi Tüketici Mahkemesi'ne ait değildir." YARGITAY 11. HD. 14.1.2002-E. 7701/K. 244 YKD Cilt: 28, Sayı: 6, Haziran 2002

34 "Davacının tüketici kredisinin uyarlanmasına ilişkin olarak açılmış bulunmasına, tüketici kredisinin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 10. maddesinde düzenlenmiş olmasına, aynı kanunun 23/ilk maddesinde, bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilafa, Tüketici Mahkemelerinde bakılacağı açıkça belirtilmesine göre, mahkemenin görevsizlik kararı vermesi isabetlidir." YARGITAY 11. HD. 17.12.2001-E. 9065/K. 9636 YKD Cilt: 28, Sayı: 3, Mart 2002

ğiştirilebileceğine ilişkin şartlar, bu hükme aykırı olacağından ya da 5. madde çerçevesinde yapılacak denetim ile geçersiz kılınacaktır.

Ancak belirsiz süreli tüketici kredi sözleşmelerinde, ileride meydana gelecek değişiklerden doğacak risklerin hesaplanıp sözleşmeye dahil edilmesi imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin değiştirilmesine olanak tanımak makul olacağı gibi, bu değişiklikleri tüketicinin kabul etmeme ihtimalini de dikkate almak gerekmektedir. Bu itibarla, TKHK'nin 26. maddesinin (2). fıkrası, bu yönde bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır. Buna göre; ***"Belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranında değişiklik yapılması hâlinde, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce, tüketiciye kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yazılı olarak bildirilmesi zorunludur. Bu bildirimde, yeni faiz oranının yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile aralıklarının değişmesine ilişkin ayrıntılara yer verilir. Faiz oranının artırılması hâlinde, yeni faiz oranı geriye dönük olarak uygulanamaz. Tüketici, bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde borcun tamamını ödediği ve kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez."***

Diğer yandan, sözleşmede değişiklik yapma yetkisinin kullanılmasında, MK'nin 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan, hakkın kötüye kullanılması yasağının, her zaman bir sınır teşkil ettiği unutulmamalıdır. Yani, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecek ölçüde bir faiz veya masraf artırımı, her zaman MK'nin 2. maddesinin 2. fıkrası denetimine tabidir.

TKHK'nin 26(2). hükmüne göre, tüketici kredisi sözleşmesinde yapılacak değişikliklerin geçerli olması için gerekli şartlar şunlardır:

i) sözleşmenin belirsiz süreli kredi sözleşmesi olması

ii) bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce, tüketiciye kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yazılı olarak bildirilmesi

iii) bu bildirimde, yeni faiz oranının yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile aralıklarının değişmesine ilişkin ayrıntılara yer verilmesi

iv) faiz oranının artırılması hâlinde, yeni faiz oranı geriye dönük olarak uygulanmayacağı

v) tüketicinin, bildirim tarihinden itibaren, en geç altmış gün içinde borcun tamamını ödediği ve kredi kullanmaya son verdiği takdirde, faiz artışından etkilenmeyeceği

2.3.6. Tüketici Kredisi Sözleşmesinin Şekli

Ödünç verme sözleşmesi, herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir[35]. TKHK'nin 4(1), 22(3) 25(2) ve 31(4) hükümleri incelendiğinde, tüketici kredisi sözleşmelerinin çok sıkı şekil şartlarına tabi olacağı anlaşılmaktadır. Bunlara göre; Tüketici kredisi sözleşmesi yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmaz. Geçerli bir sözleşme yapmamış olan kredi veren, ***sonradan, sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez*** (TKHK m. 22(3)). Bu Kanun'da yazılı

35 TUNÇOMAĞ, s. 779

olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler, en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir. Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. ***Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhâl giderilir*** (TKHK m. 4(1)). Tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdî faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması durumunda, ***kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır.*** Efektif faiz oranı, olduğundan düşük gösterilmişse, kredinin toplam maliyetinin hesaplanmasında esas alınacak akdî faiz oranı, ***düşük gösterilen efektif faiz oranına uyacak şekilde yeniden belirlenir. Bu hâllerde ödeme planı, yapılan değişikliklere göre yeniden düzenlenir*** (TKHK m. 25(2)). Sözleşme öncesi bilgilendirme, sözleşmenin zorunlu içeriği, kapsam dışı sözleşmeler, tüketici ile kredi verenin hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, erken ödeme, efektif yıllık faizin hesaplanması, tüketici kredilerine ilişkin reklamların zorunlu içeriği, fesih hakkının kullanılması, temerrüt, kredinin devri, bağlı kredi ile diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir. (TKHK m. 31(4))

2.3.6.1. Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmesinin Zorunlu İçeriği

Kanunun 31. Maddesinde belirtilen bu Yönetmeliğin 11. Maddesine göre; ***"(1) Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmesinin aşağıda yer alan bilgileri içermesi zorunludur:***

a) Kredinin türü.

b) Tüketicinin adı, soyadı ile kredi verenin ve varsa kredi aracısının unvanı, MERSİS numarası, açık adresi, telefon numarası, varsa diğer iletişim bilgileri.

c) Kredi sözleşmesinin süresi.

ç) Kredinin toplam tutarı ve kredi alınmasına ilişkin şartlar ile varsa tüketiciden talep edilecek ücretler.

d) Bağlı kredi sözleşmesinde sözleşme konusu mal veya hizmete ilişkin bilgi.

e) Aylık ve yıllık akdi faiz oranı ve akdi faiz oranının uygulanmasına ilişkin şartlar.

f) Kredi sözleşmesinin kurulduğu tarihte hesaplanan efektif yıllık faiz oranı, bu oranın hesaplanması için kullanılan bütün bileşenler ve tüketici tarafından ödenecek toplam tutar.

g) Sözleşmenin eki olarak da verilebilecek ödeme planı.

ğ) Kredi veren ile tüketici arasında kurulan sözleşmenin bir örneğini, düzenlenme tarihinden sonraki ilk yıl için tüketicinin ücretsiz olarak alma hakkı olduğuna ilişkin bilgi.

h) Kredi sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilmeyeceğine ve bu hesabın, tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin ödenmesi ile kapanacağına ilişkin bilgi.

ı) Gerektiğinde noter masraflarının tüketici tarafından ödeneceğine ilişkin bilgi.

i) Gecikme faiz oranı.

j) Tüketicinin, ödemelerini ödeme tarihinde yapmamasının ve temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları.

k) Varsa istenecek teminatlar ve bu teminatların tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlardan olması halinde her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağına ve tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatların diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılacağına ilişkin bilgi.

l) Cayma hakkının kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin bilgi ile bu hakkın kullanılması durumunda anapara ile bu paranın faizini ödeme yükümlülüğü ve hesaplanma şekline dair bilgiler de dâhil olmak üzere cayma hakkının kullanılmasına ilişkin diğer şartlar.

m) Bağlı kredi sözleşmesiyle ilgili olarak 19 uncu maddede yer alan tüketicinin haklarına ve bu hakların kullanılmasına ilişkin açıklayıcı bilgi.

n) Tüketicinin erken ödemede bulunma hakkı ve ödenen tutara göre kredi verenin indirim yapma yükümlülüğüne ilişkin bilgi.

o) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilgi.

ö) Varsa tüketicilerin başvurabileceği diğer çözüm yollarına ilişkin bilgi.

p) Kredinin yabancı para birimi cinsinden kullandırılması durumunda, geri ödemeye ilişkin taksitlerin ve toplam kredi tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin bilgi.

r) Taksit vadesinin, kanunlarda tatil olarak kabul edilen bir güne rastlaması durumunda kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçeceğine ilişkin bilgi.

s) Temerrüt hali de dahil olmak üzere kredi sözleşmelerine dayanılarak yapılan her türlü işlemde bileşik faiz uygulanamayacağına ilişkin bilgi."

Görüldüğü gibi Yönetmelik çok detaylı bir şekilde belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinin zorunlu içeriği belirlenmiş bulunmaktadır.

Ayrıca yönetmelik belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faizlerle ilgili olarak da bir düzenleme getirmiştir. Yönetmeliğin 22. Maddesinde zaten kanunda da yer alan faiz oranının sabit olacağı tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği, efektif faiz oranının sözleşmede yer almasının zorunluluğu, bileşik faiz yasağı yanında, sözleşmede sadece tek bir akdi faiz oranının olması gerektiği ve tüketici kredisi nitleiğindeki kredi kartı sözlşemelerinde faiz oranının akdi faiz oranı olduğu gibi konulara da yer verilmiştir.

2.3.6.2. Refinansman Tüketici Kredisi Sözleşmesinin Zorunlu İçeriği

Yukarıda yer verdiğimiz Yönetmeliğin 11. Maddesinin 2. Fıkrasında da refinansman şeklinde olan tüketici kredisi sözleşmelerinin zorunlu içeriği belirlenmiştir. Buna göre; ***(2) Tüketicinin temerrüde düşmüş olması nedeniyle, ödemenin ertelenmesi veya borcun yeniden yapılandırılmasına ilişkin sözleşme kurulması durumunda, bu sözleşmede birinci fıkrada belirtilen bilgilere ilave olarak kredi sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin usul ve şartlara ilişkin bilgi de yer alır. Kredi veren, bu tür sözleşmelerde birinci fıkranın (d), (h), (ı) ve (k) bentlerinde belirtilen bilgilere yer vermeyebilir."***

Bu durumda refinansman tüketici kredisi sözleşmelerinde şu hususların bulunmasına gerek bulunmamaktadır:

"d) Bağlı kredi sözleşmesinde sözleşme konusu mal veya hizmete ilişkin bilgi.

h) Kredi sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilmeyeceğine ve bu hesabın, tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin ödenmesi ile kapanacağına ilişkin bilgi.

ı) Gerektiğinde noter masraflarının tüketici tarafından ödeneceğine ilişkin bilgi.

k) Varsa istenecek teminatlar ve bu teminatların tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlardan olması halinde her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağına ve tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatların diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılacağına ilişkin bilgi."

Bunların dışında kalan ve yukarıda saymış olduğumuz hususların refinansman tüketici kredisi sözlşemesinde yer alması zorunludur.

2.3.6.3. Belirsiz Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmesinin Zorunlu İçeriği

Yönetmeliğin 12. Maddesinde de belirsiz süreli tüketici kredisi sözlşemelerinin zorunlu içeriği belirlenmiştir. Buna göre:

"(1) Belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmesinin aşağıda yer alan bilgileri içermesi zorunludur:

a) Kredinin türü.

b) Tüketicinin adı, soyadı ile kredi verenin ve varsa kredi aracısının unvanı, MERSİS numarası, açık adresi, telefon numarası, varsa diğer iletişim bilgileri.

c) Kredi limitinin ne zaman ve nasıl bildirileceğine ilişkin bilgi ile bu limitin değiştirilmesinde uygulanacak düzenlemeler.

ç) Akdi faiz oranı ile bu oranın uygulanmasına ilişkin şartlar ve değiştirilmesinde esas alınacak düzenlemeler.

d) Varsa faiz dışında tüketiciden talep edilecek ücretler.

e) Kredi sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin usul ve şartlar.

f) Gecikme faiz oranı.

g) Tüketicinin, ödemelerini ödeme tarihinde yapmamasının ve temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları.

ğ) Varsa istenecek teminatlar ve bu teminatların tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlardan olması halinde her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağına ve tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatların diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılacağına ilişkin bilgi.

h) Cayma hakkının kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin bilgi ile bu hakkın kullanılması durumunda anapara ile bu paranın faizini ödeme yükümlülüğü ve hesaplanma şekline dair bilgiler de dâhil olmak üzere cayma hakkının kullanılmasına ilişkin diğer şartlar.

ı) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilgi.

i) Varsa tüketicilerin başvurabileceği diğer çözüm yollarına ilişkin bilgi.

j) Kredi veren ile tüketici arasında kurulan sözleşmenin bir örneğinin düzenlenme tarihinden sonraki ilk yıl için tüketicinin ücretsiz olarak alma hakkı olduğuna ilişkin bilgi.

k) Ödeme gününün, kanunlarda tatil olarak kabul edilen bir güne rastlaması durumunda kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçeceğine ilişkin bilgi."

Yönetmelik gayet detaylı olarak sözlşemelerin zorunlu içeriğini belirlediği gibi bazı ekler yaparak faiz, indirim vs gibi konularda hesaplamaların nasıl yapılacağını da bizzat kendisi göstermiş bulunmaktadır.

Ayrıca belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmeleri ile ilgili olarak Yönetmeliğin 23. Maddesinde hesap özeti gönderme ve zorunlu içeriğine dair düzenlemelere yer verilmiştir.

Bundan başka Yönetmeliğin 25. Maddesinde belirsiz süreli tüketici kredi sözlşemesinin feshine ilişkin özel bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Buna göre; ***"(1) Belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde, sözleşmede feshin bildirimine ilişkin bir süre belirlenmemiş ise tüketici herhangi bir zamanda, ücret ödemeden kredi verene yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirimde bulunarak sözleşmeyi feshedebilir. Ancak sözleşmede feshin bildirimine ilişkin bir süre belirlenmiş ise, bu süre bir ayı geçemez.***

(2) Kredi verene sözleşmeyi fesih hakkı tanınmış ise kredi veren, en az iki ay önceden tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirimde bulunarak belirsiz süreli kredi sözleşmesini feshedebilir.

(3) Sözleşmede kararlaştırılmış ise kredi veren haklı nedenlerin varlığı halinde bildirim süresine uymadan belirsiz süreli kredi sözleşmesini feshedebilir. Bu durumda kredi veren fesihten önce fesih ve nedenleri hakkında yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciyi bilgilendirir. Ancak, fesihten önce bilgilendirmenin mümkün olmaması halinde bu bildirim en geç fesihten hemen sonra yapılır."

Bu hüküm ile tüketiciye bir kredi verene ise iki ay önceden bildirim şartıyla fesih imkanı tanınmıştır. Ancak haklı sebeplerin varlığı halinde kredi verene derhal fesih olanağı da verilmiştir. Bu hüküm ile genel hükümlerden farklı olarak bir ve iki aylık feshi ihbar süreleri dışında ne gibi yenilik getirildiği belli değildir.

Nitekim haklı sebeplerin varlığı halinde kredi veren derhal fesih hakkına da sahip olduğuna ve nelerin haklı sebep sayılacağı da belirtilmediğine göre bu hükümle tüketiciyi koruyucu bir düzenleme getirildiğinden söz etmek pek olanaklı görünmemektedir. Sadece feshi ihbar süreleri farklılaştırılmıştır.

2.3.6.4. Şekle Uymamanın Sonuçları

Burada belirtilen hükümlere uyulmadan bir sözleşme yapılmışsa ne olacaktır? Yukarıdaki hükümlere uymamanın hukuki yaptırımının ne olacağı Kanun'da açıkça gösterilmiştir. Bunlara ek olarak, idari bir yaptırım niteliğinde olmak üzere, 77. maddeye göre para cezası da verilebilecektir. Yukarıdaki hükümlerden anlaşılacağı gibi, buradaki geçersizlik tüketicinin ileri sürebileceği, kredi verenin tüketici aleyhine ileri süremeyeceği bir geçersizlik türüdür.

Geçersizliğin sonuçlarının ne olacağı TBK'nin genel hükümleri çerçevesinde çözümlenecektir. Bu konuda, taksitli satışlarla ilgili olarak söylediklerimiz aynen geçerlidir. Burada, şekil şartının getirilmesindeki amacın gerçekleşip gerçekleşmediği ve şekil bakımından geçersizliğin ileri sü-

rülmesinin MK'nin 2. madde anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediği dikkate alınarak, tüketici lehine bir çözüme ulaşmak gerekmektedir[36]. Özellikle kredi verildikten sonra, artık, bankanın şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik iddiasında bulunmasını, MK'nin 2. maddeye göre hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmek gerekir. Henüz kredi verilmemiş ve yazılı sözleşme de yapılmamış ise, tüketicinin bankayı, krediyi vermeye zorlamasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz[37].

Yazılı sözleşme yapılmış, ancak zorunlu içerikte eksiklikler varsa, bu durumda, sözleşmeyi geçersiz saymak uygun değildir. Eksik kalan kısımların tüketici lehine tamamlanması, Kanun'un amacına daha uygun bir çözüm olacaktır[38]. Ancak Kanun, eksikliklerin kredi veren tarafından tamamlanması yaptırımını öngörmüştür. Sözleşmenin hükümsüz sayıldığı hallerde, tüketicinin zararları söz konusu olduğunda, bu zararların tazmini, "culpa in contrahendo" sorumluk ilkesi gereğince çözülmelidir[39].

Nitekim Alman Tüketici Kredileri Yasası'nda da benzeri bir düzenleme getirilmiştir. Yasanın 6/(b) 1. hükmüne göre şekle aykırı bir tüketici kredisi sözleşmesi geçersizdir. Buna dayanılarak kredi verilmişse durum özellik arz eder.

Burada şekil noksanına karşın sözleşme akdedilmiş sayılır; fakat eğer fiili yıllık faize veya tüketici tarafından yerine getirilecek tüm kısmi ödemelerin toplam tutarına dair bilgi eksikse, bu takdirde tüketiciye uygulanacak kredi faizi sadece yasal faiz oranıdır. Fiili faiz oranı belgede çok düşük gösterilmişse, bu takdirde kredi sözleşmesine uygulanacak faiz oranı düşük gösterilen faiz oranıdır[40].

Kanun'un 25. maddesinin (2). fıkrası, bazı hususların sözleşmede yer almamasının yaptırımı olarak, kredinin faizsiz olarak kullanılmasını kabul etmiştir. Tüketici kredisi sözleşmelerinde, ***akdî faiz, efektif yıllık faiz***[41] ***veya kredinin toplam maliyetinin*** yer almaması durumunda, ***kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır.***

Eğer efektif faiz oranı, olduğundan düşük gösterilmişse, kredinin toplam maliyetinin hesaplanmasında esas alınacak akdî faiz oranı, ***düşük gösterilen efektif faiz oranına uyacak şekilde yeniden belirlenir. Bu hâllerde ödeme planı, yapılan değişikliklere göre yeniden düzenlenir.*** Bu

36 "İfa, şekil eksikliği ile batıl olan bir borç intizamını muteber hale getirmeyecektir. Fakat sözleşmenin şekle tabi tutulmasındaki amaç düşünülmeden verilen kararlara mani olmak olduğuna göre, vaat bir kere ifa edilince bu amaçta ortadan kalkacaktır. Kural, kanunda özel bir hüküm olmadıkça şekilsizlik nedeniyle batıl olan bir sözleşmenin ifası da geçersiz olacaktır ve fakat bu kural MK m.2' de ifadesini bulan dü-rüstlük kuralına aykırı düşecek tarzda uygulanamayacağından MK m.2 ile bertaraf edilebilmektedir." Von Tuhr, s. 232-233; GEZDER, s. 106; Krş. İNAL, s. 216

37 Krş. AKİPEK, s. 261; İNAL, s. 214

38 Krş. AKİPEK, s. 271-272

39 GEZDER, s. 106; İNAL, s. 221

40 BLAUROCK, s. 38

41 Efektif yıllık faizin nasıl hesaplanacağı Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliğinin 14. Maddesinde ve Ek 1 de yer alan formülde düzenlenmiştir.

hükümlerin tüketicinin bilgilendirilmesi ve kandırılmasının önlenmesi bakımından gayet önemli roller oynayacağını düşünüyoruz[42].

Kanun'un "Faiz oranı" başlıklı 25. maddesi, belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranlarına ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, Kanun maddesinin ikinci fıkrası içerisinde, "Tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdî faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması durumunda, kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır. " ifadesini barındırmaktadır. Madde uygulamasında, metinde belirtilen üç unsurun da sözleşmede bulunup bulunmaması hususuna gelindiğinde, Kanun'un lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere; akdi faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyeti, Kanun metninde tek tek sayılmış ve hatta kredinin toplam maliyeti ifadesinden önce, "veya" bağlacı eklenerek tek tek sayma hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Burada "veya"dan önceki kelimeler arasında yer alan virgülün de, "veya" olarak anlaşılması gerekmektedir. Nitekim madde hükmünden ve gerekçeden de anlaşılacağı gibi, faizlerden hangisi düşük, hangisi yüksek diye karşılaştırmalar yapılacaktır. Bu nedenle, sözleşmede bunların her birinin bulunması gerekmektedir. Birinin dahi eksikliği, söz konusu yaptırımın uygulanması için yeterlidir.

Bilindiği üzere, tüketici kredileri yazılı olarak yapılmak zorundadır, Kanun bu hususu açıkça belirtmiştir. Kredi sözleşmelerinde bulunması gereken hususlardan biri ya da bir kaçında eksiklik bulunması durumunda ise yine Kanun, sözleşmenin derhal geçersiz sayılmayacağını belirtmektedir. Burada tüketicinin lehine yorumlanacak özel bir geçersizlik mevcuttur. Bu geçersizliği, tüketici ileri sürebilecekken, kredi veren tüketici aleyhine ileri süremeyecektir. Buna göre sözleşmedeki bu eksiklikler, sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal giderilecektir. (TKHK m. 4(1)) Ancak kredi veren, bilhassa krediyi kullandırmaya başladıktan sonra bu eksiklikleri tüketicinin aleyhine olacak şekilde düzenleyemez. Yani, bu durumda özellikle dürüstlük kuralına göre bir yorum yapmak gerekecektir.

42 Bu düzenleme, 23/3/2001 tarihli Tüketici Kredisi Sözleşmelerine İlişkin İsviçre Kanunu 15 inci maddesi örnek alınarak hazırlanmıştır. Kredi verenlerin, sözleşmenin zorunlu içeriğine uymamasının yaptırımı kredilerini faizsiz kullandırmak zorunda kalmalarıdır. Böylece, yukarıda belirtilen ve sözleşmede yer alması zorunlu kılınan esaslı unsurların eksiksiz biçimde sözleşme kurulurken tüketiciye bildirilmesi sağlanacaktır. Efektif faiz oranı, kredinin toplam maliyetini esas aldığı için akdi faize göre her zaman daha yüksektir. Bu açıdan, kredi verenlerin müşteri çekmek için bu oranı düşük göstermesi olasılığı vardır. Efektif faiz oranı olduğundan düşük gösterilmişse, kredinin tüketici için toplam maliyetinin hesaplanmasında esas alınan akdi faiz oranı, efektif faiz oranına uyacak şekilde indirilir. Efektif yıllık faiz oranı, kredinin tüketici için toplam maliyetinin, kredinin yıllık yüzde değeri olarak ifadesidir. Basitleştirilmiş bir örnek verilecek olursa: tüketici 100 birim kredi almış ve akdi faiz yıllık %15 ise geri ödemesi gereken 115 birimdir. Ancak akdi faiz oranı dışında, komisyon ve masraflar sonucunda fiilen tüketicinin geri ödemesi gereken meblağ 125 ise efektif faiz oranı %25'dir. Efektif faiz oranı kredinin tüketici için toplam maliyetini esas aldığı için, akdi faize göre her zaman daha yüksektir. Bu açıdan kredi verenlerin müşteri çekmek için bu oranı düşük göstermesi ihtimali vardır. Bunun tespit edilmesi halinde tüketiciye bildirilen efektif faiz oranı esas alınır. Yani tüketiciden daha fazla ödemesi talep edilemez. Onun yerine akdi faiz oranı efektif faiz oranını tutturacak şekilde aşağıya çekilir. Örnekte, kredi veren efektif faiz oranını 100 birim kredi için %25 olmasına rağmen %20 olarak göstermişse, yapılacak olan akdi faizi aşağıya çekmektir. Tüketici toplamda 120 birim geri ödeyecektir. Bunun on birimi masraf olduğu için geri kalan 110 birim (faiz+kredi) olacak, yani tüketici krediyi %10 faiz ile kullanmış olacaktır. Ödeme planı da, değişen duruma göre yeniden düzenlenecektir. Madde gerekçesinden.

Ancak mevcut meselede, sözleşmedeki eksikliklerin giderilmesine ilişkin genel kural bir yana, Kanun metni açıkça kredi sözleşmelerinde akdi faiz, efektif faiz yahut kredinin toplam maliyetini belirtir ifadelerden birinin bulunmamasının sonucunu açıkça düzenlemiştir. Buna göre, Kanun maddesinin emredici ifadesinden yola çıkarak, söz konusu eksikliklerin mevcudiyeti halinde, kredi tutarının tüketiciye faizsiz olarak kullandırılacağını, bu durumdan kaçınmanın tek yolunun sözleşmede bu hususları düzenlemek olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim ödeme planı da, sözleşmede belirlenmiş olan kredi miktarının ve buna ilişkin esaslı hususların ödemesinin ne şekilde gerçekleştirileceğinin gösterildiği bir çizelgedir. Buna göre, sözleşmede hiç yer almayan bir kaydın, ki anaparaya uygulanacak faiz sözleşmenin esaslı unsurlarından biri olmaktadır, ödeme planıyla tüketiciye sunulmasının herhangi bir hukuki geçerliliği bulunmamaktadır. Şu kadar ki, sözleşmede doğrudan ödeme planına atıf yapılarak ödeme planının sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olduğu ve tüketiciye verildiği de tespit edilmiş ise bu durumda eksiklik olmadığı kabul edilir.

Bir diğer husus, Kanun'un 39(4). ve 28(2). madde hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi hususudur. Buna göre, madde 39(4)'te düzenlenmesi öngörülen Yönetmelik'ten önce "sigorta ve ekspertiz masraflarının" 28(2)'de belirtilen masraflardan sayılıp sayılmayacağı hususuna ilişkin olarak şunlar söylenebilecektir; Kanun'un 29. maddesi, tüketici kredisinde sigortaya ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, Kanun, tüketici kredisinin sigorta altına alınmasının, ancak tüketicinin yazılı ve açık talebiyle mümkün olabileceğini emredici bir şekilde belirtmiştir. Dolayısıyla sigorta, tüketicinin talebi doğrultusunda gerçekleştirilecek bir işlem olduğundan sigortaya ilişkin yapılan masrafların ve ayrıca ekspertiz masraflarının, madde 28(2) kapsamında belirtilen masraflardan sayılmayacağını söyleyebiliriz. Çünkü tüketici isterse bunu dışarıda başka bir şirkete yaptırabileceği için, krediden ayrı olarak sigorta primi ve ekspertiz masrafı olacağını ve tutarının kredinin dışında olduğunu biliyor olacaktır.

2.3.7. Tarafların Hakları ve Borçları

2.3.7.1. Genel Olarak

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, tüketici kredisi sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşme TKHK ile, isimli bir sözleşme haline getirilmiştir. Bu nedenle, öncelikle TKHK hükümleri uygulanır, ancak boşluk olan hallerde, 83. madde gereğince genel hükümler uygulanacaktır. Kural olarak, sözleşmede aksi belirtilmedikçe, sözleşme yapılmakla tarafların borçları da doğar. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakla beraber, burada da faizli ödünç sözleşmesi ile benzer özellikler bulunduğundan, kredi veren borcunu yerine getirmediği, yani krediyi vermediği sürece, tüketicinin de iade borcu doğmayacaktır[43].

Kredi veren, kredi miktarı olan parayı tüketiciye vermek veya bağlı krediler açısından bu parayı doğrudan satıcıya ya da hizmet sağlayana vermek zorundadır. Daha sonra da, tüketici kredisi sözleşmesinde tespit edildiği şekilde, tüketici borcunu, taksitler halinde geri öder.

43 AKİPEK, s. 274

Bir borç ilişkisinde, asli borçlardan en az biri sürekli edimi gerektiriyorsa, o borç ilişkisi, artık sürekli borç ilişkisi niteliğini taşıyacaktır. Tüketici kredisi sözleşmesinde, kredi veren, sözleşme konusu miktardaki parayı, belirli bir süre tüketicinin kullanmasına katlanmak borcu altına girerken, tüketici de bu miktar parayı dönemsel edimler halinde geri ödeme borcu altına girmektedir. Tüketici ise, bu geri verme borcuna ilave olarak kredi verene bir miktar faiz ve komisyon da ödemektedir(44).

2.3.7.2. Kredi Verenin Borçları

Kredi verenin ana borcu, sözleşmede belirtilen miktarda parayı tüketiciye belirli bir süre kullandırmaktır. Kural olarak bu borç, tüketiciye nakit ve bir bütün olarak verilir. Bu miktarın, kural olarak tüketicinin kendisine verilmesi gerekir. Ancak, bağlı kredilerde, doğrudan satıcıya ödenmesi gerekmektedir(45). Bu durumda, mal tüketiciye teslim edilmeyecek olursa, aşağıda görüleceği gibi, bundan kredi veren, satıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Bu borç, kural olarak, bankada tüketiciye teslim suretiyle ya da onun istediği bir hesaba geçirilerek ifa edilir(46).

Aksi sözleşmede belirtilmedikçe, kredi veren krediyi derhal vermelidir. TBK'nin 389. maddesi uyarınca, ödünç alanın taahhüt edilen şeyin teslimini isteme hakkı ve ödünç verenin onun kabul edilmesini talep hakkı, diğer tarafın temerrüde düşmesinden başlayarak altı ay içinde zamanaşımına uğrar. Bu hükme göre, tüketici kredisinde de, kredi tutarının teslim edilmesi gereken günde, kredi verence teslim edilmemesi halinde, o günden başlayarak altı ay içinde tüketici, bu tutarın kendisine teslimini talep ve dava edebilecek, altı ay sonra ise, bu hakkı zamanaşımına uğrayacaktır. Ancak kredi veren, bu borcunu yerine getirmede temerrüde düşürülmediği hallerde, söz konusu borç, on yılda genel zamanaşımına uğrayacaktır (TBK m.146)(47).

Tüketicinin, kredi sözleşmesi yapıldıktan sonra, acze düşmesi halinde, kredi veren krediyi teslim etme borcundan kaçınabilir. Tüketicinin ödeme gücü, kredi açılmasının ana dayanağını oluşturmaktadır. Bu nedenle, sözleşme yapıldıktan sonra tüketici aciz haline düşerse kredi veren borcunu ifadan kaçınabilir (TBK m.390 f.1). Bu hüküm, TBK'nin 98. maddesindeki düzenlemenin özel bir uygulama şeklini oluşturduğundan TBK'nin 98. maddesine göre öncelikli uygulanacaktır(48).

Kredi verenin temerrüde düşmesi halinde, tüketicinin hakları genel hükümlere göre belirlenir(49).

---

44 AKİPEK, s. 357

45 Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmenliğin 12. maddesinin 3. bendinde ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre "Finansman şirketlerince açılan krediler, genel sözleşmedeki esaslara göre tüketicinin nam ve hesabına mal veya hizmetin teslim ve temini ile birlikte, doğrudan satıcıya ödenir." AKİPEK, s. 277; GEZDER, s. 213. Bu düzenlemeye göre ödemenin yapılabilmesi için malın tüketiciye teslim edilmiş olması gerekir.

46 Bkz. GEZDER, s. 213

47 AKİPEK, s. 366; GEZDER, s. 214

48 GEZDER, s. 215

49 AKİPEK, s. 342. Tüketici, BK 106 vd maddelere göre haklarını kullanabilir.

Kredi verenin diğer bir borcu, tüketicinin bilgilendirilmesidir. Bu amaçla Kanun, yazılı sözleşme düzenlenmesi ve bir nüshasının tüketiciye verilmesi ile sözleşmenin içeriğinde belirli hususların bulunmasının zorunlu olduğunu düzenlemiştir.

2.3.7.3. Tüketicinin Borçları

Tüketicinin en önemli borcu, hiç şüphesiz aldığı krediyi sözleşmede belirlenen esaslara göre geri ödemektir. Tüketici aldığı krediye ek olarak, faiz, fon, vergi ve resimleri, komisyon ve masrafları da ödemek zorundadır.

Tüketicinin iade borcu, dönemsel edimler halinde yerine getirilir. Genellikle, aylara göre eşit ödemelere bölünür.

Tüketici, sözleşme ile kararlaştırılan faiz miktarını da ödemek zorundadır. Faiz miktarının aylık ve yıllık olarak nasıl ve hangi orandan hesaplanacağı sözleşmede gösterilmektedir. Faiz oranının yıllık olarak sözleşmede gösterilmesi, hem tüketicinin bilgilendirilmesi hem de gecikme faizinin hesaplanması açısından önemlidir. Çünkü gecikme faizi, sözleşme faizinin %30'undan fazlasını aşmamak üzere uygulanabilir (TBK m. 253). Kredi verenin asıl amacı, tüketiciye kredi kullandırarak bir miktar faiz geliri elde etmektir. Uygulanacak sözleşme temerrüt faiz oranlarının tespit edilmesinde, taraflar tamamen serbesttirler (TBK m. 120). Ancak bizim kanaatimize göre, TBK'nin 253. maddesinde yer alan taksitli satışlara ilişkin kısıtlamaların, burada da geçerli olması gerekir. Bu konuda TKHK'de açık bir hüküm olmamakla birlikte, Bakanlık tarafından yönetmelikle (TKHK m. 31(4)) düzenlemeler yapılacağı düşünülmektedir.

Komisyon, kredi verenin yapmış olduğu hizmetlere ve girmiş olduğu risklere karşılık olmak üzere, tüketiciden aldığı bir karşılıktır. Komisyon mutlaka bir hizmet ya da risk alma karşılığı olarak alınır[50].

Tüketici, kanunlarda kredi alan tarafından ödeneceği belirtilmiş olan vergi, fon ve resimleri de ödemek zorundadır.

Tüketicinin, kredi verenle yapacağı sözleşmenin bazı masrafları da vardır. Bu masrafların kural olarak her iki tarafça paylaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Çünkü, bir taraf, kredi almak suretiyle, bazı mallara ulaşma amacını gerçekleştirmekte, diğeri ise, kredi satmak suretiyle gelir elde etmektedir. Böylece, her iki tarafın da yararına bir sözleşme olan, tüketici kredisi sözleşmesinin masraflarının da taraflarca eşit bir şekilde paylaşılması gerekir[51].

Bize göre, tüketicinin krediyi teslim alarak kullanma gibi bir borcu yoktur. Yani kredi veren, tüketici krediyi kullanmaktan vazgeçtiği takdirde, dava açarak onu krediyi kullanmaya zorlayamaz.

---

50 Bakanlar Kurulu aldığı bir kararla, bankalarca kredi işlemlerinde faiz dışında temin edilecek diğer menfaatlerin ve tahsil olunacak masrafların nitelik ve azami sınırlarının T.C. Merkez Bankası tarafından yayınlanacak tebliğlerle saptanacağını belirlemiştir. T.C. Merkez Bankası ise 1 No' lu tebliği ile kredi işlemlerinde faiz dışında alınacak her türlü komisyon ve ücretlerin bankalar tarafından serbestçe belir-lenmesini kararlaştırmıştır." AKİPEK, s. 57

51 GEZDER; sözleşmeden yararlanan taraf tüketici olduğundan, masrafları tüketicinin ödemesi gerektiğini ileri sürmektedir, s. 196

Ancak bu durumda, tazminat talep edebilir. Talep edebileceği tazminat miktarı, sözleşmenin yapılması için sarf edilmiş olan masrafların tamamı kadardır. Bunun dışında, mahrum kaldığı faiz gelirlerinin verilmesini isteyemez. Çünkü kredi verenin, tüketici tarafından kullanılmayan krediyi, ya bir gün isterse diye bir kenarda bekletmesi söz konusu değildir. Derhal başka birine kullandırması mümkün olduğu gibi, Merkez Bankasına yatırmak suretiyle, bu tarz zararlardan kaçınma olanağı da bulunmaktadır. Bu durumda, masraflar dışında herhangi bir şey talep edememesi gerekmektedir. Uygulamada da, her halde herhangi bir zarara uğramadıklarından, bankalar tüketicilere karşı herhangi bir talepte bulunmamaktadırlar[52].

Tüketicinin geri ödeme borcunun zamanaşımı süresi, TBK'nin 146 ve 147. maddeleri çerçevesinde incelendiğinde 5 yıldır[53].

2.3.8. Ön Bilgilendirme Formu

TKHK'nin 23. maddesine göre; ***"Kredi verenin ve varsa kredi aracısının, tüketiciye, teklif ettikleri kredi sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermesi zorunludur."***

Bu maddede yapılan düzenleme ile, tüketicilere kredi sözleşmesini imzalamadan önce sözleşme öncesi bilgi formu verilmesi zorunlu hale getirilmiştir. Tüketici açısından en önemli eksikliğin ve korunmasını gerektiren durumun tüketicinin bilgi eksikliği olduğunu belirtmiştik. Bu hüküm tüketicinin yapmayı düşündüğü işlemle ilgili olarak bilgilendirilmesini sağlayacak ve gerçek anlamda serbest iradesinin oluşmasına katkı sağlayacaktır. Kredi veren ve varsa kredi aracısı, teklif ettikleri kredi sözleşmesinin koşullarını içeren bir sözleşme öncesi bilgi formunu, tüketiciye sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce verecektir. Bu süre, tüketicilere tanınan son kez düşünme ve araştırma süresidir. Böylece tüketiciler, kredi sözleşmesi ile ilgili şartları önceden öğrenebilecek ve kararlarını daha bilinçli olarak verebileceklerdir.

Makul sürenin ne kadar bir süre olduğu Kanun'da düzenlenmemiştir. Şöyle ki, 31. maddenin 4. fıkrasında düzenlenen yönetmeliğin bu konuda da hükümler içermesi gerekmektedir. Makul sürenin kaç gün olacağının bu yönetmelikle belirlenmesi uygulama kolaylığı sağlayabilirdi. Ancak Yönetmelikte böyle bir süre belirlenmemiştir.

Ön Ödemeli Konut satışlarına ilişkin olarak TKHK'nin 40. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Tüketicilere sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce, Bakanlıkça belirlenen hususları içeren ön bilgilendirme formu verilmek zorundadır."*** Bu bir günlük sürenin konut satışı gibi çok önemli bir kararın verilmesinde yeterli olmadığını düşünüyoruz. Kanun koyucu 23. Maddede makul süre

52 Krş. AKİPEK; 315, "Yani tüketicinin henüz bir ifa borcu doğmamıştır, kendisine kredi miktarının da zorla verilmesi düşünülemez. Bu durumda kredi verenin ilk seçimlik hakkı, başka bir ifade ile ifa ve gecikme tazminatı hakkını kullanması mümkün değildir. Çünkü tüketicinin henüz ifa edeceği herhangi bir şey yoktur. kredi veren temerrüt hükümlerine dayanarak ancak ifadan vazgeçip temerrüt faizi ve tazminat isteyebilir. Ya da sözleşmeden dönme yoluna gidebilir." s. 343; GEZDER, s. 194-195

53 AKİPEK, s. 366

derken burada bir günlük süre tanıdığına göre, 23. Madde kapsamında makul sürenin bir günden az olmaması gerekeceği düşünülebilir.

Finansmanı Kapsamındaki Kredilerin Yeniden Finansmanına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine uygun olmadığı, zira sözü geçen yönetmeliğin 6. Maddesinde yeniden finansman amacı ile konut finansmanı sözleşmesinde yapılan değişikliklerin, tüketici-ye ne şekilde yansıyacağına ilişkin karşılaştırmalı bilginin tüketi-ciye yazılı olarak verileceğinin düzenlendiği, sözleşmenin yeniden yapılandırılma sonrasında tüketicinin bu işlemden dolayı ne şekilde bir yarar sağladığı, faiz oranının indirilmesinin, alınan dosya mas-rafı ile birlikte tüketiciye toplam maliyetinin ne kadar olduğu, yapılan işlemin tüketicinin leh ve aleyhinde doğurduğu sonuçlarının neler-den ibaret olduğu, faiz indirimine gidilmesinin tüketiciye ne şekilde yansıdığı hususlarında ayrıntılı bilgilendirme yapılmadığı, bu itibar-la usulüne uygun bir şekilde bilgilendirme yapılmamasının dosya masrafı alınmasına ilişkin işlemi geçersiz kıldığı, zira bilgilendirme yapılması olgusunun geçerlilik şekli olarak düzenlendiği, diğer yan-dan kredi sözleşmesinde kararlaştırılan faiz oranının indirilmesinin tarafların icap ve kabulü çerçevesinde gerçekleştirilen sözleşmenin yeniden uyarlanması halinden başka bir şey olmadığı, kredi ilişki-sinin ödeme suretiyle sonlandırılması halinin mevcut olmadığı, taraf-lar arasındaki kredi ilişkisinin kararlaştırılan düşük faiz oranı üze-rinden deva ettiği, bu nedenle kredi ilişkisinin ödeme ile sona ermesi halinde hayatiyet kazanacak olan erken kapama ücretinin somut olay-da uygulama yeri bulmadığı, yine tüketiciden tahsil edilen kapama ücretinin herhangi bir hizmet karşılığı olarak tahakkuk ettirilmediği, kredi sözleşmesinde kararlaştırılan faiz oranının, düşük faiz oranı üzerinden uyarlanması işleminin bankaya herhangi bir maliyetinin bulunmadığı, ödeme planının değiştirilmesi sırasında herhangi bir zorunlu masrafta bulunulmadığı, bu hali ile ödeme plan değişiklik ücreti alınması işleminin ticari ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı olduğu, banka tarafından yapılan işlemin kredi ilişkisinin düşük faiz oranı üzerinden devam ettirilmesinden ibaret olduğu, sözü geçen işlem bakımından ücret alınacağı hususunda tüketiciyi bağlayıcı nitelikte herhangi bir yasal mevzuatın da bulunmadığı, bankanın er-ken kapama ücreti alınacağına ilişkin yönetimsel kararının da tek taraflı olarak kararlaştırılıp tüketiciyle müzakere edilmeden tüketiciye dayatılan haksız şart niteliğinde olduğu ve 6098 sayılı Borçlar Ka-nununun 25. Maddesi gereğince genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağının düzenlendiği, bu madde normunun kamu düreninden oluşu nedeni ile 6101 sayılı Kanunun 7. Maddesi gereği hemen uygulanacağı, dolayısıyla her-hangi bir hizmet karşılığı olmaksızın erken kapama ücreti adı altında ücret alınmasının dürüstlük kuralına aykırı olup, alınan ücretin tüketi-ciye iadesi gerektiği, sonuç olarak dosya masrafı ve refinansman mas-rafı olarak tahsil edilen bedelin davacı tüketiciye iadesine" karar verilmiştir[54].

Tüketici Kredisi Yönetmeliği 8. Maddesi ile ön bilgilendirmeden muafiyet başlığı altında bazı kişilerin ön bilgilendirme yapmasına gerek olmadığı düzenlenmiştir. Buna göre; "Yardımcı sıfatıyla kredi aracısı gibi hareket eden mal veya hizmet sağlayıcılarının, sözleşme öncesi bilgilendirme

54 Tüketici Mahkemesi sıfatıyla Ceyhan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 09.11.2012 tarih, E.2012/118, K.2012/395 sayılı kararı. Söz konusu karar Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 05.03.2013 tarih, E.2013/3682, K.2013/5249 sayılı kararı ile onanmıştır.

yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak bu durum, kredi verenin, teklif edilen kredi sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlüğünü ortadan kaldırmaz."

Yönetmeliğin 9 maddesine göre; "Tüketicinin kredi talebinin reddedildiği durumlarda; kredi verenin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciyi derhal ve ücretsiz olarak bilgilendirmesi zorunludur."

2.3.8.1. Belirli Süreli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirmenin Zorunlu İçeriği

Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliğinde ön bilgilendirmenin makul süresi belirlenmemiş olmakla birlikte zorunlu içeriği belirli ve belirsiz süreli sözlşemelere göre ayrı ayrı tespit edilmiştir. Yönetmeliğin 6. Maddesine göre; – ***(1) Kredi verenin ve varsa kredi aracısının, belirli süreli tüketici kredisi sözleşmesinin kurulmasından makul bir süre önce, sözleşme şartları hakkında aşağıdaki bilgileri içerecek şekilde tüketiciyi bilgilendirmesi zorunludur:***

a) Kredinin türü.

b) Kredi verenin ve varsa kredi aracısının unvanı, MERSİS numarası, açık adresi, telefon numarası, varsa diğer iletişim bilgileri.

c) Kredi sözleşmesinin süresi.

ç) Kredinin toplam tutarı ve varsa tüketiciden talep edilecek ücretler.

d) Bağlı kredi sözleşmesinde sözleşme konusu mal ve hizmet ile satıcı veya sağlayıcıya ilişkin bilgiler.

e) Aylık ve yıllık akdi faiz oranı ve bu oranın uygulanmasına ilişkin şartlar.

f) Efektif yıllık faiz oranının hesaplanması amacıyla kullanılan bütün bileşenleri belirten temsili bir örnek kullanılarak gösterilen efektif yıllık faiz oranı ve tüketici tarafından ödenecek toplam tutar.

g) Tüketicinin talep ettiği kredi tutarı ve süresi esas alınarak kredi verenin uygulamakta olduğu akdi faiz oranına göre hazırlanacak ve formun eki olarak da verilebilecek örnek ödeme planı.

ğ) Kredi sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilmeyeceğine ve bu hesabın, tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin ödenmesi ile kapanacağına ilişkin bilgi.

h) Gerektiğinde noter masraflarının tüketici tarafından ödeneceğine ilişkin bilgi.

ı) Gecikme faiz oranı.

i) Tüketicinin, ödemelerini ödeme tarihinde yapmamasının ve temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları.

j) Tüketicinin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile açık talebi olmaksızın krediyle ilgili sigorta yaptırılamayacağına ilişkin bilgi ve sigortaya ilişkin hizmetlerin kredi veren dışında bir sağlayıcıdan da alınabileceğine ilişkin açık bir ifade.

k) Varsa istenecek teminatlar ve bu teminatların tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlardan olması halinde her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağına ve tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatların diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılacağına ilişkin bilgi.

l) Cayma hakkının kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin bilgi ile bu hakkın kullanılması durumunda anapara ile bu paranın faizini ödeme yükümlülüğü ve hesaplanma şekline dair bilgiler de dâhil olmak üzere cayma hakkının kullanılmasına ilişkin diğer şartlar.

m) Tüketicinin erken ödemede bulunma hakkı ve ödenen tutara göre kredi verenin indirim yapma yükümlülüğüne ilişkin bilgi.

n) Kredi talebinin olumsuz sonuçlanması halinde tüketicinin derhal ve ücretsiz olarak bilgilendirileceğine ilişkin bilgi.

o) Sözleşme öncesi verilen bilgilerin kredi veren için bağlayıcı olacağı süreye ilişkin bilgi."

2.3.8.2. Refinansman Sözleşmelerinde Ön Bilgilendirmenin Zorunlu İçeriği

Yönetmeliğin aynı hükmünde refinansman sözleşmelerinde yer alması gereken zorunlu içerik de düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 6. Maddesinin 2. Fıkrasına göre ***"(2) Tüketicinin temerrüde düşmüş olması nedeniyle, ödemenin ertelenmesi veya borcun yeniden yapılandırılmasına ilişkin sözleşme kurulması durumunda sözleşme öncesi bilgi formunda, birinci fıkrada yer verilen bilgilere ilave olarak kredi sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin usul ve şartlara ilişkin bilgi de verilir. Kredi veren, bu tür sözleşmelere ilişkin sözleşme öncesi bilgi formunda birinci fıkranın (d), (ğ), (h), (j), (k) ve (l) bentlerinde belirtilen bilgilere yer vermeyebilir."*** Bu hükümler dışında kalan ve yukarıda yer alan hükümlerin tamamının refinansman sözlşemelerinde bulunması gerekmektedir.

Yönetmeliğin refinansman sözlşemesinde bulunmasına gerek görmediği hükümler şunlardır:

"d) Bağlı kredi sözleşmesinde sözleşme konusu mal ve hizmet ile satıcı veya sağlayıcıya ilişkin bilgiler."

"ğ) Kredi sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilmeyeceğine ve bu hesabın, tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin ödenmesi ile kapanacağına ilişkin bilgi.

h) Gerektiğinde noter masraflarının tüketici tarafından ödeneceğine ilişkin bilgi."

"j) Tüketicinin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile açık talebi olmaksızın krediyle ilgili sigorta yaptırılamayacağına ilişkin bilgi ve sigortaya ilişkin hizmetlerin kredi veren dışında bir sağlayıcıdan da alınabileceğine ilişkin açık bir ifade.

k) Varsa istenecek teminatlar ve bu teminatların tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlardan olması halinde her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağına ve tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatların diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılacağına ilişkin bilgi.

l) Cayma hakkının kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin bilgi ile bu hakkın kullanılması durumunda anapara ile bu paranın faizini ödeme yükümlülüğü ve hesaplanma şekline dair bilgiler de dâhil olmak üzere cayma hakkının kullanılmasına ilişkin diğer şartlar."

Refinansman sözleşmelerinde bulunması gerekmeyen hükümler ile

refinansman sözlşemeleri ön bilgilendirme formlarında bulunması gerekmeyen hükümler bir birine paralel şekilde düzenlenmemiştir. Yani ön bilgilendirmede bulunmasa bile bazı hükümlerin sözlşemede bulunması gerekemektedir.

Örneğin cayma hakkı konusunda bilgilendirme ön bilgilendirmede olmasa bile, cayma hakkı sözleşmede olmak zorundadır. Böyle bir farklılığın niçin yaratıldığı belli değildir. Bununla birlikte cayma hakkının yeni refinansman sözleşmesinde var olması gayet yerindedir.

2.3.8.3. Belirsiz Süreli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirmenin Zorunlu İçeriği

Belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde bulunması gereken zorunlu içerik Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği 7. Maddesindesinde belirlenmiştir. Buna göre;

(1) Kredi verenin ve varsa kredi aracısının, belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmesinin kurulmasından makul bir süre önce, sözleşme şartları hakkında aşağıdaki bilgileri içerecek şekilde tüketiciyi bilgilendirmesi zorunludur:

a) Kredinin türü.

b) Kredi verenin ve varsa kredi aracısının unvanı, MERSİS numarası, açık adresi, telefon numarası, varsa diğer iletişim bilgileri.

c) Kredi limitinin ne zaman ve nasıl bildirileceğine ilişkin bilgi.

ç) Akdi faiz oranı ile bu oranın uygulanmasına ilişkin şartlar ve değiştirilmesinde esas alınacak düzenlemeler.

d) Varsa faiz dışında tüketiciden talep edilecek ücretler.

e) Kredi sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin usul ve şartlar.

f) Gecikme faiz oranı.

g) Tüketicinin, ödemelerini ödeme tarihinde yapmamasının ve temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları.

ğ) Tüketicinin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile açık talebi olmaksızın krediyle ilgili sigorta yaptırılamayacağına ilişkin bilgi ve sigortaya ilişkin hizmetlerin kredi veren dışında bir sağlayıcıdan da alınabileceğine ilişkin açık bir ifade.

h) Varsa istenecek teminatlar ve bu teminatların tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlardan olması halinde her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağına ve tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatların diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılacağına ilişkin bilgi.

ı) Cayma hakkının kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin bilgi ile bu hakkın kullanılması durumunda anapara ile bu paranın faizini ödeme yükümlülüğü ve hesaplanma şekline dair bilgiler de dâhil olmak üzere cayma hakkının kullanılmasına ilişkin diğer şartlar.

i) Kredi talebinin olumsuz sonuçlanması halinde tüketicinin derhal ve ücretsiz olarak bilgilendirileceğine ilişkin bilgi.

j) Sözleşme öncesi verilen bilgilerin kredi veren için bağlayıcı olacağı süreye ilişkin bilgi.

2.3.8.4. Yönetmelikte Belirtilenler Dışında Bilgi Verilmesi

Yönetmeliği 6 ve 7. Maddelerinin son fıkrasında***"Birinci fıkrada yer alan bilgiler dışında ilave bilgilerin verilmesi durumunda, bu bilgiler sözleşme öncesi bilgi formunun eki olarak ayrı bir belge ile tüketiciye verilir."*** Şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Bizim kanaatimize göre Yönetmelik verilmesi zorunlu olan bilgilerin diğer bilgiler arasında kaybolmasını ve tüketicinin

kafasının karışmasını istemediği için verilmesi zorunlu olan bilgilerle verilmesi ihtiyari olan bilgilerin birleştirilmesini istememiştir. Kredi veren Yönetmelikte belirtilenler dışında da bilgiler verebilir ama bunları Ön Bilgilendirme Formunun eki şeklinde ön bilgilendirme formuyla karıştırmadan ayrı bir belge ile yapması gerekmektedir. Bu tedbir biraz fazla görülebilir ama yukarıda da belirttiğimiz gibi tüketicinin kafasının karışmaması ve bilmesi gereken tüm zorunlu bilgileri özel oalrak görebilmesi için böyle bir hüküm koruyucu bir tedbir oalrak yararlı olacaktır.

2.4. MUACCELİYET ŞARTI

6502 sayılı Kanun'un 28. maddesinde, muacceliyet şartına ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır.

Bu konuda sözleşmelere genellikle şöyle bir hüküm konulmaktadır: "Geri ödeme planına göre herhangi iki taksitin vadesinde ödenmemesi halinde, ödenmeyen ikinci taksitin vadesinde, herhangi bir ihtara gerek olmaksızın, borcun tamamı muaccel olacak ve ödeme gününe kadar temerrüt faizi uygulanacaktır."[55] Alman Kanunu, birbirini izleyen iki taksitin ödenmemesi ve bunların toplamının, toplam borcun %10'nu aşması halinde, tüketiciye ödeme için ihtar yapılması ve iki haftalık ek süre verilmesi koşuluyla borcun tamamının muaccel kılınabileceğini düzenlemiştir[56].

TKHK'nin 28. maddesine göre; ***"(1) Belirli süreli kredi sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, kredi veren, borcun tamamının ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak kredi verenin bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin de birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmesi hâlinde kullanılabilir. Kredi verenin bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması zorunludur.***

(2) Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmaz."

Belirli süreli kredi sözleşmelerinde, kalan borcun geri çağrılması belli şartlara bağlanmıştır. Kredi verenin, ödenmeyen takside ilişkin temerrüt faizi tahsil etmek suretiyle yeterince korunması mümkündür. Kural olarak, tüketicinin kalan bütün borcunu hemen muaccel kılmakta kredi verenin haklı bir menfaati yoktur. Olsa olsa tüketicinin geç ödemeyi bir alışkanlık haline getirmesi ve bu açıdan müteşebbisin gelecekte doğacak alacağını tahsil edemeyeceği ihtimalinin ortaya çıkması durumunda, muacceliyet kayıtları haklı bir gerekçeye dayanır. Dolayısıyla, bu tür kayıtlar ancak aşağıdaki şartların tümünün bir arada gerçekleşmesi halinde geçerli kabul edilir:

- Kredi verenin bütün edimlerini ifa etmiş olması.

- Tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmüş olması.

- Kredi verenin bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunmuş olması.

55 ÖZSUNAY, "Tüketici Kredileri", s. 15

56 BLAUROCK, s. 40

İkinci fıkrada muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmayacaktır. Tüketicinin ödemesi gereken bedel hesaplanırken, muaccel kılınan taksit tutarından faiz, komisyon ve benzeri masraflar çıkarılacaktır[57].

Bu hüküm, 17 vd. maddelerde yer alan taksitli satışlarla ilgili hükümlere göre, çok daha kredi veren lehinedir. Kanun koyucu mal veya hizmet satanlara göre, kredi verenleri daha çok korunmaya değer görmüştür. Ya da kredi verenlere karşı tüketicinin, mal veya hizmet satıcılarına göre, daha zayıf korunmasını uygun görmüştür. Bize göre, böyle bir farklılık yaratmayı haklı gösterebilecek bir gerekçe bulunmamaktadır. Esasen, TBK'nin taksitli satışlara ilişkin hükümleri arasında dahi bulunan (%10 veya ¼) eşiklerinin, tüketiciyi koruma amaçlı, modern bir kanunda yer almamasının en azından bir eksiklik olduğunu kabul etmek gerekir.

TKHK'nin 28. maddesinin 2. fıkrası, kredi verene yönelik korumaya getirilen bir sınır şeklindedir. Buna göre kredi veren, halihazırda temerrüde düşmüş olan tüketicinin ödemediği taksitler için zaten temerrüt faizi işletebilecektir. Kanun, temerrüt faizinin yanında tüketiciye, bir de akitten doğan faiz ve komisyonların yüklenmesinin önüne geçmeye çalışmıştır.

Dolayısıyla, Kanun'un 28(2). maddesindeki ifadenin, esasında, tasarıda çıkarılması unutulan bir düzenleme olmadığı; aksine zaten temerrüde düşmüş ve temerrüt faiziyle karşı karşıya kalmış tüketicinin diğer faiz ve giderlere maruz kalmasını engellemeyi amaçladığı yorumu yapılabilecektir. Kredi kartları dolayısıyla tahsil edilen ücretler sebebiyle doğan BSMV ve KKDF gibi vergilerin faize esas bakiyeye dahil edilemeyeceği görüşündeyiz.

Nitekim Kanun'un 4. maddesinin 7. fıkrasında bileşik faiz yasaklanmaktadır. Bu masraf ve faizlerin çıkarılması hükmünü o şekilde anlamak gerekir.

Tüketici Kredisi Yönetmeliğinin 18. maddesinde hesaplamalarda dikkat edilecek hususlar belirtilmiş, bir de gecikme faizi hesaplanırken uyulması gereken usul ve esaslar bir ek ile tespit edilmiştir. Buna göre; ***"(2) Temerrüt veya geç ödeme durumunda tüketiciden sözleşmede yer alan akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasından daha yüksek bir oranda gecikme faizi tahsil edilemez. Aksi halde, kredi veren, fazla tahsil ettiği tutar ile fazla tahsil edilen tutarın tahsil edildiği tarihle fiilen tüketiciye geri ödendiği tarih arasındaki süre için sözleşmede yer alan akdi faiz oranının yüzde otuz fazlası üzerinden hesaplanacak faizi tüketiciye ödemekle yükümlüdür.***

(3) Kredi veren, tüketicinin temerrüde düşmesi ya da geç ödemede bulunması durumunda, geç ödenen tutar içinde yer alan anapara tutarı üzerinden gecikme faiz oranı ile geç ödenen gün sayısı dikkate alınarak bulunacak faiz ve bu faiz üzerinden hesaplanacak vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler toplamını tüketiciden talep edebilir. Tüketiciden talep edilebilecek gecikme faizi hesaplanırken tüketicinin ödemeyi yaptığı tarih esas alınır. Bu süre hiçbir şekilde tüketici aleyhine olacak şekilde değiştirilemez. Gecikme faizi hesaplanırken Ek-5'te yer alan hususlar esas alınır."

57 Madde gerekçesinden

2.5. ERKEN ÖDEME

2.5.1. Genel Olarak

TKHK'nin 27. maddesine göre; ***"Tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabilir veya kredi borcunun tamamını erken ödeyebilir. Bu hâllerde kredi veren, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür."***

Tüketicinin kredi sözleşmesini feshetmesi için ne bir haklı sebebinin olması, ne de bir feshi ihbar süresine uyması aranmıştır. Bu bir hukuk politikası tercihidir. Amaç, tüketicilerin ellerine geçen ek bir parayı hemen kredi borçlarını kapatmak için kullanmaları ve mümkün olduğu ölçüde borç sarmalından çıkmalarıdır. Kredi borcunun tümünü kapatamadıkları hallerde de, en azından bir veya birden fazla taksit ödemek imkânı tüketicilere verilmiştir. Ayrıca, kredi verenin erken geri ödemeyi kabul etmemesi halinde, TBK'nin 106. maddesi ve devamı hükümleri uyarınca alacaklının temerrüde düşmesi söz konusu olacaktır. Gerek taksitlerin erken ödenmesi gerekse kredi sözleşmesinin feshi nedeniyle kredinin tümünün erken geri ödenmesi halinde kredi veren, erken ödenen miktara göre gerekli faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür. Tüketicileri, erken geri ödemeye teşvik edici en önemli unsur budur. Bu hallerde indirimin nasıl hesaplanacağı konusunda ayrıntılar yönetmelik ile belirlenecektir[58].

Bu hüküm, TBK'nin 96. maddesindeki düzenlemesinin bir istisnası olmaktadır. Çünkü TBK'nin bu maddesindeki hükme göre, borçlu vadeden önce ödemede bulunmasından dolayı, sözleşme ya da gelenekle öngörülmediği sürece bir miktar indirim yapılmasını isteyemez ve bu koşula bağlı bir ödemeyi satıcı kabul etmek zorunda değildir[59]. Gerçekten de, TBK'nin 96. maddesine göre, ***"Sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir. Ancak, kanun veya sözleşme ya da âdet gereği olmadıkça borçlu, erken ifada bulunması sebebiyle indirim yapamaz."*** Bu durumda TBK hükümlerine göre, erken ödeme halinde, borçlunun alacaklıdan indirim yapmasını talep etmesi mümkün değildir. Çünkü, erken ödeme halinde, sözleşmeden faiz geliri bekleyen kredi verenin zarar etmesi söz konusu olacaktır, belirli bir vade kararlaştırılmış olacağı için sözleşmenin mahiyetinden borcun vadesinde ödenmesi gerektiği anlamı çıkacaktır[60].

Oysa, yukarıdaki hüküm sayesinde, tüketici kredileri bakımından tüketicinin erken ödeme yapabilmesi olanağı kabul edildiği gibi, kredi verene de bunu kabul zorunluluğu ve gerekli faiz ve komisyon indirimini yapma zorunluluğu getirilmiştir.

Tüketici, bir veya birkaç taksiti vadesinden önce ödediği takdirde, TBK'nin 101. maddesi gereğince bu taksitlerin hangi ayın taksitlerine mahsup edilmesini istediğini bildirmek hakkına sahiptir. Ancak, ödenmemiş taksitlerin varlığı halinde öncelikle bunların mahsup edilmesi gerekir[61].

58 Madde gerekçesinden

59 ZEVKLİLER, s. 108

60 Krş. AKİPEK, s. 52-53

61 İNCEOĞLU, s. 30

Konsey Yönergesi'nin 8. maddesinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre;

"Tüketicinin, bir kredi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini zamanından önce sona erdirmeye hakkı vardır. Bu durumda tüketici, üye devlet tarafından belirlenen kurallara göre kredinin toplam maliyetlerinden adil bir indirim yapılmasını talep edebilir."

Yönerge'nin 9. maddesi tüketicinin bu haklarını pekiştirici mahiyette bir başka hüküm getirmektedir. Buna göre; "Kredi verenin kredi sözleşmesinden doğan talepleri üçüncü kişiye devredilmişse, tüketici üçüncü kişiye karşı da kredi verene karşı sahip olduğu def'ileri ve söz konusu üye devlette geçerli ise takas def'ini dahi ileri sürebilir."

Yönerge'nin 10. maddesinde tüketici tarafından verilen kıymetli evrak için de tüketiciyi koruyucu tedbirler alınması öngörülmüştür.

Tüketicinin yapacağı ödemelerin, kısmi veya kredinin tamamına ilişkin olması ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Ayrıca, borcun vadesinden önce kapatılmasının şartlarının sözleşmede yer alması gerekmektedir. Bu durumda, şartların içinde en azından Bakanlık tarafından çıkarılan yönetmeliğe göre yapılacak indirimin yer alması zorunludur, ancak bunun dışında başka ve tüketici lehine hesap yöntemleri de kabul edilebilir[62].

Erken ödeme, bir hak olarak verilmiş olup, erken ödemenin sonucu olarak bir indirim yapılması da kabul edilmiştir. Kısmen veya tamamen erken ödeme halinde indirilecek miktarın hesaplanmasında bazı ihtilaflar çıkabilecektir. Kanun indirilecek miktarları belirtirken sadece "faiz ve diğer maliyet unsurlarından" bahsetmiştir[63]. Ancak bu konuda, Bakanlık'a yetki verilmiş olmasına göre, Bakanlık'ın belirlediği hesap yöntemi dışında başka bir yöntemin belirlenmesi söz konusu olamayacaktır (TKHK 31(4)).

Konut finanasmanına ilişkin hükümler arasında erken ödeme halinde bankalara da erken ödeme ücreti tahsil olanağı veren hükümler bulunmaktadır. Buna göre; ***"MADDE 37 – (1) Tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabileceği gibi, konut finansmanı borcunun tamamını erken ödeyebilir. Bu hâllerde, konut finansmanı kuruluşu, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür.***

(2) Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi hâlinde, sözleşmede yer verilmek suretiyle, bir ya da birden fazla ödemenin vadesinden önce yapılması durumunda, konut finansmanı kuruluşu tarafından tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edilebilir. Erken ödeme tazminatı gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen tutarın kalan vadesi otuz altı ayı aşmayan kredilerde yüzde birini, kalan vadesi otuz altı ayı aşan kredilerde ise yüzde ikisini geçemez. Oranların değişken olarak belirlenmesi hâlinde tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edilemez."

Kanun diğer tüketici kredilerinde erken ödeme ücretini kabul etmemiştir. Bu krediler genellikle kısa vadeli ve düşük miktarlı olduğundan öngörülebilir süreli ve hesaplanabilir riskli olmakta-

62 GEZDER, s. 132

63 Krş. KÖKSAL, s. 93

dır. Bu itibarla erken ödeme hallerinde bir ücret alınması kabul edilmemiştir. Konut kredileri ise yüksek miktarlı ve oldukça uzun süreli olduklarından erken ödeme halinde ortaya çıkabilecek risklerin hesaplanması oldukça zor olacaktır. Bu nedenle konut finansman sözlşemelerinde erken ödeme ücreti alınmasına olanak tanınmıştır.

2.5.2. Erken Ödeme Halinde İndirimlerin Hesaplanması

Erken ödeme halinde tüketiciye yapılacak gerekli indirimlerin nasıl hesaplanacağı kanunda düzenlenmemiştir. Ancak Tüketici Kredisi Yönetmeliği bu konuda çeşitli prensipleri ve dikkate alınması gereken usul ve esasları belirlemiş bulunmaktadır. Yönetmeliğin 15. Maddesine göre; "(2) Tüketicinin, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunması veya kredi borcunun tamamını ya da bir kısmını vadesinden önce ödemesi durumunda, erken ödeme indirimi hesaplanırken ***tüketicinin ödemeyi yaptığı tarih esas alınır.*** Bu tarih tüketici aleyhine olacak şekilde değiştirilemez.

(3) Kredi veren, faizin tamamının veya bir kısmının tüketiciden peşin olarak tahsil edildiği kredilerde, tüketicinin erken ödeme yapması halinde akdi faiz oranı üzerinden gerekli indirimi yapmak üzere bir sistem kurmakla yükümlüdür. Bu durumda, Ek-3'te yer alan hususlar esas alınır."

Yönetmelik ara ödemeler yapılması ya da kredinin tamamının erken ödenmesi halinde ugulanacak kuralları da ayrı ayrı düzenlemiş bulunmaktadır.

Kredinin tamamının erken ödenmesi halinde Yönetmeliğin 16. Maddesine göre; "(1) Kredinin tamamının erken ödenmesi taksit tarihinde yapılıyorsa vadesi gelen taksit ödemesi ile birlikte geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmemiş faiz, vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler tahsil edilir.

(2) Kredinin tamamının erken ödenmesi, iki taksit arasında yapılıyorsa; ödeme planında yer alan en son ödenmiş taksit tarihiyle erken ödeme işleminin gerçekleştiği tarih arasında, anaparaya işleyen faiz tutarı, en son ödenmiş taksit tarihi itibarıyla geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmemiş faiz ile vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler tahsil edilir. Ancak faizin tamamının veya bir kısmının tüketiciden peşin olarak tahsil edildiği kredilerde, kredinin tamamının erken ödenmesi durumunda, erken ödeme yapılan tarih ve tutar esas alınarak, akdi faiz oranı üzerinden gerekli faiz iadesi yapılır.

(3) Kredinin tamamının erken ödenmesi işlemlerinde Ek-2'de yer alan hususlar esas alınır."

Yönetmeliğe göre Ara ödeme yapılıyorsa hesaplamanın nasıl yapılacağı 17. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "(1) Tüketicinin ödeme planında yer alan bir taksit tutarından az olmamak üzere, herhangi bir tutarı vadesinden önce ödemesi ara ödeme olarak kabul edilir.

(2) Tüketicinin ara ödemede bulunması durumunda kalan anapara borcu üzerinden, akdi faiz oranı ile bir önceki taksit tarihinden itibaren işleyen gün sayısı dikkate alınarak bulunacak faiz ve faiz üzerinden hesaplanacak vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler toplamı tüketiciden tahsil edilir. Tahsil edilen bu tutar dışında kalan kısım anapara borcundan düşülür. Bu durumda kalan taksit sayısı ve ödeme tarihleri değişmeden yeni taksit tutarı ve yeni ödeme planı oluşturulur. Ancak tüketicinin talep etmesi halinde taksit sayısı değişmeyecek şekilde erken ödemesi yapılan

taksit sayısına göre ödemesiz dönem veya tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla talep etmesi ve tarafların mutabakatı ile mevcut ödeme planından farklı taksit sayısı ve ödeme tarihleri de belirlenebilir.

(3) Tarafların mutabakatı halinde yeni ödeme planında yer alan taksit tutarı erken ödeme öncesi taksit tutarından fazla olabilir.

(4) Faizin tamamının veya bir kısmının tüketiciden peşin olarak tahsil edildiği kredilerde, ara ödeme yapılması durumunda, ödeme yapılan tarih ve tutar esas alınarak akdi faiz oranı üzerinden gerekli faiz iadesi yapılır.

(5) Yeni ödeme planı, herhangi bir isim altında ücret talep edilmeksizin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir.

(6) Bu maddede yer alan tüketicinin taleplerine ilişkin ispat yükü kredi verene aittir.

(7) Ara ödeme işlemlerinde Ek-4'te yer alan hususlar esas alınır."

Böylece yönetmelik tereddüte yer vermeyecek kadar detaylı bir şekilde konuyu düzenlemiş bulunmaktadır. Uygulamada çıkan bir çok aksaklık bu düzenlemeler sayesinde giderilmiş olacaktır.

2.6. SİGORTA YAPTIRILMASI

TKHK 29. maddesine göre; ***"Tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılamaz. Tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi hâlinde, istediği sigorta şirketinden sağladığı teminat, kredi veren tarafından kabul edilmek zorundadır. Bu sigortanın kredi konusuyla, meblağ sigortalarında kalan borç tutarıyla ve vadesiyle uyumlu olması gerekir".***

Uygulamada bankalar tarafından kredi verilmesi, yapılması isteğe bağlı sigortaların yaptırılması şartına bağlanmakta, bu sigortaları yaptırmayan tüketicilere bankalar tarafından kredi kullandırılmamaktadır. Ayrıca bu sigortalar tüketiciler için ek maliyetler getirmekte ve bu sigortayı yaptırmak isteyen tüketicilerin başka bir sigorta kuruluşunu tercih etmesi engellenmektedir. Bu durumda tüketicinin ekonomik çıkarları zedelenmektedir. Bu nedenle tüketicinin açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılamayacağı, zorunlu sigortalarda veya tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi halinde, istediği sigorta şirketi ile imzaladığı poliçenin kredi veren tarafından kabul edilmek zorunda olduğuna ilişkin düzenleme yapma ihtiyacı doğmuştur.

Tüketicilerin sigorta yaptırmak istemesi durumunda bu sigortanın kredi konusuyla, vadesiyle ve miktarıyla bağlantılı olması; sigorta bedelinin de kredi tutarından fazla olmaması gerekmektedir[64].

Görüldüğü gibi tüketici kredileri ile ilgili olarak ve onunla birlikte yapılan sigortalar hakkında ciddi kısıtlamalar getirilmiştir. Özellikle son cümlede getirilen kredi konusuyla, kalan borç mik-

64 Madde gerekçesinden

tarıyla ve vade ile uyumlu olma kriterlerinin uygulamada getireceği zorluklar olacağı düşünülmektedir. Bu sonuçta tüketicinin talep etmesi halinde yapılan sigortaların iptaline yol açacaktır[65].

Yönetmelikte biraz daha detaylı düzenlemeye yer verilmiştir. Yönetmeliğin 26. Maddesine göre; ***"– (1) Tüketicinin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılamaz. Tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi hâlinde, istediği sigorta şirketinden sağladığı teminat, kredi veren tarafından kabul edilmek zorundadır. Bu sigortanın kredi konusuyla, meblağ sigortalarında kalan borç tutarıyla ve vadesiyle uyumlu olması gerekir. Meblağ sigortalarında, poliçedeki teminat tutarı kalan kredi tutarından yüksek olamaz. Sigorta vadesi de kredi vadesinden uzun olamaz.***

(2) Kredi bağlantılı yapılan meblağ sigortalarında kredi borcunun belirlenen vadeden önce geri ödenmesi veya kredi borç yapısında değişiklik olması durumlarında sigorta sözleşmesi sonlandırılır. Ancak bu işlemlerin gerçekleştiği anda tüketicinin kredi veren tarafından ayrıca bilgilendirilmesi ve açık onayının alınması koşuluyla poliçe mevcut koşullarıyla devam ettirilebilir veya kredi borç yapısında gerçekleştirilen değişikliğe göre mevcut sigorta poliçesi teminat tutarları ve sigorta süresi yeniden düzenlenebilir. "

Dolayısıyla tüketici kredisi sözleşmelerine bağlı olarak yapılan sigorta sözleşmelerinin her yıl otomatik olarak ve aynı miktarda yenilenmesi ve sigorta priminin tüketicinin hesabından otomatik olarak alınması uygulamasına son verilmesi gerekecektir. Bu durumda yukarıdaki hüküm gereğince her seferinde kredi bakiyesine uyarlama ve tüketicinin açık onayı gerekecektir.

65 13. HD 26.02.2013 tarih, E.2013/924, K.2013/4474 sayılı Kararında; "(…) bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli masrafları tüketiciden isteyebileceği, … ilk derece mahkemesince kredi sözleşmesi kapsamında yapılan hayat sigortasına ilişkin hükümlerin ve bu kapsamda alınan sigorta priminin davacıdan tahsil edilmesinin tüketici aleyhine haksız şart oluşturduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verildiği anlaşılmakta ise de, bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır. Zira sözleşmenin bir hükmünün, tüketicinin bir menfaatini ihlal etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağladığı anlaşılıyor ise artık bu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek mümkün değildir." Yargıtay 13. HD 08.11.2012 tarih, E.2012/23738, K.2012/25211 sayılı, E.2011/7204, K.2011/18447 sayılı ve E.2012/25177, K.2012/25689 sayılı kararlarında; "Taraflar arasında imzalanan konut kredisi sözleşmesinin 6. Maddesinde; sözleşme ekindeki belgeler ve kredi ile ilgili her türlü işlemin gerektirdiği tescil, onay, fek v.s. her türlü masrafın tamamıyla müşteriye ait olacağı belirtilmiş ise de, anılan maddenin taraflarca ayrıca ve açıkça müzakere edildiği hususu kredi veren tarafından ispatlanamadığı gibi diğer ücret ve masraflar başlığı altında miktarı sözleşme tarihi itibariyle belirlenmeyen ileride doğması muhtemel masrafların da tüketiciden alınacağına dair hükümler haksız şarttır… Mahkemece sigorta priminin davacıdan tahsil edilmesinin tüketici aleyhine haksız şart oluşturduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmakta ise de, bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır. Zira sözleşmenin bir hükmü tüketicinin menfaatini ihlal etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağlıyorsa, bu kaydın tüketici zararına olduğunu söylemek mümkün değildir… Hayat sigortası kapsamına alınmasında davacının da bir menfaati olduğu açıktır. Hal böyle olunca sözleşme kapsamında tahsil edilen sigorta primlerinin davalıdan tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır… Davalı banka tacir olup, yaptığı masrafları tüketiciden isteme hakkı bulunduğu anlaşılmakta ise de, bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli masrafları tüketiciden isteyebileceğinin kabulü gerekir." şeklinde karar verilmiş; 13 HD E.2011/7204, K.2011/18447 sayılı kararda ayrıca; " …Taraflar arasında düzenlenen konut kredisi sözleşmesinde; "Konut, hayat ve deprem sigortalarının bankanızca yapılmasını talep ediyorum" ibaresinin kredi çeken tüketici tarafından ayrıca kararlaştırılıp müzakere edildiği tartışmasızdır." denmiştir.

Yargıtay'ın yerleşik uygulaması uyarınca, sözleşmede hüküm bulunması halinde banka verdiği kredinin teminat altına alınması için hayat sigortası talep edebilir. Bu sebeple kural olarak, tüketici tarafından açılan davada sigorta sözleşmesinin iptali ve ödenen primlerin tümüyle tüketiciye iadesi mümkün değildir. Bununla birlikte, Öğretide, bankanın sözleşmenin kendi iştiraki olan sigorta şirketine yapılması veya kendisinin belirlediği prim üzerinden bizzat yapma konusunda tüketiciyi zorlamış olması ve serbest piyasa koşullarında aynı şartlarla daha az primle sigorta yapılmasının mümkün olduğunun bilirkişi incelemesi neticesinde anlaşılması halinde, emsal sigorta şirketlerinin talep ettikleri prim miktarını aşan fazla ödemelerin tüketiciye iadesi gerekeceği ifade edilmektedir(66). Sigorta hususunda benzer şekilde, bankalar tarafından verilen tüketici kredisi, konut kredisi niteliğinde kredilerde banka tarafından hayat sigortası yapılmasının talep edilebileceği, ancak bu konuda tüketiciye gerekli uyarının yapılarak sigorta yapılması konusunda tüketicinin aydınlatılması gerektiği, tüketici tarafından önceden hazırlanmış matbu bir sözleşmeye atılan imzanın kabul anlamına gelmeyeceği, ancak bu duruma rağmen tüketici sigortalanmış ise geçmiş sigortalı olduğu dönem için ödediği ücreti talep edemeyeceği, tüketici devam eden kredi ilişkisinde sigortalanmak istemediği takdirde poliçenin başlangıç gününden önce bankaya bu hususu bildirmesi gerektiği, aksi halde banka sözleşmedeki hükme dayanarak kendiliğinden kredi müşterisine sigorta yapıp bunun masrafını isteyebileceği, tüketici sigortalı olmak istemediği takdirde sigorta başlangıç tarihinden makul bir süre öncesinde bu hususu bankaya bildirmesi gerektiği belirtilmektedir. Öte yandan, tüketicilerin kredi kullanım esnasında dosya ve benzeri masrafların kesilmesini kabul ettiklerine dair beyanlarını da, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından sözleşmenin müzakere edilmediği ve haksız şart olduğu şeklinde kabul edilmektedir(67).

2.7. CAYMA HAKKI

TKHK'nin 24. maddesinin 1. fırkasına göre; ***"Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin tüketici kredisi sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir."***

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, birkaç ay sonra ödeme güçlüğüne düşecek bir müşteri, kredi veren açısından riskli bir müşteri olacaktır. Dolayısıyla, bu tür müşterilere zaman kaybetmeden işlemden cayma hakkı verilirse, en azından kredi

66 KARA; s.97.

67 ÜNAL, Rahmi; İLGÜN, Candaş; Açıklamalı-İçtihatlı Tükaticinin Korunması Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat, 2. Bası, Ankara 2013 s.352 vd.

veren açısından da bu riskin bir ölçüde azaltılması imkânı olacaktır[68]. TBK'nin 255. maddesinin (1) ve (2). fıkrasına göre; "(1)Taksitle satış sözleşmesi, alıcı bakımından, taraflarca imzalanmış sözleşmenin bir nüshasının eline geçmesinden yedi gün sonra hüküm ve sonuçlarını doğurur. Alıcı, bu süre içinde irade açıklamasını geri aldığını satıcıya yazılı olarak bildirebilir. Bu haktan önceden feragat edilemez. Geri alma bildiriminin sürenin son gününde postaya verilmiş olması, sonuç doğurması için yeterlidir. (2) Satıcı geri alma süresi içinde malı alıcıya devretmişse alıcı, malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilir; aksi takdirde sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olur." TBK'de yer alan işbu düzenleme, TKHK'da benzer olacak şekilde "cayma" olarak yer almış, ancak TBK'de yer alan düzenlemede "geri alma" olarak ifade edilmiştir.

TKHK'nin 24. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Kredi veren, cayma hakkı olduğu konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin cayma hakkı süresi içinde kredi verene yöneltilmiş olması yeterlidir."*** Bu hüküm, kredi verene tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü vermektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ne olacağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Cayma hakkı ilk kez getirilmiş olduğundan tüketicilerin böyle bir hakları olduğunu bilmemeleri büyük ihtimaldir. Dolayısıyla, bu bilgilendirme tüketicinin tekrar düşünmeye fırsatı olduğunu anlaması açısından çok önemlidir. Bu nedenle, bizim kanaatimize göre kredi verenin tüketiciyi gereği gibi bilgilendirmediği hallerde cayma süresinin işlememesi gerekir. Öte yandan, tüketicinin de uygun bir süre içinde bu hakkını kullanmadığı durumlarda artık kullanamayacağının kabulü gerekir. Bu itibarla, tüketicinin kanuni süre geçtikten sonra cayma hakkını kullanırken MK 2. madde çerçevesinde doğruluk ve dürüstlük kurallarına göre davranıp davranmadığını değerlendirmek gerekir. Bu değerlendirme yapılırken, somut olayın şartları dikkate alınmalıdır.

TKHK'nin 24. maddesinin 3. fıkrasına göre; "Cayma hakkını kullanan tüketicinin krediden faydalandığı hâllerde, tüketici, anaparayı ve kredinin kullanıldığı tarihten anaparanın geri ödendiği tarihe kadar olan sürede tahakkuk eden faizi, en geç cayma bildirimini kredi verene göndermesinden sonra otuz gün içinde geri öder. Bu süre içinde ödeme yapılmaması hâlinde tüketici kredisinden cayılmamış sayılır. Faiz, akdî faiz oranına göre hesaplanır. Tüketiciden, hesaplanan akdî faiz ve bir kamu kurum veya kuruluşuna veya üçüncü kişilere ödenmiş olan masraflar dışında herhangi bir bedel talep edilemez."

Üçüncü fıkrada, krediden faydalanan tüketicinin cayma hakkını kullanması durumunda ödeyeceği tutara ilişkin düzenleme yapılmıştır. Buna göre, tüketici sadece, anaparayı ve kredinin kullanıldığı tarihten anaparanın geri ödendiği tarihe kadar olan sürede tahakkuk eden faizi gecikme olmadan ve en geç cayma bildirimini kredi verene göndermesinden sonra 30 gün içinde ödeyecektir.

Faiz tutarının hesaplanmasında akdi faiz oranı kullanılacaktır. Hesaplanan akdi faiz ve bir kamu kurum ve kuruluşuna veya üçüncü kişilere ödenmiş olan masraflara ilişkin tazminat dı-

68 Madde gerekçesinden

şında, herhangi bir masrafın tüketiciden talep edilmesi mümkün değildir. Örneğin, 10.000 TL tüketici kredisi almak için başvurulduğunda, 250 TL'si dosya masrafı, 50 TL'si vergi olmak üzere, tüketiciden toplamda 300 TL masraf alınmış ve bu masraflar krediden mahsup edilerek 9.700 TL tüketiciye ödenmiş olsun. Söz konusu kredi sözleşmesinden tüketicinin cayması halinde, bankaya iade edilmesi gereken anapara tutarı 9.700 TL'dir. Ayrıca, 10.000 TL tutarındaki kredinin çekildiği tarihten geri ödendiği tarihe kadar olan ve akdi faiz oranı esas alınarak hesaplanan faiz tutarı ile birlikte, 50 TL'lik vergi bankaya geri verilecektir. Bu durumda tüketici, kredinin kullandırılması esnasında peşin olarak mahsup edilen 250 TL dosya masrafını, kredi verenden talep etme hakkına sahiptir. Bu örneğe ilişkin başka bir senaryo ise, yukarıda belirtilen masrafların krediden mahsup edilmeden tüketiciye 10.000 TL ödenmesidir. Söz konusu kredi sözleşmesinden tüketicinin cayması halinde, bankaya iade edilmesi gereken anapara tutarı 10.000 TL'dir. Ayrıca, 10.000 TL tutarındaki kredinin çekildiği tarihten geri ödendiği tarihe kadar olan ve akdi faiz oranı esas alınarak hesaplanan faiz tutarı geri verilecektir. Bununla birlikte, banka tarafından tüketiciye 250 TL iade edilmesi gerekmektedir[69].

Tüketici, cayma hakkını kullanması üzerine, 30 günlük süre içerisinde ödemesini gerçekleştirir ise; bu arada bir taksitin vadesinin gelme ihtimali bulunmaktadır. Bu durumda vadesi gelen taksit bakımından banka temerrüt hükümlerini uygulayamayacaktır. Cayma hakkının, ancak TKHK'nin 24. maddesinin 3. fıkrasında belirlenen kurallar dahilinde kullanılması halinde hüküm ifade edeceği hususu açıktır. Buna göre tüketici, cayma hakkını kullanmak istiyorsa; öncelikle sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren 14 gün içerisinde durumu bankaya bildirecek, sonrasında ise 24. maddenin 3. fıkrasında belirtilen kalemleri cayma bildiriminin bankaya gönderilmesinden sonra 30 gün içerisinde ödeyecektir. Bu prosedüre uygun olarak kullanılmayan cayma hakkı, etkisini hiç doğurmamış gibi kabul edilmelidir. Cayma hakkının kullanılması; ancak tüketici tarafından 30 gün içerisinde ödemenin yapılmaması halinde, geri ödeme planının tüketici kredisi sözleşmesine uygun şekilde hazırlanmış olması ve tüketicinin daha önceden kredi sözleşmesinin koşulları hakkında bilgilendirilmiş olması hususu önem arz etmekle birlikte (TKHK m. 23), bahsedilen 44 günlük dönemde muaccel hale gelmiş bir taksit, cayma hakkından bağımsız şekilde, vadesi dolmuş bir borç olarak değerlendirilecek ve temerrüt hükümleri uygulanabilecektir.

Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliğinin 24. Maddesinin son fıkrasında kredi sözleşmesine bağlı olarak tüketiciye sunulan başka bir hizmet varsa, 'tüketici kredisi sözleşmesinden cayılması ile birlikte bu hizmete ilişkin sözleşme de sona erer' şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Aynı yönetmeliğin 26. Maddesinin 2. Fıkrasında ise kredi bağlantılı sigorta sözleşmesinden bahsedilmektedir. Bu durumda sigorta sözleşmelerinin de kredi ile bağlantılı hizmet kavramı kapsamında düşünülerek cayma halinde kredi sözleşmesinin de sona ermesi söz konusu olabilecektir.

Yönetmelikte sadece hizmetlerden söz edildiğine göre acaba krediler bağlı olarak bir mal sunulması söz konusu ise ne olacaktır. Bu hüküm düzenlenirken muhtemelen tüketici kredi-

69 Madde gerekçesinden

si verebilecek kurumların mal satışı gibi işlemlerle uğraşmalarının mümkün olmadığı dikkate alınmıştır. Esasen bir mal satışına bağlı kredi verilmiş ise bunlar bağlı kredi olacağı için ayrı bir düzenlemesi bulunmaktadır. Burada kast ettiğimiz ise krediye bağlı olarak bir mal tedarik edilmesi işlemidir. Krediyi alması şartıyla ayrıca indirimli olarak bir kitap satın alınması gibi bir durum söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda da bu hükmün kıyasen uygulanması gerektiğini düşünüyorum.

2.8. BAĞLI KREDİLERDE KREDİ VERENİN SORUMLULUĞU

2.8.1. Tüketici Kredisi Çeşitleri

2.8.1.1. Serbest Tüketici Kredileri

Tüketici kredileri, bankalar veya diğer finans kuruluşları tarafından çeşitli şekillerde verilebilmektedir. Bu kredilerin nerede kullanılacaklarının finans kuruluşu veya banka tarafından tespit edilmiş olup olmadığına göre ikiye ayrılması mümkündür[70]. Diğer bakımlardan da, örneğin sürekli kullanılabilen ve bir kerede kullanılabilen olmak üzere de ikiye ayırmak mümkündür. Serbest krediler ve bağlı krediler bir kerede kullanılabilirken, kredili mevduat hesapları ve kredi kartları ile kullanılan krediler kapatıldıkça tekrar kullanılabilirler[71].

Bazı hallerde, kredi kuruluşu tüketici kredisinin kullanımını tamamen tüketiciye bırakmaktadır. Örneğin taşıt alım kredisi olarak verilen bir tüketici kredisinde belirli bir marka taşıtın alınması koşulu yer almamaktadır. Bu durumda tüketici istediği marka taşıtı alabilir. Hatta bazen bu şekilde belirli bir ihtiyacın karşılanması, örneğin taşıt, buzdolabı vs. için değil genel olarak ihtiyaç kredisi olarak verilebilmektedir. Bu durumda krediyi hangi ihtiyacının görülmesinde kullanacağı tamamen tüketicinin inisiyatifine kalmaktadır. Bu gibi kredilere "Serbest Tüketici Kredisi" denmektedir[72]. Bu gibi durumlarda, satıcı ile tüketici arasında satış sözleşmesi ve banka ile tüketici arasında tüketici kredisi sözleşmesi olmak üzere iki sözleşme bulunmaktadır. 6502 sayılı Kanun'un 30. maddesinin 5. fıkrasında bir tanım verilmiş bulunmaktadır. Buna göre; ***"Kredi veren ile satıcı veya sağlayıcı arasında belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşme olmaksızın, tüketicinin kendisi tarafından belirlenen malın veya hizmetin bedelinin kredi veren tarafından ödenmesi suretiyle kullandırılan krediler bağlı kredi sayılmaz."***

Serbest kredi türlerinden biri olan "kredili mevduat hesabı" da, yine kredi verenin her türlü mal ve hizmet alımı ve tedariki için herhangi bir açıklama aramaksızın verdiği tüketici kredisidir. Kredili mevduat hesabı bankacılık dilinde, eksi bakiyeye geçebilen, kredili vadesiz tasarruf hesabı olarak tanımlanmaktadır. Kredili mevduat hesabı sahibi müşteri, yani tüketici, para çekmek istediğinde, eğer hesabında çekmeye yeterli bakiye yoksa, önceden belirlenmiş bir limit dahilinde hesabını eski bakiyeye çevirerek bunu kredi şeklinde kullanabilecektir. Banka, cari hesabı şeklinde

70 DEMİRAY, s. 22 vd

71 İNAL, s. 287 vd. yazar çekli cari hesap kredilerini de rotatif tüketici kredisi olarak saymaktadır.

72 ÖZSUNAY, "Tüketici Kredileri", s. 4; BLAUROCK, s. 34

yürütülen bu hesap çerçevesinde, tüketici aylık taksit ödemelerini yaptığı sürece, limit dahilinde krediyi kullanma yetkisi devamlı olarak yinelenecektir[73]. Kredili mevduat hesapları yoluyla verilen tüketici kredileri, 22. maddede düzenlenen tüketici kredisinden çok, kredi kartı yoluyla kullanılan nakit kredilerine benzemektedir. Kanun, kredi kartı ile kullanılan nakit kredileri de tüketici kredisi saydığına göre, kredili mevduat yolu ile kredi kullanmanın da, tüketici kredisi olarak kabul edilmesi gerekir.

2.8.1.2. Bağlı Tüketici Kredileri

Bazı hallerde ise, tüketici kredisi belirli bir kişi ile veya belirli marka bir mal hakkında sözleşme yapılmak kaydı ile verilmektedir. Örneğin, Tofaş marka bir otomobil almak üzere veya Metro Gross Market ile bir sözleşme yapmak üzere verilmektedir. Bu durumda aslında üretici, işletme veya satıcı işletme kredilendirilmiş olmaktadır. Bu gibi kredilerde tüketici, aldığı krediyi, kredi verenin talimatları doğrusunda kullanmak zorundadır. Genellikle bu gibi krediler tüketicinin eline dahi verilmemekte, doğrudan satıcıya verilmektedir. Bu gibi belirli kişilerden veya belirli malların alınması şartına bağlı olarak verilen tüketici kredilerine "bağlı tüketici kredisi" denir[74]. Bağlı tüketici kredilerinde genellikle üç ayrı sözleşme bulunmaktadır. Bunlar; banka ile satıcı arasındaki çerçeve sözleşme, satıcı ile tüketici arasındaki satış sözleşmesi ve banka ile tüketici arasındaki tüketici kredisi sözleşmesidir[75].

TKHK'nin 30. maddesinin 1. fıkrasında bağlı tüketici kredisi düzenlenmiştir. Buna göre; ***"Bağlı kredi sözleşmesi; tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir."***

Bu anlamda, "tedarik kredileri" yani, marka belirtilmeden, belirli bir malın, örneğin otomobil, alınması için verilen krediler, kredi veren marka veya satıcı belirtmediğinden, bağlı tüketici kredisi sayılmayacaktır. Esasen, değişikliklerden önce de aynı sonuca ulaşılması gerekiyordu, çünkü bağlı kredilerde, kredi verenin sorumlu olduğu dikkate alınacak olursa, satıcı-sağlayıcı ile herhangi bir menfaat ilişkisi içinde olmayan kredi verenin, malın ayıplı çıkmasından sorumlu tutulması adil bir çözüm olmayacaktır. Zaten Kanun'un amacı da bu değildir. Kanun, tüketicinin kredi veren tarafından belirli bir markaya veya satıcıya yönlendirilmesi halinde, satıcı veya sağlayıcı ile birlikte, kredi verenin de sorumlu tutulmasını amaçlamıştır[76].

Bağlı kredilerde, taksitli sözleşme ile tüketici kredisi arasındaki paralellik en bariz şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu tür kredilerde tüketici, mal veya hizmeti tedarik ettiği satıcı veya sağlayıcıdan kredi almamakta, onun işbirliği içinde olduğu kredi verenden finansman sağlamaktadır. Sıklıkla,

73 AKİPEK, s. 177-179

74 KÖKSAL, Mehmet, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi; Tüketiciyi Koruma Derneği Yayınları, 2 Kasım 1995, İstanbul, s. 94; ÖZSUNAY, "Tüketicinin Kredileri", s. 4; BLAUROCK, s. 35

75 BLAUROCK, s. 35; ÖZSUNAY, "Tüketici Kredileri", s. 5; AKİPEK, s. 182

76 Karşı görüş için bkz. AKİPEK, s. 180

tüketiciye nakit ödemesi hiç yapılmadan para doğrudan satıcı veya sağlayıcıya transfer edilmekte, tüketici ise taksitlerini kredi verene ödemektedir.

Bir tüketici kredisinin bağlı kredi olabilmesi için, tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verilmesi ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik bir birlik oluşturması gerekmektedir.

TKHK'nin 30. maddesinin 2. fıkrasına göre; "Ekonomik birliğin varlığı;

a) Satıcı veya sağlayıcının tüketici için krediyi finanse ettiği,

b) Üçüncü bir tarafça finanse edilmesi durumunda, kredi verenin kredi sözleşmesinin imzalanması veya hazırlanması ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcının hizmetlerinden yararlandığı,

c) Belirli bir mal veya hizmetin verilmesinin kredi sözleşmesinde açıkça belirtildiği,

durumlarından en az birinin varlığı hâlinde kabul edilir."

Örneğin, Tofaş marka otomobil alınması koşulu ile verilen bir kredide, otomobilin hangi yetkili satıcıdan alındığının önemi yoktur. Önemli olan, belli bir markanın alınmasıdır. Burada hedeflenen, belirli bir üretici veya satıcı firmanın ürünlerinin satışını arttırmaktır. Örneğin, belli bir markanın alınması koşulu yerine, belirli bir işletmeden alışveriş yapılması koşulu ile kredi verilebilir. Örneğin, Metro mağazalarından alışveriş etmek koşulu ile, belli bir miktarda tüketici kredisi verilmiş olabilir. İşte bu gibi durumlarda, tüketicinin seçme hakkı kısıtlanmakta ve kredi tam bir bağlı tüketici kredisi haline getirilmektedir. Ancak bu gibi durumlarda kredi verenin de satıcı ile birlikte sorumlu tutulması uygundur[77]. Çünkü kredi veren, o işletmenin ürünlerinin satılmasını sağlamak ve o ürünler için kredi vermekle, o firmanın güvenilir bir firma olduğunu ve ürünlerin ayıptan ari olduğunu bir çeşit tekeffül etmiş olmaktadır. Bundan sorumlu olması, tüketicinin korunması açısından önemlidir[78]. Çünkü böylece, kredi kurumları sadece ürünlerin kalitesinden, kendilerinin de sorumlu olabilecekleri kadar emin oldukları işletmeleri destekleyeceklerdir. Burada, bankanın sorumluluğu, TBK'nin 128. maddesinde düzenlenen başkasının fiilini taahhüde benzemektedir. Ancak burada, bankanın açık bir taahhüt iradesi olmadığı için bunun kanundan doğan bir sorumluluk olarak kabul edilmesi daha doğru olacaktır. 128. maddede zarar ziyandan sorumluluk söz konusu iken, burada ifadan sorumluluk söz konusudur. İfadan sorumluluk, hem zamanında teslim, hem de ayıpsız teslim sorumluluklarını içermektedir. Ancak, bunlar farklı durumlarda, farklı şartlarla gerçekleşecektir.

Ancak 6502 sayılı Kanun, belirli bir satıcı ile işlem yapmak şartı ile kredi verilmesi durumlarını düzenlememiş, sadece münhasıran belirli bir mal veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği durumları düzenlemiştir. Esasen uygulamada da daha çok belirli bir mal ve hizmete yöneltilmektedir. Ancak diğer ihtimal de yabana atılacak bir ihtimal gibi görünmemektedir.

77 Eskiden de banka ile satıcı arasında bir çıkar birliğinin veya işbirliğinin varlığı halinde kredi kurumuna karşı da satıcıya karşı sahip olunan hakların ileri sürülebileceği kabul edilmekteydi. SEROZAN, s. 594

78 Kanun sadece ayıplı maldan sorumluluğu düzenlemiş olması hiç ifa etmeme halinde kredi verenin sorumluluğuna yer vermemiş olması bir eksiklik olarak kabul edilebilirse de bunun yorum yoluyla doldu-rulması mümkündür. ARKAN, "Tüketici Kredileri", s. 42

AB Konsey Yönergesinde ise, kredi verenin sorumluluğunun ikinci derecede olması kabul edilmiştir[79]. TKHK ile kabul edilen sistem, 1974 tarihli İngiliz Tüketici Kredisi Yasası'ndaki sisteme benzemektedir.

2.8.2. Satıcının İfa Etmeme ya da Kötü İfa Hallerinde Kredi Verenin Sorumluluğu

TKHK'nin 30. maddesinin 4. fıkrasına göre; ***"Bağlı kredilerde, mal veya hizmet hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmez ise satıcı, sağlayıcı ve kredi veren, tüketicinin satış sözleşmesinden dönme veya bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde müteselsilen sorumludur. Tüketicinin bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde bağlı kredi de bu oranda indirilir ve ödeme planı buna göre değiştirilir. Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, o güne kadar yapmış olduğu ödemenin iadesi hususunda satıcı, sağlayıcı ve kredi veren müteselsilen sorumludur. Ancak, kredi verenin sorumluluğu; malın teslim veya hizmetin ifa edilmediği durumlarda satış sözleşmesinde veya bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen malın teslim veya hizmetin ifa edilme tarihinden, malın teslim veya hizmetin ifa edildiği durumlarda malın teslim veya hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır."***

Bu hüküm ile, bağlı kredilerde malın veya hizmetin hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmemesi halinde, kredi verenin sorumluluğuna ilişkin hükümler düzenlenmiştir. İki sözleşme arasındaki bağlılığın önemli bir sonucu, malın veya hizmetin hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmemesi riskidir. Bu durumda, tüketici kredi verene karşı da bazı haklar kullanabilecektir. Örneğin, alınan kredi ile bir satım sözleşmesi finanse edilmiş ancak mal ayıplı çıkmışsa, tüketicinin satıcı veya sağlayıcıya karşı kullanacağı haklarına bağlı olarak, kredi verene de başvurması mümkündür. Tüketici, satıcı veya sağlayıcıdan tamirat veya yenisi ile değiştirme istemiş, yani içerik değiştirmiş bir ifa talebinde bulunmuşsa, kredi verene karşı herhangi bir talebi olmaz.

Zira bu hallerde tüketici, kredi veren ile satıcı veya sağlayıcı aynı kişi olsaydı (örneğin taksitli sözleşme) ona karşı da ödemeleri durduramazdı. Buna karşılık tüketici, bedelin indirimi veya sözleşmeden dönme haklarını kullanmayı tercih etmişse, kredi verene de başvurma imkânının olması büyük önem taşır. Aksi takdirde tüketici, elde etmek istediği malın veya hizmetin ayıplı olmasına veya hiç ifa edilmemiş olmasına rağmen, kredi taksitlerini ödemeye devam etmek ve ödediği parayı bu sefer satıcı veya sağlayıcıdan geri almaya çalışmak zorunda kalacaktır. Satıcının iflas riskini de tüketici taşımak zorunda kalacaktır. Bu nedenle tüketicinin, bedelin indirilmesi olasılığını seçtiği hallerde, kredi verene yapacağı taksit ödemelerini de o oranda indirebileceği; sözleşmeden dönmesi halindeyse, o ana kadar yapmış olduğu bütün ödemeleri geri talep edebileceği kabul edilmiştir. Paranın tüketiciye iade edilmesi konusunda, kredi veren ve satıcı veya sağlayıcı müteselsilen sorumludur. Ancak, kredi verenin sorumluluğu, malın teslim ve hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren bir yıl süre ve kullanılan

79 AKİPEK, s. 288

kredi miktarı ile sınırlıdır. Ödemede bulunan kredi kurumu olursa, onun satıcı veya sağlayıcıya rücu etmesi imkânı her zaman vardır[80].

Görüldüğü gibi, ***"mal veya hizmet hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmez ise"*** ifadeleri, gerekçede ayıplı ifa veya hiç ifa etmeme şeklinde anlaşılmıştır. Madde metninde ayıptan söz edilmemiştir. Bununla birlikte gerekçeye baktığımızda, metinde geçen "gereği gibi ifa etmeme" ifadesinin ayıplı ifayı kapsayacak şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Tüketici, ayıplı mal nedeniyle satıcıya karşı sahip olduğu hakları kredi verene karşı da kullanabilecektir. Ancak tüketicinin üretici veya ithalatçıya karşı sahip olduğu hakları kredi verene karşı kullanma olanağı bulunmadığı gerekçede açıkça ifade edilmiştir.

Burada asıl amacın, tüketicinin ayıplı mal nedeniyle seçimlik haklarını kullanmasının önündeki engelleri kaldırmak olması gerekmektedir. Gerçekten tüketici, bir kredi sözleşmesi ile elde ettiği para ile, kredi verenin gösterdiği bir yerden belirli bir malı aldığında, bu mal ayıplı çıkarsa, tüketici sözleşmeden dönme hakkını kullandığında, malı iade edeceği kişi başka, ödediği parayı geri isteyeceği kişi ise başka biri olmaktadır. Bu nedenle, bağlı tüketici kredisi ile alınan bir mal veya hizmetin ayıplı çıkması halinde, tüketicinin seçtiği haklara göre, kredi sözleşmesinden de kurtulabilmesi olanağının sağlanması gerekir.

Eğer tüketici tamir ettirme yolunu seçerse ve mal tamir edilirse veya yenisi ile değiştirilmesini seçerse, kredi sözleşmesi bundan etkilenmez. Eğer tüketici sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa, bu durumda satış sözleşmesinin yapılması koşulu ile, verilen kredi sözleşmesi de sona ermiş olur. Bu durumda, tüketicinin ödemiş olduğu miktarları geri isteme hakkı vardır[81]. Banka veya kredi veren tüketiciden herhangi bir faiz, masraf vs. talep edemez[82]. Malın bozuk çıkması nedeniyle, tüketicinin 4. maddede düzenlenen haklarını kullanmasını engelleyici hiçbir masraf vs. tüketiciye yüklenemez. Tüketici, malın ayıplı çıkması halinde sözleşmeden döndüğünde, sözleşmeden dönmüş olmak nedeniyle, bu sözleşmeyi hiç yapmasa idi olacak olduğu duruma göre, daha zararlı bir duruma gelmiş olmamalıdır. Dördüncü bölümde yapmış olduğumuz açıklamalar burada da aynen geçerlidir. Burada tüketicinin, tamir ve malın yenisi ile değiştirilmesi seçeneklerini kredi verene karşı kullanmasında her hangi bir hukuken korunmaya değer bir hakkı olmayacaktır[83]. Nitekim Kanun'un 15. maddesinde yedek parça bulundurma ve servis verme gibi sorumluluklar

80 Madde gerekçesinden

81 SEROZAN, s. 595

82 Aksi görüş için bkz. KÖKSAL ve AKİPEK, s. 96 Yazara göre kredi verenin sözleşmede öngörülen faizi alması doğaldır ancak diğer masrafları isteyemez. Ancak bu durumda tüketici, örneğin malı taksitle almış olsa idi, sözleşmeden döndüğünde olacak olduğu duruma göre daha kötü bir duruma sokulmuş olmak-tadır. Oysa, kredi verenin zarar görmesinin sebebi tüketicinin kusurlu ya da kusursuz her hangi bir davranışı değildir. Aksine, satıcının ayıpsız mal teslim etme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasıdır. Bu nedenle, kredi verenin tüketiciden her hangi bir talepte bulunması söz konusu olmaz, ancak satıcıya karşı, gördüğü zararların tazminini talep edebilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla tüke-tici yaptığı ödemelerin tamamını, faiz ve masraflar da dahil, geri isteyebilir. Krş. İNAL, s. 393

83 AKİPEK, s. 295; GEZDER, s. 191

imalatçı-üreticiye ve ithalatçıya yüklenmiştir. Tüketici, ayıp nedeniyle indirim hakkını kullanırsa, bu durumda kredi sözleşmesinin geri ödeme şartlarının da bu duruma uyarlanması gerekir.

Kanun'da yer alan ve satıcı sağlayıcı için getirilen zamanaşımına ilişkin hükümlerin, kredi veren açısından da geçerliliği yoktur. Kredi veren açısından sorumluluk süresi, malın teslimi veya hizmetin ifasından itibaren bir yıldır.

Kredi sözleşmesine konulacak olan ve kredi verenin ayıplı maldan dolayı sorumlu olmayacağını düzenleyen hükümler, emredici mahiyetteki bu madde nedeniyle, geçersiz olacaktır.

Esasen, tüketici taksitli satış yolu ile, yani bizzat satıcıdan kredi almak suretiyle sözleşme yapmış olsa idi kullanabileceği tüm hakları, araya bir üçüncü kişi girmesi ile kaybetmiş olmamalıdır. Eğer bu üçüncü kişi (kredi veren) ile satıcı-sağlayıcı arasında bir ekonomik çıkar ilişkisi varsa, sırf araya üçüncü bir kişi girmesi nedeniyle tüketici bazı haklarını kaybetmemelidir. Bu durumda tüketici, üçüncü kişi ile olan sözleşmesinden de, malın ayıplı çıkması ya da ifa etmeme nedeniyle dönebilmelidir. Dönmenin sonuçları, yukarıda ayıplı mal nedeniyle kredi verenin sorumluluğu ile ilgili kısımda açıkladığımız gibidir.

Kanun, sadece kredi veren ile yapılan sözleşmeden dönülmesi ya da sözleşmenin indirime göre ayarlanması olanağını sağlamakla kalmamış, doğrudan satıcı-sağlayıcı ile birlikte müteselsil sorumluluk getirmiştir.

3. MEVDUAT HESAPLARI

3.1. KREDİYE BAĞLI HESAP AÇMA

TKHK'nin 31. maddesinin 1. fıkrasına göre; ***"Belirli süreli kredi sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, tüketiciden bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilemez. Bu hesap, tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin ödenmesi ile kapanır."***

Birinci fıkrada, münhasıran belirli süreli kredi sözleşmesine ilişkin olarak bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, bu hesaptan herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bir mal veya hizmetin edinilmesine ilişkin sözleşmelerde, iki tarafın asli edimleri bulunmaktadır. Belirli süreli kredi sözleşmesinde, kredi veren, tüketiciye talep ettiği krediyi verecek, tüketici de kredi taksitlerini ödeyecektir.

Mevcut uygulamada, kredi veren tüketicinin asli edimini yerine getirebilmesi için imzalanan sözleşmeye istinaden tüketicinin adına bir hesap açmaktadır. Tüketici, kredi verene borcunu bu hesap vasıtasıyla ödeyebilmektedir. Dolayısıyla, hesabın açılması tüketiciye ek bir hizmet değildir.

Bu nedenle, belirli süreli kredi sözleşmesine ilişkin olarak hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, bu hesaptan herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilmemesi gerekir. Kural olarak bu hesaplar, kredinin ödenmesi ile kapanacaktır. Ancak, tüketicinin açılan hesaptan kredi ödemesi ve kredi ile ilgili sigorta ve

benzeri ödemeler haricinde işlemler yapması ve bu hesabı kapatmaya yönelik talebi olmaması durumunda hesabın kapatılmasına gerek olmayacaktır[84].

TKHK'nin 31. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Tüketicinin açık talimatı olmaksızın, belirli süreli kredi sözleşmesi ile ilişkili bir kredili mevduat sözleşmesi yapılamaz."***

Kredi sözleşmeleri, içerik olarak son derece kapsamlı ve anlaşılması zor standart sözleşmelerdir. Bu nedenle, tüketici çoğunlukla imzaladığı sözleşmede belirtilen yükümlülüklerini bilmemektedir. Tüketici, belirli süreli kredi sözleşmesine istinaden, sadece taksitlerini ödeyeceğini, ödeyememesi durumunda da temerrüde düşeceğini düşünmektedir. Ancak, tüketicinin bilgisi dışında, kredi veren tarafından tüketici adına kredili mevduat hesabı da açılmaktadır. Tüketici, taksitini ödemediği veya eksik ödediği takdirde, tüketicinin haberi olmaksızın, akdi faiz oranı daha yüksek olan kredili mevduat hesabından tüketicinin ödememiş olduğu miktar karşılanmaktadır. Bu durum da, tüketicinin ekonomik çıkarlarını zedeleyebilmektedir. Bu nedenle, ikinci fıkrada belirli süreli kredi sözleşmesi ile ilişkili bir kredili mevduat sözleşmesi imzalanmadan önce tüketiciden açık talimat alınması hüküm altına alınmıştır[85].

Kredili mevduat hesapları da, hesap sahibine, aynı kredi kartlarında olduğu gibi, dönerli kredi olanağı sağlamaktadır. 22(1). maddede düzenlenen tüketici kredisinden farklı olarak, kredi kartları gibi, kredili mevduat hesapları da belirli bir süre sonra geri ödenmek suretiyle sona ermemekte, belirli bir limit dahilinde sürekli olarak kullanılabilmektedir. Kredili mevduat ile, bir bankada sürekli olarak cari hesabı bulunan bir kişiye, ihtiyacı olduğunda ve talebi halinde, mevduatının üzerinde belirli bir limite kadar, banka kredisi kullanma imkanı sağlanmaktadır. Bu yöntem de kredi kullanan açısından bir serbestlik taşımaktadır. Kredili mevduat sahibi, bankanın tanıdığı kredi imkanını kullanıp, kullandığını yerine iade ettiğinde, aynı sistem devam etmektedir[86]. Bu suretle kullandırılan krediler, eğer, ticari ve mesleki olmayan bir hesap üzerinden kullandırılıyorsa, bunlarda TKHK'nin 2. maddesi anlamında tüketici işlemidir ve TKHK kapsamında bir tüketici kredisi olarak kabul edilecektir. Bunlar daha çok, kredi kartı ile kullanılan kredilere benzese de, 22(2). madde gereğince, kredi kartları da tüketici kredisi hükümlerine tabi olduğundan, kredili mevduat hesapları da tüketici kredisidir ve madde 22 vd. hükümlere tabidir[87].

3.2. KREDİLİ MEVDUAT HESABI

Kredili mevduat hesapları da belirsiz süreli tüketici kredisi olarak kabul edilmektedir. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliğinin Nakit Avans Kredisi başlıklı 20. Maddesine göre; ***"– (1) Belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edilen kredi kartı veya kredili mevduat hesabı sözleşmesine dayanılarak nakit kullanılan tutarın taksitler halinde geri ödenmesine imkan veren nakdi krediler, taksitli nakit avans kredisi olarak kabul edilir.***

84 Madde gerekçesinden

85 Madde gerekçesinden

86 İNAL, s. 286

87 Krş. İNAL, s. 288

(2) Taksitli nakit avans kredisinin tüketici tarafından kullanılmasından önce kredinin toplam tutarı, taksit tutarları ve taksit sayısı ile akdi faiz oranı bilgisinin tüketiciye bildirilmesi zorunludur.

(3) Taksitli nakit avans kredilerinde taksit tutarı, kredinin kullanıldığı tarih ile son ödeme tarihi arasında geçen gün sayısı dikkate alınarak hesaplanacak olan akdi faize göre belirlenir.

(4) Kredilerin geri ödenmesinde gecikme olması durumunda, gecikme faizi son ödeme tarihinden başlamak üzere hesaplanır.

(5) Kredilerde, kredi veren tarafından anapara ve faiz ayrı olarak izlenir. Geri ödemede gecikme olması durumunda sadece anapara üzerinden gecikme faizi uygulanır.

(6) Kredi kullanan tüketicilerin hesap kesim tarihleri kredi borcu tamamlanıncaya kadar değiştirilemez. Ancak zorunlu nedenlerle hesap kesim tarihinin değiştirilmesi durumunda Ek-4'te yer alan hususlar esas alınır."

Böylece hem kredi kartlarında hem de kredili mevduat hesaplarında kullanılan tüketici kredilerinin faiz ve gecikme faizinin hesaplanma yöntemleri düzene bağlanmıştır.

3.3. LİMİTİ AŞILABİLİR MEVDUAT HESABI

Bazı mevdut hesaplarında limit aşımına izin verilmek suretiyle de kredi kullandırılmaktadır. Bu tip mevduat hesapları kredili mevduat hesapları gibidir. Tükletici Kredisi Yönetmeliği 21. Maddesinde bu tür tüketici kredilerine ilişkin özel hükümler düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre;

– (1) Limit aşımına izin verilen bir mevduat hesabı açılmasına ilişkin sözleşmenin tüketiciyle kurulması durumunda, bu sözleşmede akdi faiz oranı, bu oranın uygulanmasına ilişkin şartlar hakkında bilgiler de yer alır. Kredi verenin, her halükarda bu bilgileri yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile aylık dönemler halinde tüketiciye vermesi zorunludur.

(2) Bir ayı aşan dönemde önemli bir limit aşımı olması halinde kredi veren, tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile derhal aşağıdaki hususlarda bilgi verir:

a) Limit aşımının yapıldığına ilişkin bilgi.

b) Kullanılan tutar.

c) Akdi faiz oranı.

ç) Geciken tutara uygulanacak faiz.

(3) Kredi veren, limit aşımı süresinin bir aydan uzun olması durumunda tüketiciye başka türde bir kredi sözleşmesi de teklif edebilir."

4. KREDİ KARTLARI

4.1. KREDİ KARTI SİSTEMİNİN İŞLEYİŞİ

4.1.1. Genel Olarak

Kredi kartı, kişilerin mal ve hizmet satın alırken, peşin para ödemesi yerine geliştirilmiş bir ödeme sistemi olarak ortaya çıkmıştır ve en önemli özelliği nakit taşıma riskini bertaraf etmesidir. İlk kez 19. yüzyıl sonlarında Amerika Birleşik Devletleri'nde kullanılmıştır. Önce, çok sınırlı bir bölge ve

yine sınırlı iş kolunda başlamış olmasına karşın, hızla yayılmış ve 1950 yıllarında artık neredeyse her alanı kaplamıştır. 1970 yılından sonra Avrupa'da, 1980 yıllarından sonra da ülkemizde de yayılmaya başlamıştır. Bugün ulaştığı noktada, artık hemen hemen herkes en az bir kredi kartına sahip hale gelmiştir[88].

Kredi kartları başlangıçta, çeşitli mağazaların müşterilerine uyguladığı bir kolaylık şeklinde ortaya çıkmıştır. Mağaza, kart sahibi olan müşterisinden, alışveriş yaptığında derhal ödeme istememekte, daha sonra, sözleşme ile kararlaştırılan zamanda, ya toptan ya da taksitle ödeme yapmasını sağlamaktadır. Daha sonra, müşterilerin ödememe riskini üstüne alan bağımsız şirketlerin kurulması ile, bugünkü anlamda kredi kartı çıkaran kuruluşlar ortaya çıkmış oldu. Böylece, kredi kartını çıkaran kuruluş ile, kredi kartını kabul ederek kredi kartı hamiline mal veren kuruluşlar ayrılmış oldu. Bugün, visa ve mastercard gibi ünlü kart firmaları, lisans vermek suretiyle, çeşitli yerel kuruluşlara kendi kartlarını çıkarma olanağı tanımaktadırlar. Böylece, kredi kartı sistemleri yaygınlaşırken, ilişkiler de karmaşıklaşmaktadır.

Kredi kartı almak isteyen kişiler, kredi kartı çıkaran kuruluşa başvururlar ve bu başvuru üzerine yapılan inceleme sonucunda kişiye, belirli limiti olan bir kredi kartı verilir. Kredi kartı hamili, bu kartla, kredi kartı sistemine dahil olan, yani kredi kartını çıkaran kuruluşla, kredi kartını kabul etme konusunda bir üye işyeri anlaşması yapmış olan işyerlerine giderek, nakit ödemek zorunda kalmadan, limiti dahilinde alışveriş yapma olanağına kavuşur. Üye iş yeri ise, kredi kartı hamilinin kimliğini kontrol ederek, kartın geçerli bir kart olduğunu ve hamilin de bu kartla alışveriş yapmaya yetkili kişi olduğunu tespit ederek, hamile nakit ödeme yapmadan alışveriş olanağı tanır. Şimdilerde, teknolojinin ilerlemesi ile, artık kart hamilinin kimliğini kontrol etme gereği dahi kalmamıştır, kart hamili bir pin kodu girerek alışverişini onaylamaktadır. Alışveriş sonunda, kart hamilinin, kartı elektronik aletlerden geçirilerek (POS Makinesi) bir harcama belgesi düzenlenir. Bu harcama belgesi, hamil tarafından imzalanır, pin kodu ile yapılan işlemlerde imza gerekmemektedir. Harcama belgesi ile üye işyeri, kartı çıkaran kuruluşa başvurarak ödemesini alır. Kartı çıkaran kuruluş da, aynı belgedeki bilgileri, hamile göndererek, ödeme gününde hamilin bu miktarı ödemesini talep eder.

Kredi kartının genel işleyiş şekli bu şekilde olmakla birlikte, günümüzde hemen hemen tüm kredi kartlarının hamile aynı zamanda, taksitle alışveriş ve/veya nakit çekme suretiyle kredi kullanma olanağı da tanıması söz konusudur. Böylece, taksitle alışveriş ve nakit çekme suretiyle kart hamili, kredi kartını çıkaran kuruluştan kredi kullanmış olurlar.

88 CEYLAN, Ebru; Türk İsviçre ve Avrupa Birliği Hukukunda Kredi Kartını Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu; Beta, 2010 İstanbul s.6 vd. DOĞANAY, İsmail; Banka Kredi Kartlarının Hukuki Mahiyeti; Yaklaşım, Yıl 4, Sayı 41, Mayıs 1996, s. 55. "Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu Tasarısı" na göre Kredi Kartı şu şekilde tanımlanmıştır: "Banka veya kartlı sistem kurma veya çıkarma yetkisi ile kurulmuş şirketlerin kendi kurdukları sistem çerçevesinde veya yurt içinde ya da yurt dışında kartlı sistem kurma veya çıkarma amacı ile kurulmuş şirketlerle yaptıkları anlaşmalara istinaden, mülkiyeti kendilerine ait olmak üzere çıkardıkları, nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet temini ile her türlü ödemeleri yapma ve ayrıca doğrudan doğruya ya da elektronik işlem cihazlarıyla nakit çekme olanağı sağlayan kart"tır. EKİNCİ, Mustafa; Ceza Hukuku Uygulamasında Banka ve Kredi Kartları; Adalet Yayınevi, An-kara, 2002, s. 14

Bu nedenle, kredi kartları da, TKHK'nin 22. maddesinin (2). fıkrasına göre belirli şartlarla tüketici kredisi sayılır. Kredi Kartları ayrıca ve özel olarak 5464 sayılı Kanun'la (BKKKK) düzenlenmiştir[89]. BKKKK'nin 26. maddesinin son bendi hükmünün tersinden gidilecek olursa, TKHK'nin ilgili hükümlerinin uygulanmaya devam edileceği açıkça anlaşılmaktadır. Ancak, bu hükümlerden özel olarak BKKKK'de de düzenlenenler varsa, özel kanun olarak, bu Kanun'un uygulanması gerekmektedir. Bunlara aşağıda yeri geldikçe değinilecektir. Yeri gelmişken değinilmesi gerekir ise; Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik 31.12.2013 tarihinde 28868 sayılı resmi gazete yayınlanmış, Yönetmeliğin 26. maddesine 7. fıkra eklenmiştir. İlgili fıkra Söz konusu 7. fıkraya göre;

"(7) Mal veya hizmet alımı sonrası belli bir ücret karşılığı borcun taksitlendirilmesi veya ödemenin ertelendiği dönemler de dahil olmak üzere, kredi kartları ile gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımları ile nakit çekimlerinde taksitlendirme süresi dokuz ayı geçemez. Kredi kartlarıyla gerçekleştirilecek telekomünikasyon ve kuyumla ilgili harcamalar ile yemek, gıda ve akaryakıt alımlarında taksit uygulanamaz."

Aynı hüküm 25.11.2015 tarihli ve 29543 sayılı Resmi Gazete ile tekrar değiştirilmiş, ayrıca buna ek olarak 8. fıkra eklenmiştir:

"(7) Mal veya hizmet alımı sonrası belli bir ücret karşılığı borcun taksitlendirilmesi veya ödemenin ertelendiği dönemler de dâhil olmak üzere, kredi kartları ile gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımları ile nakit çekimlerinde taksitlendirme süresi dokuz ayı geçemez. Kuyumla ilgili harcamalarda bu süre dört ay, beyaz eşya ve mobilya ile eğitim ve öğrenim ücretine ilişkin harcamalarda ise bu süre on iki ay olarak uygulanır. Kredi kartlarıyla gerçekleştirilecek telekomünikasyonla ilgili harcamalarda ve yemek, gıda, akaryakıt ile hediye kart, hediye çeki ve benzeri şekillerde herhangi somut bir mal veya hizmeti içermeyen ürünlerin alımlarında taksit uygulanamaz.

(8) Kurumsal kredi kartları ile, mal veya hizmet alımı sonrası belli bir ücret karşılığı borcun taksitlendirilmesi veya ödemenin ertelendiği dönemler de dâhil olmak üzere gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımları ile nakit çekimlerinde taksitlendirme süresi dokuz ayı geçemez. Bu süre, beyaz eşya ve mobilya ile eğitim ve öğrenim ücretine ilişkin harcamalarda on iki ay olarak uygulanır. "

TKHK, kredi kartları hakkında iki hüküm içermektedir. Birincisi 22. maddenin 2. fıkrasına göre; ***"Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir. Ancak bu durumda uygulanacak faiz oranı kredi kartı sözleşmesi uyarınca belirlenen orandan fazla olamaz." İkincisi ise, 31. maddenin 3. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre; "Kart çıkaran kuruluşlar, tüketicilere yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmak zorundadır."***

Bu şekilde işleyen kredi kartı sistemi, tüm taraflar için çeşitli yararlar sağlamaktadır. Öncelikle, kart hamili, nakit taşımanın sakıncalarından kurtularak, üzerinde para olmasa da alışveriş yapma

89 KANUN NO: 5464 BANKA KARTLARI VE KREDİ KARTLARI KANUNU Kabul Tarihi: 23 Şubat 2006 Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 1 Mart 2006 - Sayı: 26095

olanağına kavuşmaktadır. Ayrıca, kredi kartı ödemelerini yaklaşık bir ay sonra yaptığından, faizsiz bir krediden de yararlanmaktadır. Aynı şekilde, kredi kartı sistemine giren ticari işletmeler, bu sayede yeni ve devamlı müşteri sahibi olmanın yanı sıra, kredi kartı kurumunun ödeme güvencesi altında, iş hacmini artırma fırsatı da bulmaktadırlar. Müşterilerine kredili satış yaptığı takdirde borcun ödenmeme riskini taşıyan bu işletmeler, kredi kartı sistemi aracılığıyla bir banka veya finans kurumunun ödeme garantisine kavuşmuş olmaktadırlar. Sistemi organize eden ve işyerlerine ödeme yapan kredi kartı kurumu ise, bu hizmet karşılığında kart hamilinden yıllık aidat (kart yenileme bedeli) ve üye işyerlerinden de komisyon almak suretiyle gelir elde etmektedir[90]. Eğer, kart hamili tarafından yapılacak ödemelerin taksitlere bölünmesi kabul edilmiş ise veya nakit çekme olanağı verilmiş ise, ayrıca, faiz ve nakit çekme ücreti gibi gelirleri de olmaktadır.

4.1.2. İşleyiş Şekilleri

Kredi kartı sistemleri üç farklı şekilde olabilmektedir. Birincisi, iki taraflı sistemdir, kart hamiline taksitli ödeme olanağı verilen hallerde, daha çok taksitli satışa benzemektedir. Bu sistemde, kartı çıkaran kuruluşun müşterilerine kredi kartı vererek, onlara kendine ait işyerlerinde nakit ödemeksizin alışveriş olanağı sunması halinde iki taraflı sistem söz konusu olur[91].

Üç taraflı sistem de ise, kart hamili ve mal veya hizmet sunan ticari işletmenin yanı sıra, sistemin organizasyonunu sağlayan kartı çıkaran bir kurum vardır. Burada, kartı çıkaran kurum, müşteri tarafından kredi kartıyla yapılan alışveriş bedellerini işyerine ödemeyi taahhüt ederek, iki taraflı sistemdeki ödenmeme rizikosunu üzerine almaktadır. Kart hamili ise, kart aracılığıyla yaptığı harcama tutarlarını, sözleşmede öngörülen şekilde kartı çıkaran kuruma ödemekle yükümlüdür. Üç taraflı sistemde kartı çıkaran kurum, bir yandan mal veya hizmet sunan ticari işletmelerle üyelik sözleşmesi imzalayarak, onların kredi kartıyla yapılacak harcamalarda nakit ödeme talebinden vazgeçmelerini sağlamakta, öte yandan, kredi kartı sözleşmesi imzaladığı kişilere kart vermek suretiyle nakit ödemeksizin alışveriş imkanı sunmaktadır[92].

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, üç taraflı sistem bazen, dört hatta beş taraflı hale gelebilmektedir. Belirli bir ülkedeki kredi kartı sistemini kuran bir kredi kartı kurumu, başka ülkelerdeki banka veya finans kurumlarına lisans vermekte, böylece onun tarafından çıkarılıp geliştirilen bir kartı, lisans alan da kendi ülkesinde çıkarma hakkına sahip olmaktadır. Bu şekilde, aynı kartın lisansı birden fazla lisans alana verilebilmektedir. Böylece, kredi kartını çıkaran kuruluşun sistemine birden fazla finans kuruluşu katılabilir. Katılan bu finans kuruluşlarının kartları, sisteme dahil olan tüm üye işyerlerinde geçerli olur. Bu finans kuruluşları kendileri de sisteme yeni işyerleri katarlar. Üye işyerinden alışveriş yapan hamilin kartını hangi finans kurumu çıkarmış olursa olsun, üye

90 ÇEKER, Mustafa; Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara, 1997, s. 2

91 CEYLAN; s.23 vd. ÇEKER, s. 7; İNAL, s. 292, 294-295; AKİPEK, s. 190; YILMAZ, Eyüp, Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması ve Ekonomik Etkileri; İstanbul, 2000, s. 17 vd.

92 ÇEKER, s. 8, 9; İNAL, s. 291, 295; AKİPEK, s. 191

işyeri ile anlaşması olan finans kuruluşu, aynı kartların kullanılmasından doğan tüm harcama belgelerinin karşılığını üye iş yerine ödemek zorundadır. Yani, finans kurumu kendi çıkarmadığı kredi kartları ile yapılan ödemeleri de yapacaktır. Bunun sonucu olarak da kartı çıkaran kurum, kart hamiliyle arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığı için, üye işyerine ödediği harcama tutarını kart hamilinden tahsil olanağına sahip değildir. Harcama tutarını ödeyen kurumun yapacağı iş, ödediği meblağı, kart hamiline kredi kartını veren kurumdan tahsil etmektedir. Bu ödemenin yapılmasından sonra, kartı çıkaran kurum, müşterisine hesap belgesi göndererek alacağını talep edecektir[93].

Karma sistem de denilen üçüncü sistemde ise, kredi kartını çıkaran kuruluş, hem kendi kredi kartı verdiği hamillerin kendi mağazalarında alışveriş yapmasını sağlamakta, hem de kendisine ait olmayan başka işyerlerinde de aynı kartla alış veriş yapılması olanağı sağlamaktadır. Yani bu sistem, hem iki taraflı hem de üç taraflı sistemin özelliklerini göstermektedir.

4.1.3. Kredi Kartına Tüketici Kredisi Hükümlerinin Uygulanması

TKHK, kredi kartları hakkında tüketici kredilerine ilişkin hükümlerin uygulanmasını kabul etmiştir. TKHK'nin 22. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir. Ancak bu durumda uygulanacak faiz oranı kredi kartı sözleşmesi uyarınca belirlenen orandan fazla olamaz."***

İkinci fıkrada, kredi kartlarına ilişkin sözleşmelerin, ödemenin üç aydan daha uzun süre faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ertelenmesi veya taksitle ödeme imkânı sağlamaları halinde, tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Banka kartları kredilendirilmiş ise, bu madde hükümlerine tabi olacaktır. Aksi takdirde, banka kartı sadece ödeme aracı özelliğine sahiptir. Diğer ülke uygulamalarında "Debit Card" olarak adlandırılan ve sadece tüketicinin mevduat hesabındaki parasını kullanmasına imkân sağlayan banka kartları örnek olarak verilebilir. Önemli olan, tüketicinin, vadesi gelmiş bir ödemesinin ileri bir tarihe ertelenmesi ve kredi kurumunun bundan bir menfaat sağlamasıdır. Bu tür bir ertelemenin baştan kararlaştırılmış olması mümkün olabileceği gibi, vadenin geldiği anda taraflarca kararlaştırılmış olması da, bu madde hükümlerine tabi olmak açısından yeterlidir[94].

TKHK'nin 22. maddesinin 2. fıkrasına göre; kredi kartı sözleşmeleri, ödemenin *"üç aydan daha uzun süre faiz veya belli bir menfaat karşılığında ertelenmesi"* ya da *"taksitle ödeme imkanı sağlanması"* halinde, tüketici kredisi olarak kabul edilecektir. TKHK'nin 24. maddesinin 2. fıkrası ile, cayma hakkı konusunda genel bir kural getirilmiştir. Buna göre; *"Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin* ***tüketici kredisi sözleşmesinden*** *cayma hakkına sahiptir."* 30. maddenin 3. fıkrasında, tüketicinin ilgili mal veya hizmet sözleşmesinden cayması halinde, 30. maddenin 4. fıkrasında ise, bağlı kredilerde ilgili malın ayıplı çıkması halinde dönme veya indirim

93 ÇEKER, 10; AKİPEK, s. 193-194

94 Madde gerekçesinden

hakkının kullanılması halinde, kredi verenin buna uygun davranması gerektiği düzenlenmektedir.

Mesafeli satışlarda, 48. maddenin 4. fıkrasına göre tüketicinin, herhangi bir gerekçe göstermeksizin, on dört gün içerisinde cayma hakkı bulunmaktadır. Mesafeli satış sözleşmesinde, satış konusu malın bedelinin kredi kartı ile ödenmiş olduğu durumda, esasen satıcı ile akdedilmiş sözleşmeden cayma durumu söz konusu olduğundan, tüketicinin cayma hakkını kullandıktan sonra, sözleşme konusu malın bedelini ödemeye devam etmeyeceği aşikardır.

Kredi kartı sözleşmeleri, 22(2). maddenin şartları varsa tüketici kredisi sayılır. Dolayısıyla, madde 22 vd. hükümlerine tabidir. Bu durumda tüketici, kredi kartı sözleşmesi yaparken, alacağı kredi kartının özellikleri 22(2). maddenin şartlarına sahipse, on dört gün içinde sözleşmeden dönebilir. Ancak bu kartı kabul edip, bu süre geçtikten sonra artık cayma hakkı yoktur.

Mesafeli sözleşme yapan kredi kartı hamili, mesafeli sözleşmeden cayması halinde, eğer kredi kartı sözleşmesinden sözleşme tarihinden itibaren on dört gün içinde caymamışsa, sırf mesafeli sözleşmeden caydığı için kredi kartı sözleşmesinden de cayması söz konusu değildir. Nitekim bu durumda, mesafeli sözleşme yapan satıcının, iade borcuna ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikte gösterilecektir. Burada, satıcının, aldığı bedel veya borçlandırıcı her türlü belgeyi iade etmesi gerekecektir. Bu arada satıcı, kredi kartından ödeme çekmiş ise, onu da iade etmesi gerekecektir. Bunun süresinin ne olacağı yönetmelikte gösterilecek olmakla birlikte, muhtemelen on gün olacaktır. Bu arada 14+10 günlük bir süre ile, para satıcıda kamış olacak. Bu nedenle, faiz oluşursa bunu kimin ödeyeceği gerçek anlamda bir sorun olacaktır. Bizim kanaatimize göre, tüketiciye hiçbir ceza vs. ödemeden cayma hakkı tanınmış olduğundan, tüketici böyle bir zarara katlanmak zorunda kalırsa, bunu da satıcıdan isteyecektir, yoksa bunun banka üzerinde bırakılması söz konusu olmayacaktır.

4.1.4. Ücretsiz Kredi Kartı Çıkarma Yükümlülüğü

TKHK'nin 31. maddesinin 3. fıkrasına göre; ***"Kart çıkaran kuruluşlar, tüketicilere yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmak zorundadır."***

Yapılan bu düzenleme ile, kart çıkaran kuruluşlar tarafından, tüketicilere, yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunulması zorunlu hale getirilmiştir. Günümüzde kredi kartları tüketicilerin kullandıkları önemli bir ödeme aracı olmuştur. Piyasada çeşitli özelliklere sahip, tüketicilere değişik imkânlar sağlayan kredi kartları bulunmaktadır.

Bu tür kredi kartı kullananlardan yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret alınmaktadır. 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 13. maddesinin ikinci fıkrası ve 24. maddesinin dördüncü fıkrası bankaların kredi kartlarından yıllık üyelik ücretleri almalarına imkân tanımakla birlikte, uygulamada bankaların düzenledikleri sözleşmelerde yıllık üyelik ücreti tutarını açıkça belirtmedikleri veya ilgili bölümü boş bıraktıkları görülmektedir. Bu durum, tüketici mağduriyetlerine sebep olmaktadır. Nitekim tüketici hakem heyetlerine ve tüketici mahkemelerine binlerce tüketicinin başvurduğu bilinmektedir. Bankaların bu uygulamasına yapılan itirazlar neticesinde, konuya ilişkin Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2/5/2008 tarihli ve E.:2008/4345, K.:2008/6088 sayılı Kararında üyelik ücretine ilişkin sözleşme şartı, haksız şart olarak değerlendirilmiş ve tüketiciden üyelik ücreti alınamayacağına hükmedilmiştir. Bu kararda, sözleşmenin

on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmemesi, bu sözleşme şartının tüketici aleyhine olması, anılan sözleşme şartının tüketiciyi kart kullanım ücreti adı altında bir külfete sokması, belirtilen sözleşme şartının tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığının ispat edilememesi ve sözleşmenin davacı banka tarafından standart olarak hazırlanıp, boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulması haksız şartın gerekçesi olarak açıklanmıştır.

Buradan hareketle, bankalar tarafından kredi kartı üyelik ücreti veya benzeri isimler altında alınan ücretler konusunda, tüketici mağduriyetinin bertaraf edilmesi amacıyla, kart çıkaran kuruluşların, tüketicilerden yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmaları zorunlu hale getirilmiştir[95].

Bizim kanaatimize göre, bankaların bir de ücretsiz kart çıkarmaları sorunu çözmeyecektir. Sorunun asıl kaynağı, kredi kartının ücretli olup olmamasından çok, ücret konusunda kredi kartı sözleşmelerinde açık ve net bir hükmün olmaması ya da olan hükümlerin de tek yanlı olarak bankalara yetkiler vermesidir. Bu konudaki sıkıntıları diğer hükümler çözmektedir. Mahkeme kararları da sorunun çözümünde destek vermiş durumdadır. Bankalar, diğer kartlar birçok avantaj sunarken, çıkaracakları ücretsiz kartların sunduğu avantajlar ya hiç olmayacak ya da çok az olacak şekilde çıkaracaklardır. Ancak, böyle bir seçenek sunulmasının zorunlu olması, kartların avantajlarıyla ilgilenmeyen birçok tüketici açısından yararlı olabilir.

4.2. HUKUKİ MAHİYETİ

Kredi kartlarının hukuki mahiyeti konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, banka kredi kartı ilişkisi, banka müşterisi ile, alışveriş yapılan mağaza veya işyeri sahibi arasında BK'nin 555-560. maddeleri hükümlerinde düzenlenmiş olan havaleden başka bir şey değildir. Kart hamili havale eden, banka havaleyi ödeyecek olan durumundadır. Banka kredi kartı hamil ile alım satım veya hizmet ilişkisine giren ve banka kredi kartı karşılığında ona mal ve hizmet veren mağaza sahibi de lehine havale yapılan kimse durumuna girer . Bir başka görüşe göre kredi kartı, en geniş anlamı ile malların tüketici tarafından o anda nakit para ödemeden alınmasını sağlayan bir nevi kimliktir[97]. Başka bir görüşe göre "Genel olarak, senet kavramı, "belirli bir düşünceyi açıklamak amacıyla yazılmış bir cisim" olarak tanımlanmaktadır. Kredi kartında, kurum, bu kartla yapılacak alışveriş bedellerinin kendisi tarafından ödeneceğini beyan etmektedir. Kredi kartının ihtiva ettiği bu irade açıklaması, onun senet niteliğinde olduğunu göstermektedir[98]. Sonuç olarak, kredi kartları, üye işyeri sözleşmesine göre ticari işletmenin yükümlü olduğu edimi talepte, kart hamilinin yetkili olduğunu belgeleyen ve sınırlı bir teşhis fonksiyonuna sahip, günlük hayatta kullanılan kartlar ve işaretlerden biri olarak kabul edilebilir[99].

95 Madde gerekçesinden

96 CEYLAN; s.30 vd; DOĞANAY (Kredi Kartı), s. 59

97 AKİPEK, s. 186

98 ÇEKER, s. 36

99 ÇEKER, s. 39

Kredi kartları, tedavül kabiliyeti olmadığı için kıymetli evrak değildir[100].

Kredi kartı çıkaran kurum, kredi kartını kullanacak kişilerle sözleşmeler yaparak, çıkardığı kredi kartlarının kullanılmasını sağlamak zorundadır. Bu amaçla kredi kartı hamilleri ile sözleşmeler yapar. Kredi kartı üyelik sözleşmesi denilen bu sözleşmeler, kredi kartı kurumunun diğer tarafa kartla nakit ödemeksizin alışveriş olanağı sağlamak ve kart hamilinin de bu işin görülmesinden doğan masrafları kuruma ödemekle yükümlü olduğu her iki tarafa borç yükleyen, sürekli nitelikli bir sözleşmedir[101]. Kredi kartı kurumunun temel yükümlülüğü açısından üyelik sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi niteliğine sahip olduğu, vekalet hükümlerinin uygulanması gerektiği tartışmasız olarak kabul edilmektedir[102].

Kredi kartlarının işe yarayabilmesi için, bazı işyerlerinde geçmesi gerekir. Bu amaçla kredi kartını çıkaran kurumlar, işyerleri ile sözleşmeler yaparak, kendileri tarafından çıkarılan kartları ödeme aracı olarak kabul etmelerini sağlarlar. Buna, üye iş yeri sözleşmesi denir. Üye işyeri sözleşmesini, ticari işletmenin kurum tarafından belirlenecek kişilerin yapacağı alışverişlerde nakit istemekten vazgeçip kredi kartını kabul etmek ve kredi kartı kurumunun ise, kart verdiği kişiler tarafından yapılacak alışveriş bedellerini ödemekle yükümlü olduğu, sürekli bir ilişki doğuran, tam iki taraflı bir sözleşme olarak tanımlamak mümkündür[103]. Üye işyeri sözleşmesini, kart hamili lehine düzenlenmiş tam üçüncü şahıs yararına bir sözleşme olarak nitelendirmek mümkündür. Üye işyeri sözleşmesinde mücerret borç vaadi niteliğinde bir ödeme taahhüdü altına giren kredi kartı kurumu, şartlar yerine geldiği takdirde üye işyerine ödeme yapmak zorundadır[104].

Kredi kartı, hak sahibi kişiye (yetkili hamile), belirli işyerlerinden nakit ödemeksizin mal satın alma ve sunulan hizmetlerden yararlanma olanağı sağlayan bir ödeme aracıdır. Bu nedenle üye iş yerinin, kart hamili ile yaptığı alışverişte, nakit ödeme talep etmemesi ve kartı ödeme aracı olarak kabul etmesi, üye işyerinin temel borcudur. Üye işyerinin kredi kartını ödeme aracı olarak kabul etmesi, ifa uğruna edim niteliği taşır[105].

---

100 DOĞANAY (Kredi Kartı), s. 59; ÇEKER, s. 38; TEOMAN, s. 187

101 ÇEKER, s.64, Bu sözleşme ile kredi kartını çıkaran kurumun temel borcunun kredi kartı sistemini genişletmek olduğu ileri sürülmüştür, bu görüşe, bunun bir borç olmadığı sadece bir ödev olduğu gerekçesi ile karşı çıkılmıştır. Çünkü hiç bir sözleşmede bu yönde bir yükümlülük olmadığı gibi, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin dava yolu ile talep edilmesi de mümkün değildir. Görüşü ileri süren TEOMAN, s.163-164; karşı çıkan görüş ÇEKER, s. 64

102 ÇEKER, s.69; İNAL, s.293; Bazı yazarlar ise hizmet sözleşmesi olarak görmektedir. TEOMAN, s. 168

103 ÇEKER, s. 49

104 ÇEKER, s. 56; İNAL, s. 295; TEOMAN, s. 121-122

105 "Bilindiği üzere, bir sözleşmede tarafların asıl edim yerine başka bir şeyin verilmesini kararlaştırmaları halinde ifa yerine edim (Leistung an Erfüllungsstatt), asıl edimin değil de, onun elde edilmesine yarayan başka bir şeyin ifasının kararlaştırılması halinde ise ifa uğruna edim söz konusu olur. İfa yerine edimde kararlaştırılan şeyin verilmesi ile birlikte borç sona ererken, ifa uğruna edimde borçlunun borcundan kurtulabilmesi, alacaklının verilen şey aracılığı ile asıl edimi elde etmiş olmasıyla mümkün olur. Kredi kartı uygulanmasına bakıldığında, kart hamilinin üye işyerine borçlandığı alışveriş bedelini kredi kartını ibraz ve harcama belgesini imzalamak suretiyle borcunu yerine getirmesi ifa uğruna edim olarak kabul edilmelidir. Çünkü, kredi kartının ibrazıyla üye işyerinin alacağı tahsil ettiğini söylemek mümkün olmadığından, kart hamilinin borcu, ancak harcama belgesi tutarlarının kurum tarafından üye işyerine ödenmesi üzerine sona erer." ÇEKER, s. 16; TEOMAN, s.121

Üye iş yeri kartı ödeme aracı olarak kabul ettiğinde bir belge düzenler ve bunu kart sahibine imzalatır ya da pin kodu ile kartın sahibine ait olduğunu doğrulatır. Harcama belgesi denilen bu belgenin ispat vasıtası olduğu kabul edilmektedir. Bu belge, bir yandan, üye iş yerinin, kredi kartını çıkaran kuruma karşı, harcama yapıldığını ispatlayarak ödeme talep etmesi için, öte yandan da kredi kartını çıkaran kurumun, kart hamilinden ödeme talep etmesi için harcamanın yapıldığını gösteren bir ispat vasıtası olarak kullanılmaktadır[106].

4.3. KREDİ KARTININ KREDİ NİTELİĞİ

Kredi kartlarının kredi niteliği ve dolayısıyla da tüketici kredisi olma niteliği bir çok yazarca reddedilmiş olsa da hem TKHK hem de BKKKK, kredi kartlarının kredi niteliğini ve tüketici kredisi niteliğini kabul etmiş bulunmaktadır. BKKKK kredi kartlarını şu şekilde tanımlamıştır: ***e) Kredi kartı: Nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasını, ifade eder.*** Nakit çekme olanağı ve taksitle ödeme olanakları kredi kullanma olanağı anlamına gelmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi TKHK'nin 22. maddesinin (2). fıkrasında kredi kartları belirli şartlarla tüketici kredisi olarak kabul edilmiştir. Yargıtay da muhtelif kararlarında bu görüşe katıldığını göstermiştir:

"Borçlunun hamili bulunduğu kartın bankadan mevcut mevduatı çekme işleminin yanısıra kredi çekme işlevini birlikte gördüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda işbu kart 4077 Sayılı Kanunun 4822 Sayılı Kanunla değişik 10/a maddesi kapsamında bulunduğundan borçlunun 4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 Sayılı Kanunun geçici 1. maddesinde yararlanabilecek konumda bulunduğundan mahkemece şikayetin incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar vermesi gerekirken bu kanundan faydalanamayacağından bahisle yazılı şekilde istemin reddi yönünde hüküm kurulması isabetsizdir."[107]

Bize göre, tüketici kredisi bir üst kavramdır. Bu kavramın içine sadece banka ve finans kuruluşları tarafından sağlanan krediler değil, taksitli satışlar yolu ile satıcı tarafından sağlanan krediler

106 TEOMAN, s.247; ÇEKER, s. 44-47

107 YARGITAY 12. HD. 1.3.2005-E. 326/K. 4001; YARGITAY 19. HD. 14.2.2005-E. 7287/K. /1190

KARAR: Dava konusu uyuşmazlık, banka kredi kartı borcundan kaynaklanmaktadır. Karar düzeltme aşamasında yürürlüğe giren 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna 4822 Sayılı Kanunla eklenen 10/A maddesinde, kredi kartı ile mal ve hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekim suretiyle kullanılan kredilerin tüketici kredisi hükümlerine tabi olduğu, aynı ya-sayla değişik 23. maddede ise; bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara Tüketici Mahkemelerinde bakılacağı hükme bağlanmıştır.

Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınması gerekir. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan görev konusunda taraflar için müktesep hak doğmaz. Bu nedenle sonradan çıkan bir kanunla kabul edilen görev kuralı geçmişe etkili bir biçimde uygulanır ve davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme yeni bir kanunla görevsiz hale gelmişse görevsizlik kararı verilmesi zorunludur. Bu durumda 4077 Sayılı Yasaya 4822 Sayılı Yasa ile eklenen 10/A ve aynı Yasa ile değişik 23. maddesi gereğince davaya bakmakla Tüketici Mahkemesi görevli olduğundan mahkemenin görevsiz olması nedeniyle davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile hükmün açıklanan bu gerekçeyle bozulması gerekmiştir.

de girmektedir. Bunun dışında, bir üst kavram olarak tüketici kredisinin kapsamını, TKHK'nin 2. maddesi belirlemektedir. Kanun'un eski veya yeni haline göre, taraflarından birisini tüketicinin oluşturduğu hukuki işlemler ya da tüketici işlemleri bu kanun kapsamına girmektedir. Bu durumda, taraflardan birisinin mesleki veya ticari olmayan amaçlarla kredi kullandığı, diğer tarafın ise, kredi vermeyi kendisine iş edinen (kredi veren) veya satıcı veya sağlayıcı olduğu her türlü sözleşme tüketici kredisi sözleşmesidir. Esasen bu yaklaşım, AB Konsey Yönergesi ile de uygundur.

Bilindiği üzere, Kanun'un 22. maddesinin 1. fıkrasında tüketici kredileri genel olarak tanımlanmıştır. 22. maddenin 2. fıkrası uyarınca belirli şartları haiz kredi kartları da tüketici kredisi sayılacaktır. Kanun hükümleri incelendiğinde belirli süreli tüketici kredilerine özel bazı düzenlemeler olduğu bu düzenlemelerin belirsiz süreli tüketici kredileri için geçerli olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda hangi kredi sözleşmelerinin belirli süreli hangilerinin ise belirsiz süreli olduğunun tespiti gerekir. 28. madde açıkça belirli süreli tüketici kredilerine uygulanacaktır. Belirsiz süreli tüketici kredilerine ise uygulanmayacaktır. Kanunda ve gerekçede belirli süreli veya belirsiz süreli kredilerin tanımı bulunmamaktadır. Ancak çeşitli hükümlerden belirli süreli kredilerin özelliklerini anlama olanağımız bulunmaktadır. Örneğin 25. maddenin 1. fıkrasına göre belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranı sabit olarak belirlenir. Sözleşmenin kurulduğu tarihte belirlenen bu oran tüketici aleyhine değiştirilemez. Hükmün gerekçesi de incelendiğinde belirli süreli kredilerin başlangıç ve bitiş tarihlerinin belli olması belirleyici bir özellik değildir. Asıl belirleyici özellik tüketicinin kullanacağı kredinin miktarı ve geri ödeme süresinin sözleşme yapıldığı sırada belli olmasıdır. Bu durumda kredi veren tüm risklerini hesaplayarak alması gereken faiz vb. masrafları önceden hesaplayıp ödemeyi kesin bir şekilde tespit etme olanağına sahiptir. Bu nedenle sonradan faiz miktarını veya ödeme miktarlarını değiştirme hakkına sahip değildir. Bu durumda kredi kartları, 22(2) maddeye göre tüketici kredisi sayılmışsa da sözleşme yapıldığı sırada kredi veren tüketicinin kullanacağı kredi miktarını tam olarak bilememekte, (o nedenle bir limit tahsis etmekte; ancak tahsis edilen limit kredi miktarı değildir, kullanılan kısmı kredi miktarı olacaktır) bu nedenle de geri ödeme süresi de tam olarak hesaplanamamaktadır. Bu belirsizlikler nedeniyle kredi kartlarında belirli şartlara uymak kaydıyla kredi veren sözleşme yapıldıktan sonra faiz değişikliği yapma hakkına sahiptir. Her ne kadar kredi kartı sözleşmeleri belirli süreli olarak yapılmış olsa bile genellikle otomatik olarak uzatılmaktadır. Kredi kartı sözleşmesi belirli süreli olarak yapılsa bile yukarıda belirttiğimiz kullanılacak kredi miktarının ve geri ödeme süresinin belirli olmaması nedeniyle kredi kartlarının belirli süreli tüketici kredisi olarak kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Bu açıklamalardan sonra 28. maddenin açıkça belirli süreli tüketici kredilerine uygulanacağını düzenlediğine göre kredi kartlarına uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu durumda kredi kartlarında temerrüt konusunda yeni bir düzenleme getirilmediğinin kabul edilmesi, eskiden BKKKK'nin 8. madde hükümleri nasıl uygulanıyor idiyse aynı şekilde uygulanmaya devam edilmesi gerektiği, düşünülmektedir.

Dolayısıyla, kredi kartı ile yapılan işlemlerin bir kısmının taksitli alışveriş olması bir kısmının taksitsiz alışveriş olması ya da nakit kullanım olması vs. gibi durumlar, kredi kartı geri ödeme sistemini değiştirmemektedir. Tüketiciye her ay bu toplamlar üzerinden asgari ödeme miktarı gönde-

rilmekte sadece bunu öder geri kalanını ödemez ise kalan miktar faizlendirilmektedir. Eğer asgari tutar ödenmemişse temerrüt faizi işletilmektedir. (Burada belki belirtilmesi gereken temerrüt faizi işletilirken faize faiz işletme yasağının burada da geçerli olacağıdır.) Ödemelerin üç ay yapılmaması halinde ise geri kalan borcun tamamının geri istenmesi (taksit vs varsa da onların da) ve kartın da iptal edilmesi gerekmektedir.

BKKKK'nin 26. maddesinin son fıkrası ve özellikle "Yetkili mahkeme ve merciler" başlıklı 44. maddesi hükmü, kredi kartları ile kullanılan kredilerin tüketici kredisi sayılacağını açıkça kabul etmiş olmaktadır. Buna göre: ***"Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda kart hamilinin tüketici olması halinde, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 22 nci ve 23 üncü maddesi hükümleri uygulanır.***

Kart çıkaran kuruluşlar tarafından kart hamilleri aleyhine açılacak davalarda 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun görev ve yetkiye ilişkin hükümleri uygulanır."

6502 sayılı Kanun'un 86. maddesine göre 4077 sayılı Kanun'a yapılan atıflar bu kanuna yapılmış sayılır. Dolayısıyla bu atıflar 6502 sayılı Kanun'un Tüketici Hakem Heyeti başlıklı 66. maddesi ile Tüketici Mahkemeleri başlıklı 73. maddelerine yapılmış sayılacaktır.

4.4. TARAFLAR VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

4.4.1. Genel Olarak

Banka kartları ve kredi kartlarının çıkarılmasına, kullanımına, takas ve mahsup işlemlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek suretiyle kartlı ödemeler sisteminin etkin çalışmasını sağlamak üzere 5464 sayılı BKKKK'yi çıkarılmıştır. Kartlı sistem kuran, kart çıkaran, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar ile üye işyerleri ve kart hamilleri bu Kanun hükümlerine tabidir.

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz ikili sisteme göre işleyen kartlar Kanun kapsamında değildir.

Bu Kanun'a göre kredi kartı ilişkisinde düzenleyici kurul olarak BDDK, kredi kartı işleyişinin tarafları olarak da kartlı sistem kuruluşu, kart çıkaran kuruluş, üye işyeri anlaşması yapan kuruluş, üye işyeri, kart hamili hatta kart hamiline kefil olacaklar ayrı ayrı düzenlenmişlerdir.

Burada şunu da belirtelim ki, kredi kartı sisteminin tarafı olanlardan bazılarının faaliyetleri izne tabi olup, izin alındıktan sonraki faaliyetleri de sürekli denetime tabidir. Kanun'un 4. maddesine göre, ***"Kartlı sistem kurma, kart çıkarma, üye işyerleri ile anlaşma yapma, bilgi alışverişi, takas ve mahsuplaşma faaliyetinde bulunmak isteyen kuruluşların Kuruldan izin almaları şarttır." Kanun'un 27. maddesine göre ise: "Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden faaliyet izni verilen kuruluşların, bu Kanun hükümleri çerçevesinde gerçekleştirdikleri faaliyetlerin denetim ve gözetimi Kurum tarafından sağlanır. Bu kuruluşlar, öncelikle iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemleri, muhasebe ve finansal raporlama birimi kurmak, finansal tablolara ilişkin bilgi ve belgeler başta olmak üzere her türlü kayıt, bilgi, belge, yapı ve sistemlerini denetime uygun ve hazır hale getirmek zorundadırlar.***

Kanun kapsamında yer alan kişi ve kuruluşlar, Kurulca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde gizli dahi olsa bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak her türlü bilgi ve belgeyi talep üzerine Kuruma tevdi etmekle yükümlüdür.

Denetim ve gözetime ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

Kanun, hem iznin hem de denetimin ayrıntılarını düzenlemiş; ayrıca bazı ikincil düzenlemeler yapılmasına da olanak tanımıştır. Bu hususlar kitabın kapsamı içinde kalmadığından detaylı olarak incelenmemiştir.

Kartlı sistem kuran, kart çıkaran, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar ve üye işyerleri bu Kanun ve ilgili düzenlemeler ile getirilen yükümlülüklerin yerine getirilmesinde gerekli basiret ve özeni göstermekle yükümlüdür. BKKKK'nin 33. maddesinde yer alan bu hüküm, TTK'da yer alan ve tacirlerin basiretli iş adamı gibi davranması yükümlülüğünü düzenleyen hükümleri ile aynı paraleldedir.

BKKKK'ye göre kartlı sistem kurma, kart çıkarma veya üye işyerleri ile anlaşma yapma yetkisi olanlar dışında, hiçbir gerçek veya tüzel kişi aslen veya fer'an meslek edinerek kartlı sistem kuramaz, kart çıkaramaz veya üye işyerleri ile anlaşma yapamaz, ticaret unvanları ve her türlü belgeleri ile ilan ve reklamlarında bu işlerle uğraştıkları izlenimini yaratacak hiçbir kelime veya tabiri kullanamazlar.

Kanunla getirilen düzenlemeler emredici mahiyette olup aykırı davranışlarla ilgili olarak bir yandan para cezaları ve izin iptalleri gibi yaptırımlar getirilmiş, diğer yandan da hapis cezaları düzenlenmiştir.

4.4.2. Kartlı Sistem Kuruluşu

BKKKK'nin 3. maddesinde ***"Kartlı sistem kuruluşu: Banka kartı veya kredi kartı sistemi kuran ve bu sisteme göre kart çıkarma veya üye işyeri anlaşması yapma yetkisi veren kuruluşları, ifade eder"*** şeklinde tanımlanmıştır. Bu kuruluşlar Visa, Master Card, BKM (TROY) gibi kendilerine ait bir sistem kuran ve bu sistemi bankalara kullandıran kuruluşlardır. Bunların tüketicilerle doğrudan ilişkisi olmayıp, arada pek çok başka taraflar bulunmaktadır.

Kartlı sistem kuruluşlarına Kanun'da getirilen tek yükümlülük izin alma ve denetime açık olmaktan ibaret görünmektedir. Diğer yükümlülükleri ile ilgili detaylı düzenleme yapılmamıştır. Kart çıkaran kuruluşlarla aralarındaki ilişkileri esasen lisans sözleşmeleri düzenleyecek, bu sözleşmeler ise sözleşme özgürlüğü çerçevesinde serbestçe yapılabilecektir.

4.4.3. Kart Çıkaran Kuruluş

4.4.3.1. Kredi Kartı Vermede Yükümlülükleri

BKKKK'nin 3. maddesinde ***"Kart çıkaran kuruluş: Banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisini haiz bankalar ile diğer kuruluşları,*** ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Bunlar kartlı sistem kuruluşu ile yaptıkları anlaşmalara dayanarak kredi kartı düzenlerler, düzenledikleri kartların üzerinde kartlı sistem kuruluşu ile kendi adları da bulunur.

Kart çıkaran kuruluşların yükümlülükleri detaylı olarak düzenlenmiştir. Bunların birçoğu aynı zamanda tüketicinin haklarını da koruyucu mahiyette düzenlemelerdir.

Kart çıkaran kuruluşlar, talepte bulunmayan veya sözleşme imzalamayan kişiler adına hiçbir şekil ve surette kart veremezler. Bu kuruluşlarca genel müdürlük veya şube haricinde kredi kartı

talebi toplanabilecek yerler Kurum'un uygun görüşü alınarak Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliği tarafından müştereken belirlenir. Kanun'un 8. maddesinde yer alan bu hüküm, tüketicinin korunması açısından önemlidir. Zira her banka, sözleşme imzalamadan tüketiciye kart göndermekte, tüketici de sanki bunları ödeyecek olan yine kendisi değilmiş gibi, her birini sonuna kadar kullanmakta ve sonra ödeme güçlüğüne düşmektedir. Bu olay o kadar yaygınlaşmaktadır ki, toplumsal bir sorun haline gelmekte ve hükümetler de buna müdahale etmek zorunda kalmaktadırlar. Örneğin, hem 4822 sayılı Kanun'un, hem de 5464 sayılı Kanun'un geçici maddeleri ile kredi kartları borçlarının yeniden yapılandırılmaya çalışılmasının altında yatan sebeplerden birisi de budur. Böylece, bu hüküm sayesinde kredi kartını sokaklarda, kaldırımlarda dahi pazarlamak mümkün olamayacaktır. Kredi kartının bu kadar kolay ulaşılabilir olması da tüketiciyi ödeme kapasitesinden fazla harcamaya iten sebepler arasındadır. Ayrıca 6502 sayılı TKHK'nin mesafeli satışlara ilişkin kuralları telefonla yapılan kredi kartı satışlarına da uygulanacaktır.

4.4.3.2. Kredi Kartını İptal Yükümlülüğü

BKKKK'nin 8. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Asgari tutarın son ödeme tarihini takip eden üç ay içinde ödenmemesi durumunda kart çıkaran kuruluşça kart hamiline yapılacak bildirimden itibaren bir aylık süre içerisinde bu tutarın ödenmemesi ya da banka kartı ile kredi kartı kullanımından dolayı adli cezaların uygulanması halinde, ilgili kart çıkaran kuruluşça kart hamiline verilen kredi kartları iptal edilir ve borcun tamamı ödeninceye kadar yeni kredi kartı düzenlenemez."***

Kredi kartı kullanan kişiler borçlarını düzenli olarak ödemedikleri özellikle ödeyememe durumunun süreklilik arz etmesi halinde kart çıkaran kuruluşun kart hamiline ihtar çekmesi ve halen ödenmemişse kartı iptal etmesi gerekmektedir. Böylece kart hamilinin kendisini daha fazla borçlandırması ve durumun içinden çıkılamaz derecede kötüleşmesi önlenmiş olacaktır.

4.4.3.3. Güvenlik Sistemi Kurma Yükümlülüğü

Kart çıkaran kuruluşlar, kartların düzenli ve güvenli kullanımı ile bildirim, talep, şikayet ve itirazlara ilişkin gerekli tedbirleri almaya yönelik sistemi kurmak ve kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlüdür.

Kart çıkaran kuruluşlar, kartın verilmesi anında kart hamilini yeteri derecede bilgilendirmek ve talep edilmesi halinde, gerçekleştirilmiş işlemlere ait kayıtları otuz günü geçmemek üzere işlemin mahiyetine uygun bir süre zarfında sağlamakla yükümlüdür. Yurt dışı işlemlerinde bu süre altmış gün olarak uygulanır.

Kart çıkaran kuruluşlar, kartların kullanılması bir kod numarası, şifre ya da kimliği belirleyici başka bir yöntemin kullanılmasını gerektiriyorsa, bu tür bilgilerin gizli kalması amacıyla gerekli önlemleri almak ve harcama ve alacak belgesinin müşteri nüshası üzerinde ve yazışmalarda kart numarasının açıkça yer almasını engellemekle yükümlüdür.

Kart çıkaran kuruluşlar, banka kartı ve kredi kartlarının asıl kart hamiline teslim edilmesini sağlayacak önlemleri almak, reşit olmayan ek kart hamilleri adına düzenlenen banka ve kredi kartlarının asıl kart hamillerine teslimini sağlamakla yükümlüdür.

4.4.3.4. Kredi Kartı Limiti Sınırlamalarına Uyma Yükümlülüğü

BKKKK'nin 9. maddesine göre; ***"Kart çıkaran kuruluşlar, kredi kartı almak isteyen kişilerin yasaklılık veya engel durumu, ekonomik ve sosyal durumu, aylık veya yıllık ortalama geliri, diğer kart çıkaran kuruluşlarca bu kişilere tahsis edilen kredi kartı limiti, bir model veya skorlama sistemi sonuçları, müşterini tanı ilkeleri ile 29 uncu madde çerçevesinde temin edilecek bilgileri dikkate alarak yapacakları değerlendirmeye istinaden kullanım limiti tespit etmek zorundadır. Kart çıkaran kuruluşlar kart limitlerini bu hüküm çerçevesinde güncelleyebilirler. Kart çıkaran kuruluşlar, kart hamilleri talep etmedikçe kart limitlerini artıramazlar. Kart hamillerinin harcamalarıyla kart limitlerini aşmaları halinde, aşılan miktara işlem tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süre için, akdi faizden başka herhangi bir ücret talep edilemez.***

Kart çıkaran kuruluş tarafından bir gerçek kişinin sahip olduğu tüm kredi kartları için tanınacak toplam kredi kartları limiti, ilk yıl için, ilgilinin aylık ortalama net gelirinin iki katını, ikinci yıl için ise, dört katını aşamaz. Bu fıkra uygulamasında bin Yeni Türk Lirasına kadar limitler hariç olmak üzere, aylık veya yıllık ortalama gelir düzeyi kart hamili tarafından beyan edilen ve ilgili kuruluşlarca teyit edilen gelirler üzerinden tespit edilir.

Kart hamilinin talebi üzerine üçüncü kişiler adına asıl karta bağlı ve asıl kart limitini aşmamak kaydı ile ek kredi kartı düzenlenebilir.

Kurul, ikinci fıkrada yer alan sınırlama da dahil olmak üzere, kart çıkaran kuruluşların genel ve bireysel risk sınır ve oranlarını belirlemeye yetkilidir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, tüketiciye ödeme kapasitesinden fazla kredi limiti tanınması ya da çok sayıda kartın limitlerinin toplamının ödeme kapasitesinin üstüne çıkması, tüketiciyi aşırı harcamaya itmekte ve tüketici zaman içinde borçlarını ödeyememektedir. Bu durum bir yandan sosyal sorunlar yaratırken, bir yandan da bankacılık sistemine büyük zararlar vermektedir. Yukarıdaki hükmün iyi işletilmesi halinde hem tüketicinin ödeme limitleri içinde harcama yapması sağlanacak hem de bankalar aşırı risk almamış olacaklardır.

Tüketicinin tespit edilen limitleri aşacak harcamalar yapmasının da önüne geçilmelidir. Bunun çözümü hiçbir şekilde aşılan kısımdan fahiş ücret, komisyon vs alınması değildir. Bankalar limit aşımı halinde herhangi bir ek gelir elde edemeyecekleri için limit aşımına olanak tanıyarak ek riskler almamayı tercih edeceklerdir. Bu husus iyi işlemediği takdirde kurulan sistem eskisinden farklı sonuçlar doğurmayacaktır. Limitlerin fiilen de uygulanması gerekmektedir.

4.4.3.5. Tüketicinin Sözleşmenin İşleyişi Hakkında Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü

Tüketicinin kartı çıkaran kuruluşça bilgilendirilmesi sorunlarının çözümlenmesi gerekmektedir.

BKKKK'nin 10. maddesine göre ***"Kurulca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde, kredi kartı hesap özeti düzenlenmesi, yazılı veya kart hamilinin talebi üzerine elektronik ortam veya başka etkin yollarla bildirilmesi zorunludur."***

BKKKK'nin 11. maddesine göre ***"Kart çıkaran kuruluşlar, kart ve ek kart hamillerinin kart kullanımıyla ilgili olarak yapacakları şikayet ve itiraz başvurularını, başvuru tarihinden itibaren yirmi gün içinde hamilin başvuru yöntemi kullanılarak ve gerekçeli bir şekilde cevaplandır-***

mak zorundadır. Kuruluşlar, kart ve ek kart hamillerinin şikayet ve itirazlarının ilgili birimlerine kolaylıkla ulaşmasını sağlayacak tedbirleri almakla yükümlüdür.

Kredi kartı ile yapılan işlemlere, son ödeme tarihinden itibaren on gün içinde, kart çıkaran kuruluşa başvurmak suretiyle itiraz edilebilir. Kredi kartı hamili, yapacağı başvuruda, hesap özetinin hangi unsurlarına itiraz ettiğini gerekçesiyle belirtmek zorundadır. Süresi içerisinde itiraz edilmeyen hesap özeti kesinleşir. Hesap özetinin kesinleşmesi genel hükümlere göre dava hakkını ortadan kaldırmaz."

4.4.3.6. Kartın Haksız Kullanımında Yükümlülükleri

BKKKK'nin 12. maddesine göre; ***"Kartın ya da 16 ncı maddede belirtilen bilgilerin kaybolması veya çalınması halinde kart hamili, yapacağı bildirimden önceki yirmidört saat içinde gerçekleşen hukuka aykırı kullanımdan doğan zararlardan yüzelli Yeni Türk Lirası ile sınırlı olmak üzere sorumludur. Hukuka aykırı kullanımın, hamilin ağır ihmaline veya kastına dayanması veya bildirimin yapılmaması hallerinde bu sınır uygulanmaz.***

Kart çıkaran kuruluş, yapılacak talep ve ilgili sigorta prim bedelinin ödenmesi koşulu ile kart hamilinin birinci fıkrada belirtilen yüzelli Yeni Türk Lirası tutarındaki sorumluluğunun sigortalanmasını sağlamakla yükümlüdür. Kartların sigortalanması ve sorumluluğun paylaşılmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

12. maddenin 1. fıkrası, bir yandan tüketiciyi erken bildirimde bulunmaya zorlamakta, bir yandan da erken bildirimde bulunan tüketicinin haksız kullanım nedeniyle uğrayabileceği zararları ortadan kaldırmaya çalışmaktadır. Tüketicinin zarar riskinin sigortalanması tüketicinin talebine bağlanmıştır. Ancak bankanın tüketiciden herhangi bir sigorta primi almadan bu sigortayı bir müşteri hizmeti olarak yapmasının önünün de kapatılmış olması anlamlı değildir.

Alman Federal Mahkemesi'nin 1991 tarihli bir kararı konuyu oldukça ilginç ve hakkaniyete uygun bir çözüm tarzına bağlamıştır. Karara konu olan olayda bir mağaza zinciri olan kredi kartı kurumunun genel işlem şartları uyarınca, kartın kaybı konusunda kurumun bilgilendirilmesi anına kadar müşteri rizikoyu taşıyacak; müşterinin ağır ihmali ve kastı söz konusu olan hallerde bildirimden sonra dahi müşteri sorumlu kalacaktır. Mahkemeye göre, bildirime kadar müşteriyi ancak kusuru varsa sorumlu tutmak mümkündür, bildirimden sonra ise ancak kasti bir davranış söz konusu ise sorumlu tutulabilir[108].

108 "2)...aa) Kart sahibine sınırsız şekilde rizikonun aktarılması, özellikle davalının (kredi kartı kurumu) kötüye kullanma rizikosunu yaratmış olması nedeniyle düşündürücüdür... Davalının, kredi kartı sistemini kurmak suretiyle kötüye kullanmaya önemli surette açık bir sistem yaratmış olması ve bu sistemin şekillendirilmesi konusunda müşterinin herhangi bir müdahalesinin söz konusu olmaması belirleyici olandır. ...bb) sorumluluk kozu aleyhine diğer bir gerekçe, kart sahibine aktarılan rizikonun boyutu hakkında, herhangi bir meblağ ile sınırlandırılmaması nedeniyle, müşterinin hiçbir fikir sahibi olamamasıdır. ...cc) Kötüye kullanma rizikosunun dağılımının ve buna bağlı olarak müşterinin içinde bulunduğu hukuki konumun uygun olup olmadığı tespit edilirken, istinaf mahkemesinin de vurguladığı gibi, davalının rizikoyu yansıtması ve rizikonun sigortalanması imkanı da dikkate alınmak gerekir. ...dd) Rizikonun müşteriye aktarılması nedeniyle ortaya çıkan olumsuz durum, kendisine başka menfaatlerin sunulması suretiyle bertaraf da edilmektedir. ...Müşte-

Öte yandan, kart hamili tarafından kuruma karşı yöneltilmiş geçerli bir ödeme talimatının olmadığı hallerde, kredi kartını çıkaran kurumun üye işyerine ödeme yapmama hakkına sahip olduğu tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Özellikle kart hamilinin işlem ehliyetinin olmadığı, taraflar arasında kurulan sözleşmenin ahlaka aykırı olduğu veya kredi kartının üçüncü bir kişi tarafından kullanıldığı hallerde, kart hamili tarafından kuruma yöneltilmiş geçerli bir ödeme talimatı olmadığı için üye işyerinin harcama belgesi tutarını kurumdan talep etmesi mümkün olmadığı gibi, kredi kartını çıkaran kurum da yaptığı ödemeyi işyerinden geri isteyebilmektedir. Aynı şekilde, kart hamili de durumdan kredi kartını çıkaran kurumu haberdar ederek ödemenin yapılmamasını talep edebilir; bu ihbara rağmen ödemeyi yapan kredi kartı kurumu, artık kart hamilinden harcama belgesi tutarını tahsil edemeyeceği gibi, taraflar arasındaki genel işlem şartlarında defi yolunun kapatılmış olması da sonucu değiştirmeyecektir. Tabii ki, ödeme talimatının geçersiz olmasında hamilin, kartı özenle saklamamak veya kaybını zamanında bildirmemek gibi bir kusuru olduğu takdirde, doğacak zararlardan sorumlu tutulabileceği şüphesizdir[109]. Nitekim BKKKK'de 16. maddesinde kart hamilinin kartı güvenli bir şekilde koruma yükümlülüğü düzenlenmektedir.

Getirilen düzenleme ile, bildirimden sonra yapılan harcamalardan tüketicinin sorumlu olmayacağı tespit edilmiş, ve bildirimden önceki 24 saat içinde yapılan harcamalardan tüketicinin sorumluluğu belli bir limit ile sınırlanmıştır.

4.4.3.7. Kurumsal Yönetime İlişkin Hükümler

BKKKK'nin 13. maddesine göre; ***"Kart çıkarma, bilgi alışverişi, takas ve mahsuplaşma faaliyetinde bulunan kuruluşların yönetim ve teşkilat yapısına, muhasebe ve raporlama sistemine ve kurumsal yönetime ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir.***

Kart çıkaran kuruluşlar, kredi kartlarına uyguladıkları faiz, gecikme faizi, yıllık ücret ve her türlü komisyon oranları ile istenilen diğer bilgileri kamuoyuna yayınlanmak üzere aylık olarak Kuruma iletir. Yayınlanacak bilgi ve belgelerin içeriği ve yayınlama usul ve esasları Kurulca belirlenir."

4.4.3.8. Koruyucu Hükümlere Uyma Yükümlülükleri

BKKKK'nin 14. maddesine göre; ***"Kurul, bu Kanunun 4 üncü maddesi uyarınca faaliyet izni verilen kuruluşların varlıkları, alacakları, özkaynakları, borç, yükümlülük ve taahhütleri, gelir ve***

---

riye tanınan farklı ödeme imkanları, objektif bir değerlendirmede, onun açısından önemli bir menfaat teşkil etmektedir. ...İstinaf mahkemesinin de ifade ettiği gibi, müşteri kredi kartının ihdas edilmesi aslında çok daha fazla davalının menfaatine hizmet etmektedir. Kredi kartı hem fazladan alışveriş yapmaya teşvik etekte hem de davalının mağazalarına daha kuvvetli bir bağlılık yaratmaktadır. ...3)... Kayıp bildiriminin yapılması sayesinde davalı, müşterinin ağır ihmali ile önceden yaratılmış olan tehlikeyi nötrleme imkanı bulmaktadır. Kartın gecikmeden yasaklanması suretiyle kötüye kullanımı engelleme imkanı tamamen davalının elindedir. ... Buna rağmen bir kötüye kullanım gerçekleşmişse, bu sonuca müşterinin önceki ağır ihmali değil davalının yükümüne aykırı davranması sebep olmuştur." Bkz. ATAMER, s. 273-274; Krş, İNAL, s. 293

109 ÇEKER, s. 27, 28; krş.TEOMAN, s. 189-190

giderleri arasındaki ilgi ve dengelerin ve mali bünyeyi etkileyen diğer tüm unsurların ve maruz kalınan risklerin tespiti, tahlili, izlenmesi, ölçülmesi ve değerlendirilmesi amacıyla sermaye ve likidite yeterliliği de dahil sınırlamalar ve standart oranlar belirlemek suretiyle, gerekli düzenlemeleri yapmaya ve bunlar hakkında her türlü tedbiri almaya yetkilidir.

Bu Kanunun 4 üncü maddesi uyarınca faaliyet izni verilen kuruluşlar, yapılan düzenlemelere uymak, belirlenen sınırlamaları ve standart oranları hesaplamak, tutturmak ve idame ettirmek ve bunlara ilişkin olarak Kurul tarafından istenen tedbirleri belirlenen süreler içinde almak ve uygulamakla yükümlüdür."

4.4.4. Üye İşyeri

4.4.4.1. Kartın Kontrolü ve Kabulüne İlişkin Yükümlülükler

4.4.4.1.1. Genel Olarak

BKKKK'nin 3. maddesinde ***"Üye işyeri: Üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar ile yaptığı sözleşme çerçevesinde kart hamiline mal ve hizmet satmayı veya nakit temin etmeyi kabul eden gerçek veya tüzel kişiyi, ifade eder"*** şeklinde tanımlanmıştır.

BKKKK'nin 17. maddesinin (1). fıkrasına göre ***"Üye işyerleri, kart hamillerinin yapmış oldukları mal ve hizmet alımlarının bedelini banka kartı ya da kredi kartı ile ödeme taleplerini kabul etmek zorundadır. Bu zorunluluk indirim dönemlerinde de geçerlidir***. Üye işyerleri, kart hamilinden kartın kullanılması dolayısıyla komisyon veya benzeri bir isim altında ilave bir ödemede bulunmasını isteyemez. ***Bu hükme aykırı davranılması halinde, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar tarafından üye işyeri sözleşmesi feshedilir ve bir yıl süreyle yeni bir sözleşme yapılamaz."***

Ancak, bu hüküm, birçok iş yerinde dolanılmaktadır. Gerçekten, çoğu mağazada ürünlerin nakit, kartlı ve taksitli olmak üzere üç ayrı fiyatı bulunmaktadır. Taksitle alımlarda yüksek bir fiyat varken, kredi kartı ile alımlarda biraz daha düşük, nakit alımlarda ise, kredi kartı ile alışverişe göre %10 daha ucuz fiyat söz konusudur. Birçok işyeri, kredi kartı ile satışı tercih etmemektedir. Çünkü kredi kartı ile satış demek aynı zamanda, resmi işlem anlamına da gelmekte, maliye açısından denetim kolaylığı sağladığı için, işyerlerinin fatura kesmesini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, nakitte, komisyon oranlarından daha fazla indirim yapma eğilimi göstermektedirler. Bazı yerlerde, istisnaen de olsa, açıkça bu şekilde üç ayrı fiyat görülebilmekte ise de, çoğunlukla, üç ayrı fiyat yerine farklı indirim oranları uygulamak suretiyle bu sonuca ulaşılmakta ve bu hüküm böylece indirim adı altında dolanılmaktadır. Bunun önüne, ancak tüketicilerin duyarlılığı ve rekabet ortamının gelişmesi sayesinde geçilebilecektir.

BKKKK'nin 17. maddesinin ikinci fıkrasına göre; ***"Üye işyerleri, mal ve hizmet bedeli karşılığını banka kartı veya kredi kartı ile ödemek isteyen kişilerin imza gerektiren işlemlerde imza kontrolünü yapmak, kartın tahrifata uğrayıp uğramadığını kontrol etmek ve üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlarca kendilerine ulaştırılan bilgiler çerçevesinde kartın geçerliliğini tespit etmekle yükümlü olup, gerekli durumlarda kart üzerinde yer alan bilgilerle kimlik belgesi üzerinde yer alan bilgileri karşılaştırmak üzere geçerli bir kimlik belgesi ibrazını talep etmek ve harcama belgesi üzerindeki bilgilerle kredi kartı üzerindeki bilgileri karşılaştırarak kontrol etmekle yükümlüdür. Bu kontrollerin yapılmamasından doğan zararlardan üye işyerleri sorumludur."***

4.4.4.1.2. Kart Kullanımı Nedeniyle Komisyon vb İstenememesi

Rekabet Kurulu bir kararında, kredi kartı kullananlardan talep edilecek komisyon vs ile ilgili olarak detaylı bir inceleme yapmıştır. Buna göre;

"Ayırımcılık yasağı veya surcharge (ilave ödeme) yasağı, üye işyeri fiyatlamalarına sınırlama getiren ve üye işyerlerinin kendi fiyatlarını belirleme özgürlüklerini ortadan kaldıran bir kartlı ödeme sistemi kuralıdır. Bu kural üye işyerlerinin ödeme kartlarını kullanan kart hamillerinden ilave ödeme tahsil etmelerini veya diğer ödeme araçlarını kullanan müşterilere indirim yapmalarını engellemektedir. Ülkemizde de 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6.3.2003 tarihli 4822 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile değişik 10/A maddesinde yer alan "Mal veya hizmetin kredi kartı ile satın alındığı durumlarda, satıcı veya sağlayıcı, tüketiciden komisyon veya benzeri bir isim altında ilave ödemede bulunmasını isteyemez." hükmü ile ilave ödeme yasağı getirilmiştir: İlave ödeme yasağına karşı olanlar, yasağın üye işyerleri arasındaki rekabeti kısıtladığını ve üye işyerlerinin kendi maliyetlerine göre fiyatlarını belirlemelerini engellediğini ileri sürmektedir. İlave ödeme yasağı nedeniyle, üye işyerleri üye işyeri komisyonlarını kart kullanıcılarına yansıtma özgürlüğünü kaybetmektedirler. Bu şekilde üye işyerleri kartlı ödemeleri kabul ederken "ya hep ya hiç" türü bir seçenekle karşı karşıya kalmakta ve kart maliyetlerini, kart kullanan müşteri olsun veya olmasın, tüm müşterilere yansıtmaktan başka bir seçeneğe sahip olmamaktadırlar. Dolayısıyla, diğer ödeme araçlarıyla ödeme yapan müşteriler haksız bir şekilde kartlı ödeme sistemlerini sübvanse etmiş olmaktadır ve bu yasak müşterilerin belirli ödeme araçlarının nisbi maliyetlerini daha iyi görmelerini engelleyerek ödeme sistemleri talebini saptırmaktadır. Bu da sistemler arası rekabetin kısıtlanmasına neden olmaktadır. Hatta, üye işyeri fiyatlamalarına getirilen kısıtlamalar üye işyerlerinin üye işyeri edinen bankalarla ve/veya kart ihraç eden bankalarla komisyonlara ve kartlı ödemeleri kabul şartlarına ilişkin olarak pazarlık yapabilmelerini engellemektedir. Sonuç olarak, ilave ödeme yasağı sistemler arası ve sistem içi rekabeti sınırlamaktadır.

Bu görüşler çerçevesinde 1990'da İngiltere'de, 1994'te İsveç'te, 1995'te Hollanda'da ve 1.1.2003'ten itibaren Avustralya'da ilave ödeme yasağı kuralı ulusal rekabet otoriteleri tarafından yasaklanmıştır.

ABD'de ödeme kartlarında ilave ödeme meselesinin yasal düzenlemeler ve regülasyon bakımından uzun bir geçmişi bulunmaktadır. İlave ödeme yasakları antitröst bakımından karışık sonuçları olan çeşitli müdahalelerle karşılaşmıştır. Şu anda çeşitli eyaletlerde üye işyerlerinin kredi kartına ilave ödeme uygulaması yapmaları yasaklanmıştır. Bazı eyaletlerde ise üye işyerlerinin kartlı alımlardan ilave ödeme tahsil etmelerine ya izin verilmektedir ya da bu tür uygulamaları yasaklayan yasalar bulunmamaktadır.

Avustralya Merkez Bankası üye işyeri fiyatlamasına ilişkin olarak kredi kartı sistemlerinin kurallarının veya sisteme üye herhangi bir katılımcının, üye işyerlerinin kart hamiline işlemde kredi kartı kullanmanın karşılığı olarak uygulayacağı herhangi bir ilave ödemeyi yasaklayamayacağına dair bir standart getirmiştir. Ancak bu standart, üye işyerinin kendi isteğiyle kabulcü banka ile, kartlı işlemler için kendisinin katlandığı maliyetlerle sınırlı olarak hizmet bedellerini sınırlamak üzere anlaşma yapabileceğini düzenlemektedir.

Avustralya Merkez Bankası'nın düzenlemelerinde tercih ettiği 3. seçenek kapsamında Avustralya yaklaşımı (Etki Raporu, s. 38), yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Avrupa'da ise Komisyon Visa International (OJ L 293/24, 10.11.2001, prg. 54-58) davasında ilave ödeme yasağına ilişkin olarak bir karar vermeden önce, ilave ödeme yasağının kaldırıldığı İsveç ve Hollanda'da uygulamanın etkileriyle ilgili bir pazar araştırması yapılmasını istemiştir. Pazar araştırmalarının sonuçları su şekildedir: Her ne kadar kuralın kaldırılması, üye işyerlerine fiyatları belirleme serbestilerini geri vermişse de, az sayıda üye işyeri (İsveç'te %5, Hollanda'da

%10) bu özgürlüğü kart hamillerine fiyat farkı yansıtarak kullanmaktadır. Üye işyerlerinin büyük çoğunluğu, ilave ödeme yasağı kuralının yokluğunda fiyat farkı uygulama imkanını kullanmamaktadır. Bunun en temel nedeni, müşterilerin negatif tepkisinin müşteri kaybına yol açacağı yönündeki tahminlerdir. Bu durum ilave ödeme yasağının kartlı sistemler arası rekabet üzerinde sınırlı bir etkisi olduğunu göstermektedir.

Üye işyerlerinin çoğu ilave ödeme tahsil etmediği gibi, ilave ödeme yasağının kaldırılmasının üye işyeri komisyonları üzerinde hiçbir etkisi olmadığını söylemişlerdir. Bu nedenle kuralın kaldırılması, sistem içi üye işyeri edinme pazarında oldukça küçük bir etki yaratmıştır ve kabulcü bankalar arasındaki rekabeti artırarak fiyatları aşağıya çekmelerine neden olmuş görünmemektedir. İlave ödeme yasağının kaldırılmasının ihraççı bankalar arasındaki rekabete etkisine gelince, kartlı ödeme kabul edebilme imkanı üye işyerlerinin esas ticari faaliyetlerinin yanında bir yan hizmet niteliğindedir ve bu hizmet tek basına satılamaz. Bu yan hizmetin fiyatlaması üye işyerlerinin uyguladığı fiyatın yalnızca ufak bir bileşenini temsil etmektedir ve pazar araştırmaları, ilave ödeme yasağının kaldırılmasının ilgili piyasalarda faaliyet gösteren üye işyerleri arasındaki fiyat rekabetini etkilemediğini göstermektedir, çünkü kartlı ödemelere ilave ödeme uygulaması çok az olmuştur. Ayrıca tüketiciler için fiyat şeffaflığı artmamıştır; çünkü uygulamada üye işyerlerinin yalnızca bir kısmı ilave ödeme tahsil etmektedir. Hatta ilave ödeme alsalar dahi, bu tüketicileri kartın maliyetleri hakkında bilgilendirmez; çünkü üye işyerleri üye işyeri komisyonundan daha fazlasını müşterilerden talep edebilirler.

Bu nedenle pazar araştırmalarından elde edilen bulgular doğrultusunda, Avrupa Komisyonu ilave ödeme yasağının rekabet üzerinde hissedilir derecede etkisi olmadığını ve Amsterdam Antlaşması'nın 81(1). maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı olmadığını kabul etmektedir. İlave ödeme yasağı kuralı, üye işyerlerinin katlandıkları maliyeti kart kullanıcılarına yansıtmasını engellemektedir. Bu kural nedeniyle veya kendiliğinden ödeme aracı ne olursa olsun tek fiyat uygulayan işyerleri, kartlı ödemeler için katlanılan maliyetleri doğrudan fiyatlarına yansıtmaktadır. Nakit indirimi yapılmayan işyerlerinde tüm tüketiciler, kartlı ödemelerin maliyetine katlanmış olmaktadır. Bu maliyetleri tüketicilere yansıtabilen işyerlerinin de üye işyeri komisyonlarına ve dolaylı olarak takas komisyonuna ilişkin düşüş yönünde baskıları olmayacaktır[110]*."*

4.4.4.2. Bilgilendirme ve Sistemin Güvenliğinin Sağlanması Yükümlülüğü

BKKKK'nin 18. maddesine göre; ***"Üye işyerleri, banka kartı ve kredi kartı ile işlem yapıldığını gösteren işaretleri, işyerinin girişinde ve kart hamilleri tarafından kolayca görülebilecek bir yere koymak, üye işyeri sözleşmeleri herhangi bir nedenle sona erdiği takdirde de, bu işaretleri kaldırmakla yükümlüdür. Üye işyerleri, teknik bir nedenle geçici bir süreyle işlem yapılamadığı hallerde kart hamillerini uyarmakla yükümlüdür.***

Üye işyerleri, 20 nci madde uyarınca harcama belgesi düzenlenmeksizin çeşitli iletişim araçları yoluyla veya sipariş formu vasıtasıyla işlem yapılmasına olanak sağlamak üzere kuracakları sistemlerin güvenli bir şekilde çalışmasını temin etmekle yükümlüdür."

110 Dosya Sayısı: 2003-4-166 (Soruşturma) Karar Sayısı: 05-43/602-153 Karar Tarihi: 1.7.2005
E. DOSYA KONUSU: Bankalararası Kart Merkezi A.Ş. bünyesinde biraraya gelen bankaların belirlediği takas komisyonu oranları ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği iddiası.

4.4.4.3. Harcama ve Alacak Belgesine İlişkin Yükümlülükleri

BKKKK'nin 19. maddesine göre; ***"Üye işyerleri, mal ve hizmet bedellerinin banka kartı ya da kredi kartı ile ödenmesi veya nakit talep edilmesi halinde, 20 nci madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, elektronik ya da mekanik cihazları kullanarak harcama belgesi veya nakit ödeme belgesi düzenlemek ve aslını sözleşmede belirtilen süre içinde muhafaza etmek ve bir nüshayı da kart hamiline vermek zorundadır. Bu hükme aykırılık halinde satılan hizmet veya mal bedeli üye işyeri anlaşması yapan kuruluştan talep edilemez.***

Üye işyerleri kart kullanılarak satın alınmış bir malın iadesi veya hizmetin alımından vazgeçilmesi veya yapılan işlemin iptali halinde, alacak belgesi düzenleyerek bir nüshasını kart hamiline verdikten sonra diğer bir nüshayı da muhafaza etmekle yükümlüdür".

Harcama belgesi, nakit ödeme belgesi ve alacak belgesi BKKKK'nin 3. maddesinde aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır;

"k) Harcama belgesi: Banka kartı veya kredi kartı ile yapılan işlemler ile ilgili olarak üye işyeri tarafından düzenlenen, kart hamilinin işlemden doğan borcu ile diğer bilgileri gösteren ve kart hamilinin kimliğinin bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemle belirlendiği haller dışında kart hamili tarafından imzalanan belgeyi,"

"l) Nakit ödeme belgesi: Bankalarca veya yetkili üye işyerlerince banka kartı veya kredi kartı hamiline yapılan nakit ödemelerde düzenlenerek, kart hamilinin kimliğinin bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemle belirlendiği haller dışında kart hamili tarafından imzalanan belgeyi,"

"p) Alacak belgesi: Banka kartı veya kredi kartı kullanılarak alınmış olan malın iadesi veya hizmetin alımından vazgeçilmesi veya yapılan işlemin iptali halinde kart hamilinin hesabına alacak kaydedilmek üzere üye işyeri tarafından düzenlenen belgeyi,"

BKKKK'nin 20 maddesine göre; ***"İşlemin niteliği nedeniyle harcama ve alacak belgesi düzenleme imkanı olmayan hallerde kartlar, hamil tarafından çeşitli iletişim araçları ile kart numarası bildirilmek veya imza yerine geçen kod numarası, şifre ya da kimliği belirleyici benzeri başka bir yöntemle işlem yapılmak suretiyle de kullanılabilir."***

4.4.4.4. İşlem Limitinin Aşılmasında Yükümlülükleri

BKKKK'nin 22. maddesine göre; ***"Üye işyerleri, tek bir kredi kartı ile yapılacak harcama tutarının belirlenen işlem limitini aşması halinde kart çıkaran kuruluştan kartın kabulü için yetki almakla yükümlü tutulmuş ise harcamanın tamamı için yetki almak zorundadır. Aynı kart ile aynı ödeme işlemi için birden fazla harcama belgesi düzenlenemez. Bu hükme aykırı davranılması halinde üye işyerleri satılan hizmet veya mal bedelini üye işyeri anlaşması yapan kuruluştan talep edemez."***

4.4.4.5. Bilgilerin Saklanmasında Yükümlülükleri

BKKKK'nin 23. maddesine göre; ***"Üye işyerleri, kartın kullanımı sonucunda kart ve kart hamili ile ilgili edindikleri bilgileri, kanunla yetkili kılınan kişi, kurum ve kuruluşlar hariç olmak üzere kart hamilinin yazılı rızasını almadan başkasına açıklayamaz, saklayamaz ve kopyalayamaz. Üye işyerleri, kart bilgilerini üye işyeri anlaşması yaptığı kuruluş dışındaki şahıs veya kuruluş-***

larla paylaşamaz, satamaz, satın alamaz ve takas edemez. Üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar, bu fıkranın uygulanmasını gözetmekle yükümlüdür.

Kart çıkaran kuruluşlar, edindikleri kişisel bilgileri gizli tutmak, kendi hizmetlerinin pazarlanması dışında başka amaçlarla kullanmamak ve kanunla yetkili kılınan kişi, kurum ve kuruluşlar dışında kalanların bu bilgilere ulaşmasını engellemek amacıyla gereken önlemleri almakla yükümlüdür."

4.4.5. Üye İşyeri Anlaşması Yapan Kuruluşlar

BKKKK'nin 3. maddesinde; *"Üye işyeri anlaşması yapan kuruluş: Banka kartı veya kredi kartı kabulünü sağlamak amacıyla işyerleriyle anlaşma yapan bankalar ya da kuruluşları, ifade eder"* şeklinde tanımlanmıştır.

BKKKK'nin 21. maddesine göre; *"Üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar, kartın kabulü hususunda kart çıkaran kuruluştan onay alınmasını sağlayacak alt yapıyı oluşturmakla yükümlüdür. Üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar sözleşme yaptıkları işyerleri için işlem limiti tespit edebilir.*

Üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar, sözleşme yaptıkları üye işyerlerine kart hamillerinin gerçekleştirdikleri işlem bedellerini sözleşme hükümlerine uygun olarak ödemek zorundadır.

Anlaşma yapılacak üye işyerlerinin kapsamını ve işlem türlerini sınırlandırmaya Kurul yetkilidir."

Üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar, üye işyerleri ile yaptıkları anlaşmalar kart hamillerine ilişkin bilgilerin üye işyerinin kendi amaçları dışında kullanılmasını önleyici hükümler koymak ve bu hükümlerin uygulanmasını sağlamak zorundadır.

4.4.6. Kart Hamili

BKKKK'nin 3. maddesinde; *"Kart hamili: Banka kartı veya kredi kartı hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder"* şeklinde tanımlanmıştır.

Kart hamilinin yükümlülükleri, söz konusu Kanun'un dördüncü bölümünde düzenlenmiştir.

BKKKK'nin 15. maddesine göre; *Kart kullanımından doğan sorumluluk, sözleşme imzalandığı ve kartın zilyetliğine geçtiği veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasının öğrenildiği andan itibaren, kart hamiline aittir.*

Kartın imza hanesinin kart hamili tarafından imzalanmış olması zorunludur. Üye işyerinin talep etmesi durumunda kart hamili, kartın kullanımı sırasında kimlik belgesi ibraz etmek zorundadır.

Bu Kanunun 20 nci maddesi uyarınca harcama belgesi düzenlemeksizin çeşitli iletişim araçları yoluyla veya sipariş formu vasıtasıyla yapılan mal ve hizmet alımlarındaki hukuka aykırı kullanımlardan kaynaklanan zararlardan kart hamili sorumlu tutulamaz."

BKKKK'nin 16. maddesine göre ise; *"Kart hamili, kendisine tevdi edilen kartı ve kartın kullanılması bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemin kullanılmasını gerektiriyorsa bu bilgileri güvenli bir şekilde korumak ve başkaları tarafından kullanılmasına engel olacak önlemleri almak, kartın kaybolması, çalınması veya iradesi dışında gerçekleşmiş herhangi*

bir işlemi öğrenmesi halinde kart çıkaran kuruluşu derhal haberdar etmek zorundadır.

Kart hamili adresinde meydana gelen değişiklikleri, değişiklik tarihinden itibaren onbeş gün içinde kart çıkaran kuruluşa bildirmekle yükümlüdür."

Kart hamilinin sorumlulukları, teslim aldığı kartın arkasındaki ilgili bölümü imzalamak, istendiğinde kimlik ibraz etmek, kartı ve şifrelerini iyi saklamak, kaybolursa derhal kartı çıkaran kuruluşa bildirmek, adresinin değişmesi halinde de bu durumu kart çıkaran kuruluşa bildirmekten ibarettir.

4.5. TÜKETİCİ KREDİSİ OLARAK KREDİ KARTI SÖZLEŞMESİ

4.5.1. Genel Olarak

TKHK'nin 22. maddesinin 1 ve 2. fıkralarına göre; ***"(1)Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder.***

(2) Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir. Ancak bu durumda uygulanacak faiz oranı kredi kartı sözleşmesi uyarınca belirlenen orandan fazla olamaz."

Kanun koyucu açıkça, kredi kartı vasıtasıyla, tüketicinin kredi kullandığı hallerde, bu kredilerin de tüketici kredisi sayılacağını düzenlemiş bulunmaktadır. Tüketici kredi kartları ile farklı şekillerde kredi kullanabilmektedir. Birincisinde, doğrudan nakit çekmek suretiyle kredi kullanabilmektedir. İkincisinde, kredi kartıyla mal ve hizmet satın almakta, ancak, kredi kartını çıkaran kuruma, alışveriş tutarını, kendisine tanınan süre içinde ödemeyerek, genellikle taksitler halinde ve belirli bir süre içinde ödemektedir. Diğer bir yöntem de ödemelerin ertelenmesidir. Böylece alışveriş tutarı, kredi kartını çıkaran kurum tarafından ödenmek suretiyle, tüketicinin, kredi kartını çıkaran kuruma karşı borcu nakit kredisine dönüşmektedir. Kanun kredi kartlarıyla kullanılan kredilerin de tüketici kredisi sayılması ve böylece tüketicinin korunması olanakları sağlanmıştır[111].

4.5.2. Tüketici Kredisinin Uygulanmayacak Hükümleri

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kredi kartları vasıtasıyla kullanılan krediler, diğer tüketici kredilerinden farklıdır. Nakit tüketici kredileri, kredi veren tarafından açılmakta, tüketici krediyi, belirli bir süre içinde geri ödeyerek kapatmaktadır. Yani tahsis edilen kredi bir kereliğine kullanılmaktadır. Oysa kredi kartlarından kullanılan tüketici kredileri ise, kullanılıp, kapatıldıktan sonra tekrar tekrar kullanılabilmektedir. Bir çeşit rotatif (dönerli) kredi şeklindedir. Bu nedenle tüketici kredisi sözleşmelerinde yer alması gereken bazı hükümlerin kredi kartı sözleşmelerinde yer alması, kredi kartı ile kullanılan kredilerin mahiyetine uymayacaktır. Örneğin, TKHK'nin "Faiz Oranı" başlıklı

111 Kredi kartı sözlşemesinin detayları ile ilgili olarak bkz. CEYLAN; s.85 vd.

25. maddesinin uygulanması, kredi kartı sözleşmelerinin mahiyetiyle uygun görünmemektedir. Esasen BKKKK'nin 24. maddesi ile, kredi kartı sözleşmelerinin şekli ve içeriğine ilişkin hususlar Kurul tarafından belirlenir hükmünü getirdiği için bu hükümlerin çok da önemi kalmamıştır. TKHK'nin 22. maddesinin 2. fıkrasında, tüketici kredisi sözleşmesi sayılan kredi kartı sözleşmeleri söz konusu olduğunda uygulanacak olan faiz oranının kredi kartı sözleşmesinde yer alan faiz oranı olduğunu özel olarak belirtmiş bulunmaktadır.

Nitekim Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliğinin Kapsam maddesinde kredi kartı ile ilgili olarak kurulan ilk kredi kartı sözleşmelerine Yönetmeliğin bazı maddelerinin uygulanacağını ve bazı maddelerinin de uygulanmayacağını düzenlemiştir. Buna göre uygulanmayacak hükümler şunlardır; ***"(3) Tüketici kredisi olarak kabul edilen kredi kartı sözleşmelerine ve kredili mevduat hesabı sözleşmelerine 14, 15, 16, 17, 18 ve 19 uncu maddeler uygulanmaz."***

Uygulanmayacağı bildirilen hükümler, erken ödeme , tamamının erken ödenmesi ve ara ödeme ve geç ödeme ya da ödememe hallerini düzenleyen 15-18. Maddeler ile bağlı kredilere ilişkin 19 madde hükümleridir. Esasen bu konularda zaten BKKK Kanunda düzenlemeler bulunmakta ya da kartın mahiyetine uymamaktadır.

4.5.3. Tüketici Kredisinin Uygulanacak Hükümleri

TKHK'nin 22. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***(2) Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir. Ancak bu durumda uygulanacak faiz oranı kredi kartı sözleşmesi uyarınca belirlenen orandan fazla olamaz."***

Bu hüküm kapsamında kalan kredi kartı sözleşmelerinin, tüketici kredisi sayılacağı kabul edildiğine göre, kredi kartı sözleşmelerine de TKHK'nin 22 vd. maddeleri uygulanacaktır. Bu hükümler yukarıda açıklanmıştır. Burada sadece başlıkları hatırlatılmakla yetinilecektir. TKHK'nin, Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğü başlıklı 23. maddesi, Cayma Hakkı başlıklı 24. maddesi, Sözleşmede Değişiklik Yapılması başlıklı 26. maddesi, Erken Ödeme başlıklı 27. maddesi, Temerrüt başlıklı 28. maddesi, Sigorta Yaptırılması başlıklı 29. maddesi, Bağlı Krediler başlıklı 30. maddesi ve Diğer Hükümler başlıklı 31. maddesi kredi kartları içinde geçerlidir.

Nitekim Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliğinin Kapsam maddesinde kredi kartı ile ilgili olarak kurulan ilk kredi kartı sözleşmelerine Yönetmeliğin bazı maddelerinin uygulanacağını ve bazı maddelerinin de uygulanmayacağını düzenlemiştir. Buna göre uygulanacak hükümler şunlardır; ***"(2) Tüketici kredisi olarak kabul edilen kredi kartı veya kredili mevduat hesabı sözleşmeleri açısından 5, 7, 10, 12, 24 ve 25 inci maddeler, kredi kartı veya kredili mevduat hesabına ilişkin kurulan ilk sözleşmeye uygulanır."***

Uygulanacağı bildirilen hükümler, ön bilgilendirmeye ilişkin 5 ve 7. Maddeler sözleşmenin şekli ve zorunlu içeriğine ilişkin 10 ve 12. Maddeler cayma ve fesihe ilşkin 24 ve 25. Maddelerdir. Uygulanacağı belirtilen hükümler ise BKKK Kanunda tam olarak bulunmamaktadır. Dolayısıyla BKKK Kanunda yer alan hükümlere göre ilave bazı hak ve yükümlülük getiren hükümlerin tüketici kredisi niteliğinde olan kredi kartı sözleşmelerine de uygulanması sağlanmıştır.

4.5.4. Şekli ve Zorunlu İçeriği

BKKKK'nin 24. vd. maddelerinde kredi kartı sözleşmelerine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Ancak BKKKK'nin 24. maddesine göre; ***"Kart çıkaran kuruluşlar ile kart hamilleri arasındaki ilişkiler, bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde en az oniki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak yazılı sözleşme ile düzenlenir. Sözleşmenin bir örneği, kart hamiline ve varsa kefile verilir. Sözleşme hükümleri ve kartın kullanımı hakkında kart hamiline ayrıntılı bilgi verilmesi zorunludur.***

Kart çıkaran kuruluşların kart hamilleri ile akdedeceği sözleşmelerin şekil ve içeriğinde yer alması gereken asgari hususlar Kurulca belirlenir."

Sözleşmenin zorunlu içeriği ile ilgili her iki Kanun'da birbirine paralel hükümler bulunmaktadır. BKKKK'nin 24. maddesinin 3. fıkrasına göre; ***"Sözleşmede belirtilen asgari tutar, dönem borcunun yüzde yirmisinden aşağı olamaz. Hesap özetinde yer alan asgari ödeme tutarı son ödeme tarihinde ödenmediği takdirde kart hamili ödenmeyen tutar için sözleşmede öngörülen gecikme faizi dışında bir yükümlülük altına sokulamaz."***

BKKKK'nin 24. maddesine göre; "Kart hamilinin yaptığı işlemler nedeniyle, sözleşmede yer almayan faiz, komisyon veya masraf gibi adlar altında hiçbir şekil ve surette ödeme talep edilemez ve kart hamilinin hesabından kesinti yapılamaz. Sözleşmede kart hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilemez."

4.5.5. Kefalet

BKKKK'nin 24. maddesinin 5. fıkrasına göre; ***"Kart hamilinin borcu kefile bildirilmedikçe, kefil için temerrüt durumunun oluşmayacağı sözleşmede gösterilir. Sözleşme hükümlerinde kefilin sorumluluğunu artırıcı nitelikteki değişikliklere ve kartın kullanım limitinin yükseltilmesine ilişkin olarak kefilin ilave şartlara dair sorumluluğunun başlaması için kefilin yazılı onayının alınması şarttır. Kredi kartı kullanımlarındaki kefalet, Borçlar Kanununda belirtilen adi kefalet hükümlerine tabidir. Asıl borçluya başvurulup borcun tahsili için tüm yollar denenmeden kefilden borcun ifası istenemez."***

Bu hüküm sayesinde kendisi de bir tüketici olan kefilin beklenmedik bir şekilde ve beklenmedik bir miktar için takibata uğraması riski ortadan kaldırılmış olmaktadır.

4.5.6. Sözleşme Değişiklikleri

4.5.6.1. Faiz Dışı Değişiklikler

BKKKK'nin 25. maddesi 1. fıkrasının birinci cümlesine göre; ***"Sözleşmede yapılacak değişiklikler kart hamiline bildirilir. Bu değişiklikler bildirimin yapıldığı döneme ilişkin son ödeme tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Bilait olduğu döneme ilişkin son ödeme tarihinden sonra kartın kullanılmaya devam olunması halinde, sözleşmede meydana gelen değişikliklerin kabul edildiği addolunur."***

BKKKK, tüketici aleyhine sonuçlar doğuracak şekilde tek yanlı hükümlerin konamayacağını düzenlediğinden bu yöntemle tüketici aleyhine olacak dengesiz hükümler konması halinde bunlar zaten geçersiz sayılacaktır.

4.5.6.2. Faiz Oranlarının Arttırılmasına İlişkin Değişiklikler

BKKKK'nin 25. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesine göre; ***"Faiz oranının artırılması durumunda ise bu değişikliğin hüküm ifade edebilmesi için otuz gün önceden kart hamiline bildirilmesi zorunludur. Kart hamili faiz artırımına ilişkin bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde tüm borcunu ödeyip kredi kartını kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez."***

TKHK'nin 26. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranında değişiklik yapılması hâlinde, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce, tüketiciye kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yazılı olarak bildirilmesi zorunludur. Bu bildirimde, yeni faiz oranının yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile aralıklarının değişmesine ilişkin ayrıntılara yer verilir. Faiz oranının artırılması hâlinde, yeni faiz oranı geriye dönük olarak uygulanamaz. Tüketici, bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde borcun tamamını ödediği ve kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez."***

Bu hükümden önceki dönemlerde, kredi kartı çıkaran kurumlar, dönemsel hesap özetleri ile birlikte uygulanmakta olan faiz oranlarını da tüketiciye bildirmekteydiler. Ancak, tüketicinin bunlara itiraz olanağı olmadığı gibi, yeni faiz oranlarının hangi tarihten itibaren uygulanmaya başlandığını da anlama olanağı bulunmamaktaydı. Bu hüküm hem faiz artırımına gidilmesini bir kurala bağlamakta hem de tüketiciye, bu yeni faizlere tabi olmama olanağı sağlamaktadır.

Öncelikle şunu belirtelim ki, bu hüküm, faizlerin artırılması ile ilgilidir. Yani kredi kartı çıkaran kurumlar, faizleri, bu prosedüre tabi olmaksızın indirebilirler. Bu durum zaten tüketicinin lehine bir durum olduğu için, özel bir prosedüre tabi tutmanın da gereği bulunmamaktadır.

Faiz artırımına gitmek serbest bırakılmıştır. Gerçekten, kredi kartı sözleşmeleri süresiz olarak akdedildiğinden, sözleşmede yer alan akdi faiz oranının ilelebet uygulanmasını beklemek mümkün değildir. Özellikle ülkemiz ekonomisinin çok değişken koşulları buna izin vermemektedir. Bu nedenle, zaman zaman kredi kartı çıkaran kuruluşların, kredi kartı aracılığı ile kullanılan kredilere uyguladıkları faizleri artırma ihtiyacı duyabilirler. Bu durumda, faizleri serbestçe artırabileceklerdir. Buna karşılık, tüketicinin de artırılan bu faiz oranları ile kredi kullanmak istememesi de normaldir. Bu durumda tüketiciye de, kredi kartını kapatarak yüksek faizden korunması için makul bir süre tanımak gerekmektedir. İşte bu düzenleme ile, kredi kartı çıkaran kurumun faiz arttırma hakkı ve tüketicinin de yüksek faizden kaçınma hakkı dengeli bir şekilde düzenlenmiştir.

Her şeyden önce, kredi kurumu, artırdığı faizleri derhal veya geçmişe etkili bir şekilde uygulayamayacaktır. Artırılan faiz oranının tüketiciye bildirilmesinden itibaren otuz gün sonra uygulamaya sokması mümkündür. Ancak, tüketicinin de yüksek faizden kaçınma hakkı bulunmaktadır. Tüketici, faizin arttırıldığının kendisine bildirilmesinden itibaren altmış gün içinde tüm borcunu ödeyerek, kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez. Böylece, kredi kartını çıkaran kurumun, faiz artışını tebliğden itibaren otuz gün sonra uygulamaya sokması, tüketicinin tebliğden itibaren altmış gün içinde tüm borcunu ödememesi

şartına bağlıdır. Eğer tüketici, tüm borcunu öderse, eski faize göre hesap yapılacaktır. Burada, dikkat edilmesi gereken husus, tüketicinin faizden etkilenmemek için, tüm borcu kapatmak zorunda olması ve kredi kullanmamasıdır. Yani, ödeme aracı olarak kredi kartını kullanmaya devam etmesi, yeni faiz oranını kabul ettiği anlamına gelmez; tebliğden sonraki dönemlerde, yapacağı alış verişleri, kredilendirmeden gününde öderse faiz artışından etkilenmeyecektir. Ancak, tebliğ ile, altmış günlük süre dolmadan önceki dönemde yapılan alışverişlerin kredilendirilmesinin, altmış günlük süre içinde borcun tamamının ödenmesi şartıyla, artırılmış faizin kabulü anlamına gelmeyeceğini, tüketici lehine olarak, kabul etmek gerekir. Bu geçiş dönemindeki harcamaların, borcun tamamının ödenmesi gününe kadar kredilendirilmiş olmasının, artırılmış faizin zımnen kabulü olarak yorumlanmaması gerektiğini düşünüyoruz.

BKKKK'nin 25. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Kart hamili, talep etmek suretiyle kartı iptal ettirmek ve sözleşmeyi feshetmek hakkına sahiptir".***

4.5.7. Faiz Hesaplanması

BKKKK'nin 26. maddesine göre; ***"Bir hesap dönemine ilişkin toplam borç tutarı veya hesap bakiyesi üzerinden, o döneme ilişkin hesap özetinin düzenlendiği hesap kesim tarihinden önceki bir tarih itibarıyla faiz yürütülebileceğine ilişkin kayıtlar hükümsüzdür. Nakit kullanımına ilişkin borçlar hakkında işlem tarihi esas alınabilir. Nakit kullanımı kapsamında değerlendirilecek işlemler Kurulca belirlenir.***

Dönem borcunun bir kısmının ödenmesi halinde kalan hesap bakiyesi üzerinden faiz hesaplanır. Kalan hesap bakiyesine, asgari tutar ve üzerinde ödeme yapılması durumunda akdi faiz, asgari tutarın altında ödeme yapılması durumunda ise gecikme faizi uygulanır. Temerrüt hali de dahil olmak üzere, kart uygulamasından doğan borçlarda bileşik faiz uygulanmaz.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit etmeye yetkilidir ve belirlediği bu oranları 3 ayda bir açıklar.

Hesap kesim tarihi ile son ödeme tarihi arasında on günden az bir süre olamaz.

Katılım bankaları açısından bu Kanun uygulamasında yer alan faiz kar payı, gecikme faizi ise gecikme cezası olarak uygulanır.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendi kredi kartları için uygulanmaz."

TKHK'ye göre, tüketici kredilerinde gecikme faiz oranı, akdi faiz oranının %30 fazlasından daha fazla olamazdı. 10. maddenin (f) bendinde yer alan bu hüküm, kredi kartları için de geçerli idi. Ancak BKKKK, açık bir hüküm ile, bu hükmün uygulanmayacağını düzenlemiş bulunmaktadır. Bunun yerine, TCMB'ye azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit etme yetkisi verilmiştir. Bu durumda kredi kartlarında uygulanabilecek azami akdi faiz ve gecikme faiz oranları, Merkez Bankası tarafından belirlenecek, kart çıkaran kuruluşlar bu oranların üstünde oranlar uygulayamayacaklar ancak altında oranlar uygulayabileceklerdir. 6502 sayılı yeni TKHK'da ise böyle bir hüküm bulunmamaktadır. TBK'nin 253. maddesi taksitli satışlarla ilgili olarak böyle bir düzenleme kabul etmiş bulunmaktadır.

Bu hüküm ile, bileşik faiz uygulanamayacağı açık bir düzenlemeye bağlanmıştır.

Ayrıca faizin nasıl hesaplanacağına dair açık bir hüküm getirilmek suretiyle bu konuda çıkabilecek ihtilafların da önü kesilmiş olmaktadır.

4.6. İSPAT YÜKÜ

BKKKK'nin 32. maddesi ispat yüküne ilişkin bazı düzenlemeler getirmiş bulunmaktadır.

Buna göre; ***"Kart numarası bildirilmek suretiyle üye işyerinden telefon, elektronik ortam, sipariş formu veya diğer iletişim araçları yoluyla yapılan işlemlerden doğacak anlaşmazlıklarda ispat yükü üye işyerine aittir."***

"Kart çıkaran kuruluş ile kart hamili arasında oluşabilecek herhangi bir uyuşmazlık halinde, işlemin hatasız bir şekilde kaydedildiği, hesaba intikal ettirildiği ve herhangi bir teknik yetersizlik veya arıza halinin bulunmadığını ispat etme yükümlülüğü kart çıkaran kuruluşa aittir."

"Bu Kanun kapsamında telefonla yapılan bildirimlerin, konuşmaların kaydedildiği çağrı merkezlerine veya ilgili yerlerde sağlanan kayıt cihazları aracılığıyla yapılması zorunludur. Kart çıkaran kuruluşların ilan ettikleri ve duyurdukları çağrı merkezlerine iletilen telefonla yapılan bildirimlere ilişkin ses kayıtları, bildirim tarihinden itibaren bir yıl süreyle saklanır. Bunlardan ihtilaflı olanların bu süre ile sınırlı olmaksızın ihtilaf sonuçlanıncaya kadar muhafazası zorunludur."

"Mikrofilmlerden veya mikrofişlerden alınan kopyalar ya da elektronik veya manyetik ortamlardan çıkarılan bilgileri içeren belgeler, bu kopya ve belgelerin birbirlerini teyit etmeleri kaydıyla asıllarına gerek kalmaksızın 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 68 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerden sayılır."

4.7. ASGARİ ÖDEME TUTARININ VADESİNDE ÖDENMEMESİ

4.7.1. Genel Olarak

BKKKK'nin 24. maddesi 3. fıkrasına göre; ***"Sözleşmede belirtilen asgari tutar, dönem borcunun yüzde yirmisinden aşağı olamaz. Kurul hazine Müsteşarlığı ve Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının olumlu görüşünü alarak bu oranı yüzde kırka kadar arttırmaya, arttırdığı oranı yüzde yirmiye kadar düşürmeye veya belirtilen sınırlar dahilinde söz konusu oranı kart hamili grupları itibariyle farklılaştırmaya yetkilidir. Hesap özetinde yer alan asgari ödeme tutarı son ödeme tarihinde ödenmediği takdirde kart hamili ödenmeyen tutar için sözleşmede öngörülen gecikme faizi dışında bir yükümlülük altına sokulamaz."***

Bu hüküm, bir yandan, tüketiciye gönderilen dönemsel hesap özetlerinin, ödeme planı hükmünde olduğunu belirtirken bir yandan da, asgari ödeme tutarının vadesinde ödenmemesi halinde, gecikme faizi uygulanabileceğini belirtmektedir. Bu durumda, muacceliyet için ihbar gerekmemekte ya da dönemsel hesap özeti ihbar yerine geçmiş olmaktadır.

Kanun, tüketiciyi koruyucu ve emredici bir hüküm de içermektedir. Buna göre, tüketicinin asgari ödeme tutarını vadesinde ödememesi halinde, gecikme faizi dışında herhangi bir talepte bulunulamayacaktır.

Örneğin, cezai şart gibi bir yükümlülük yüklenmiş ise, bu hüküm geçersiz olacaktır. Çünkü,

tüketici, asgari ödeme tutarını vadesinde ödeyemediği zaman, gecikme faizi dışında başka bir yükümlülük altına sokulamayacaktır[112].

Yargıtay, hesap özetine bir ay içinde itiraz edilmesi halinde İİK'nin 68/b maddesinin uygulanma olanağı kalmayacağına karar vermiştir. BKKKK, hesap özetine ödeme gününden itibaren 10 gün içinde itiraz edilebileceğini düzenlemiştir.

"Alacaklının İİK'nin 68/b madde koşullarında genel haciz yolu ile borçlu hakkında yapılan takibin dayanağı kredi kartı sözleşmesi olup, anılan madde koşullarında hesap özetinin borçluya gönderildiği incelenen icra dosyasından anlaşılmış ise de, tebellüğden itibaren 1 ay içinde hesap özetine itiraz eden borçlunun bu itirazı herhangi bir şekle tabi bulunmadığından hesap özetine itiraz ettiğini her türlü belge ile ispat olanağı vardır. Gerçekten borçlunun 1 ay içinde hesap özetine itiraz etmesi halinde İİK'nin 68/b maddesinin uygulanma imkanı olmadığından dayanak belge İİK'nin 68. maddesinde belirtilen belgelerden sayılamayacağından anlaşmazlığın çözümü yargılamayı gerektirir."[113]

Asgari tutarın, son ödeme gününden itibaren üç ay içinde ödenememesi halinde, kartı çıkaran kuruluşun kart hamiline bir ihtar çekmesi ve ödeme için bir ay süre tanıması gerekmektedir. Bu süre içinde de ödeme yapılmazsa, kartın iptal edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

4.8. KREDİ KARTI YILLIK ÜCRETİ

6502 sayılı kanunun Diğer hususlar başlıklı 31. Maddesinin 1. Ve 3. Fıkralarına göre;"(1) Belirli süreli kredi sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, tüketiciden bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilemez. Bu hesap, tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin ödenmesi ile kapanır. (3) Kart çıkaran kuruluşlar, tüketicilere yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmak zorundadır."

Bu hükümlerden net olarak anlaşılan hususlar şunlardır:

Bankalar hiçbir şeklde ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmak zorundadırlar, diğer kredi kartlarından yıllık üyelik aidatı ve benzeri isimler altında ücret tahsil edebilirler[114]. Verilen

112 YARGITAY 19. HD. 25.10.1995-E. 1145/K. 8807 sayılı kararında, "kredi kartı üyelik sözleşmesinde, kart hamiline bildirilmekle muaccel hale gelmiş hesap özetindeki borç tutarı üzerinden temerrüt faizi dışında, ayrıca gecikme komisyonu ödenmesi de kabul edilmiş olabilir. Bu durumda, kart hamili, zamanında ödemediği harcama tutarlarına ilişkin olarak, temerrüt faizinin yanı sıra, gecikme komisyonu da ödemek zorundadır. Komisyon oranının sözleşmede gösterilmemiş olması halinde, aynı tarihte ve benzer olaylarda bankanın uyguladığı cari gecikme komisyon oranı esas alınacağı belirtilmektedir." ÇEKER, s. 29

113 YARGITAY 12. HD.29.11.2004-E. 20475/K. 24649

114 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 05.04.2011 tarih, E.2010/13722, K.2011/5258 sayılı kararında; "…Davacının kullandığı kredi kartının, üyelik aidatı olarak ödenen paranın iadesine ilişkin davacı şikâyeti üzerine verilen hakem kararı nedeni ile banka tarafından iptal edildiği taraflar arasında ihtilafsızdır. Öte yandan sözleşmede üyelik ücretinin alınacağının kararlaştırıldığı da sabittir. Davacı, davalıya ait kredi kartını kullanması nedeniyle, davalı banka tarafından bildirilen ücreti, sözleşmede hüküm olsun ya da olmasın ödemekle yükümlüdür. Bir başka deyişle, davalı banka üyelik ücreti ödenmeden kart verme yükümlülüğünde olmayıp, sözleşmedeki buna dair kararlar da haksız şart niteliğinde bulunmamaktadır. Davacının ödediği üyelik ücretini hakem heyeti vasıtasıyla iptal ettirmesi nedeniyle davalının da kredi kartını iptal etmesi sözleşmeye aykırı değildir." şeklinde karar verilmiştir.

bu kredi kartına bağlı olarak bir hesap açarlarsa bu hesaptan hesap işletim ücreti alınabilecektir. Çünkü 31. Maddenin 1. Fıkrasında yer alan tüketici kredileri ile ilgili ve ona bağlı olarak açılacak hesaptan hesap işletim ücreti alınamayacağına ilişkin yasak belirli süreli tüketici kredilerine ilişkin olup, yukarıda da belirttiğimiz gibi kredi kartı aracılığı ile kullandırılan tüketici kredileri belirsiz süreli tüketici kredisidir.

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanun'un 13 üncü maddesinde; " *… Kart çıkaran kuruluşlar, kredi kartların uyguladıkları faiz, gecikme faizi,* ***yıllık ücret*** *ve her türlü komisyon oranları ile istenilen diğer bilgileri kamuoyuna yayınlanmak üzere aylık olarak Kuruma iletir."* düzenlemesine yer verilmiş, 24 üncü maddesinin ikinci fıkrasında kredi kartı ile ilgili sözleşmelerin şekil ve içeriğinde yer alması gereken asgari koşulların BDDK tarafından düzenleneceği öngörülmüş ve 24 üncü maddede ayrıca; " *… Kart hamilinin yaptığı işlemler nedeniyle, sözleşmede yer almayan faiz, komisyon veya masraf gibi adlar altında hiçbir şekil ve surette ödeme talep edilemez ve kart hamilinin hesabından kesinti yapılamaz. Sözleşmede karta hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilemez."* belirtilmiş olup, Kanuna dayalı olarak çıkartılan Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmeliğin 17/2(ğ), 17/5(c), 19/1(ı) maddelerinde;

• Kart teslimi sırasında banka kartı hamillerine; sözleşmede belirtilen ücret, komisyon ve masrafların kart hamilinin hesabına borç kaydedileceği hususunda yazılı bilgilendirme yapılmasının zorunlu olduğu,

• Kredi kartı sözleşmelerinde, sözleşmeye bağlı olarak kart hamillerinden alınabilecek ücret, komisyon, masraf ve vergilerin neler olacağına dair açıklamaların ve bunların tutarlarının ve sözleşmede yer alan ücret, komisyon, masraf ve vergiler dışında kart hamilinden herhangi bir isim altında ödeme talep edilemeyeceği ve hesabından kesinti yapılamayacağına ilişkin hükümlerin yer alacağı,

• Kredi kartı hamillerine gönderilecek hesap özetlerinde, kredi kartlarına ilişkin olarak ilgili hesap özetinde tahakkuk ettirilen yıllık ücret, faiz ve diğer her türlü ücret ve komisyon tutarlarına ilişkin bilginin bulunmasının zorunlu olduğu

hususları belirtilmek suretiyle sözleşmede kararlaştırılarak yıllık kart ücreti talep edilebileceği dolaylı olarak öngörülmüştür. 24 üncü madde ile ayrıca kart çıkaran kuruluşların kart hamilleri ile akdedeceği sözleşmelerin şekil ve içeriğinde yer alması gereken asgari hususların Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından düzenleneceği hükme bağlanmıştır[115].

Bu çerçevede, yukarıda yollama yapılan Yönetmelik hükümleri uyarınca; kredi kartı sözleşmesine yıllık ücret hususunda açık hüküm konulması ve alınması öngörülen yıllık ücretin miktarının açıkça belirtilmesi, ayrıca yıllık kart ücreti alınmasını öngören sözleşme hükümlerinin en az on iki punto ve koyu siyah harflerle yazılması halinde kredi kartı yıllık kart ücreti talep ve tahsil edebilmenin yasal koşulları oluşmuş sayılacakken, tüketici kredisi tutarı, faiz ve diğer unsurlarla birlikte

115 TEKİN;S.53. AÇIKGÜL, Emine/AÇIKGÜL, Hacı Ali; Teori ve Uygulamada Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2007, s.99 v.d.

toplam borç miktarı, kredinin vadesinden önce kapatılmasına ilişkin şartlar gibi bilgilerin kredi kartı sözleşmelerinde yer alması ise gerekli görülmemiştir[116].

Tüketici ile yapılan kredi kartı sözleşmesinin yanında ayrıca faiz komisyon ve ücretler konusunda kanuna uygun bilgilendirme yapılmış olması gerekir. Aksi halde talep edilecek olan ücretin haksız şart sayılma riski bulunmaktadır[117].

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından konuya ilişkin verilen özellikle ilk dönem kararlarında kredi kartı yıllık ücreti talep edilemeyeceği belirtilmiş, sözleşme hükmünün tüketici ile müzakere edilmeksizin banka tarafından tek taraflı olarak düzenlenmiş olması sebebiyle haksız şart niteliğinde olduğuna ilişkin ilk derece mahkemesi kararları onanmış, uyuşmazlıklar tüketici lehine karara bağlanmıştır. Daire'nin konuya ilişkin tüketici lehine vermiş olduğu 03.03.2008 tarih, E.2007/11236, K.2008/2982 sayılı ilk kararına konu uyuşmazlıkta Balıkesir Tüketici Sorunları Hakem Heyeti tarafından yıllık kart ücretinin haksız şart olduğu yönündeki talebin reddedilmesi üzerine yapılan itiraz neticesinde ilk derece mahkemesi tarafından verilen 19.06.2007 tarih, E.2007/115, K.2007/220 sayılı karar ile ***"… Esasen kart uygulamasında bankaların menfaat temin ettikleri, yatırılan paraları bir süre kullandıkları bilinmekte olup buradan elde edilen menfaatler dışında ayrıca üyelik aidatının alınmasının hukuka ve iyiniyet kurallarına uygun düşmediği, hazırlanan sözleşmelere kullanıcının iştirakinin söz konusu olamayacağından bu sözleşmelerdekinin aksine konulan kurallarla da kredi kartı sahiplerinin yükümlü olmasının kabul edilmesinin doğru olmayacağı"*** belirtilmek suretiyle yıllık kart ücretine ilişkin sözleşme hükmünün haksız şart olduğu yönünde karar verilmiş, yerel mahkeme kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır[118].

Bu kararlar çerçevesinde tartışılması gereken bir diğer nokta kredi kartı ücretlerinin kredi kartı sözleşmesinin asli edimi olup olmadığıdır.

---

116 TEKİN; S.53. YAVUZ, Nihat; Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Bası, Ankara 2010, s.815

117 13. Hukuk Dairesi'nin 04.02.2010 tarih, E.2009/15504, K.2010/1253 sayılı Kararı: "… Taraflar arasındaki sözleşmede üyelik yenileme ücretinin alınacağı belirtilmiştir. Anılan sözleşme incelendiğinde, sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto, koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi üyelik yenileme ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını ispat edememiştir. Böyle olunca sözleş-medeki üyelik yenileme ücreti alınacağına dair hükmün haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısından ücret istemesi olanaklı değildir."

13. Hukuk Dairesi'nin 02.05.2008 tarih, E.2008/4345, K.2008/6088 ve 20.04.2009 tarih, E.2008/15042, K.2009/5386 sayılı kararları; "Sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davalıdan ücret istemesi olanaklı değildir."

118 TEKİN; s.54. SİRMEN, Lale; Banka Kredi Kartı Hamillerinden Yıllık Kart Ücreti Alınmasına İlişkin Sözleşme Hükmünün Yargısal Denetimi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2009, C.XXV S.4, s.50

Gerçekten 6502 sayılı kanunun 5. Maddesinin 7. Fırkasına göre asli edim yükümlülükleri hakkında genel işlem şartı denetimi yapılamaz. Bu güne kadarki mahkeme kararlarının haksız sözleşme şartı denetimi yaptıkları düşünülecek olursa, kredi kartı yıllık ücretlerinin mahkemeler tarafından asli edim yükümlülüğü olarak görmedikleri tali edim olarak gördükleri anlaşılmaktadır. Çünkü kredi kartı yıllık ücretine ilişkin hükümler hemen hemen tüm kararlarda haksız sözleşme şartı denetimine tabi tutulmuştur. Bu mahkemelerin kredi kartlarında tüketicinin asli ediminin kullandıkları krediyi faizi ile birlikte geri ödeme yükümlülüğü olarak kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Kredi kartını gerçekten tüketici kredisi olarak kullanan tüketiciler açısından, bu yaklaşım doğrudur. Zaten Kredi kartı gecikme faiz oranları genellikle normal kredilerin oldukça üzerinde seyretmektedir. Kredi kartını tüketici kredisi olarak kullanan tüketicilerin asli ediminin kredilerini faizi ile birlikte zamanında ödemek olduğunun varsayılması ve haksız şart denetimine tabi tutulması adil bir yaklaşım olarak görülebilir. Bu denetimin BDDK tarafından öngörülen şartlara uyulup uyulmadığı ile sınırlı olması gerekmektedir.

Kredi kartı çıkaran bankalar çıkardıkları kredi kartları ile ilgili olarak üye iş yerlerinden de kartla yapılan harcamanın miktarına oranla bir ücret almaktadırlar buna üye işyeri komisyonu denilmektedir. Kartı çıkaran kuruluş o üye işyeri ile anlaşması olmasa bile kartı kabul eden bankanın üye işyerinden aldığı komisyondan, takas komisyonu adı altında bir pay almaktadır. Dolayısıyla bankaların kredi kartlarının her kullanılışında kullanılan miktara oranla bir gelirleri olmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi bunun dışında bir de tüketicinin kredi olarak kullandığı durumlarda faiz geliri elde etmektedirler. Bazı tüketiciler ise kartlarını sadece bir ödeme aracı olarak kullanmaktadırlar. Bu gibi tüketicilerden banka faiz geliri elde edememektedir. Sadece üye işyeri komisyonu ya da takas komisyonu gelirleri olmaktadır. Gerçek anlamda bir ödeme aracı olarak kullanıldığı durumlarda tüketicinin bankaya karşı asli ediminin ne olacağının da tartışılması gerekir.Bu durumda tüketici hiçbir yükümlülük ya da edim altına girmeden banka tarafından çıkarılmış olan bir ödeme aracının sağladığı faydalardan yararlanmaktadır, bankadan bir ödeme hizmeti almış olmaktadır[119]. Kanaatimizce bu gibi durumlarda kredi kartı ücretinin asli edim yükümlülüğü olarak kabul edilerek haksız şart denetimine tabi tutulmaması gerekir[120].

Kredi kartlarının ücretinin arttırılması halinde BKK Kanunun 25 inci maddesi uyarınca kredi kartı sözleşmelerinde yapılacak değişiklikler hesap özetiyle kart hamiline bildirilir. Dolayısıyla

119 Bu nedenle Kredi kartı ücretinin herhangi bir hizmet karşılığı olmadığı yolundaki görüşlere katılmıyoruz. Tüketici aldığı kartı hiç kullanmasa bile banka tüm ödeme sistemin kart hamilinin kullanımına hazır olarak tutma hizmetini vermektedir. Bu itfaiyecilerin hiç yangın çıkmasa bile yangın çıktığında söndürmek için hazır beklemelerine ve buna karşılık da bir ücret almalarına benzemektedir. Bkz. TUTUMLU, Mehmet Akif; Kredi Kartı Üyelik Ücretinin Tüketiciden Tahsili ve Haksız Alınan Kart Ücretinin İstirdatı Koşulları, Legal Hukuk Dergisi 2012, Cilt.10, Sayı:109, s.109; SİRMEN, s.51. Krş. İŞGÜZAR, Hasan; Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003, s.83

120 Ayrıca belirtilmelidir ki mahkemeler haksız şart analizlerini genellikle kanundaki unsurları tek tek test etmeden eksik olarak yapmaktadırlar. Bkz. ATAMER, Yeşim/SANLI, Kerem Cem; Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2010, C.XXVI S.4, s.48

buradaki hükümler uygulanır. Sırf kredi kartı ücretini tek taraflı oalrak arttırma yetkisi verilmiş olması tek başına bu hükmün haksız şart sayılması için yeterli değildir. Özellikle Tüketiciye de buna karşılık bazı haklar tanınmışsa örneğin fesih hakkı kartı kapatma vs gibi haklar verilmişse böyle bir yetki haksız şart sayılmayabilir. Aksi halde tek taraflı değişiklik kart hamilini bağlamayacaktır[121].

Ücreti artırma hakkını sözleşmede saklı tutan bankanın, yapacağı artırımla ilgili olarak tüketiciyi derhal haberdar etmeyi taahhüt etmiş ve tüketiciye sözleşmeyi feshetme için münasip bir süre tanımış ise anılan hususun haksız şart olmayacağı ve batıl sayılmayacağı, bununla birlikte, bankanın tarafların başlangıçta üzerinde anlaşmış oldukları kart ücretini tek taraflı artırma yetkisini sözleşmede saklı tutması halinde, kart hamili tarafından anılan hususun ihbar edilmesine gerek bulunmaksızın kayıtsız şartsız söz konusu artırıma uyacağına taahhüt etmesi halinde, söz konusu sözleşme şartının haksız şart[122] sayılacaktır.

Sözleşmedeki hükmün haksız şart teşkil etmesine rağmen zamanında itiraz etmeyerek kart ücretini ödemeye devam etmiş tüketici açısından 10 yıllık sözleşme zamanaşımı süresi içinde hakkını talep etme olanağı vardır. Ancak bu hakkın kullanılmasının MK 2. maddeye göre hakkın kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağının da somut olayın koşulları çerçevesinde tartışılması gerekir.

Yargıtaya göre; ***" … Somut uyuşmazlıkta olduğu gibi haksız şart niteliğinde olduğu kabul edilen ve tüketiciden kredi kartı ücreti, kredi kartı aidatı vb. isimler altında alınan bedelleri tüketicinin bir süre ödemesi, sözleşmedeki haksız şarta icazet verdiği ve bundan sonra da ödemeye devam edeceği anlamına gelmez. Kredi kartı hamili belli bir süre ödeme yaptıktan sonra haksız şart niteliğinde olan sözleşme hükmüne uygulanması gereken "haksız şartın bağlayıcı olmayacağına" ilişkin müeyyide gereği talepte bulunabilir. Hal böyle olunca tüketici haksız şart niteliğinde olan kredi kartı aidatını bir süre ödedikten sonra gelecek dönemler için sözleşmedeki hükmün haksız şart olması nedeniyle ileriye yönelik olarak talepte bulunulabileceği gözetilmeksizin aksine düşüncelerle bu talebin iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil edeceğine dair mahkeme hükmü usul ve yasaya aykırıdır."***[123]

Yargıtay başka bir kararında tam tersine bir yaklaşım sergilemiştir. Buna göre; ***"Kaldı ki anılan düzenlemelerin uygulanacağı düşünülse bile sözleşmenin ifa edildikten sonra ihtirazı kayıt ileri sürmeksizin aidat bedelleri ödendikten ve kartın kullanılmasından sonra kart aidat bedellerinin iadesini istemek iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz. Karşılıklı edimler yükleyen sözleşmelerin ifasından sonra taraflardan birinin kendi ediminde indirim istemesinin yasal dayanağı bulunmamaktadır. Dosyamızda yasal hakların saklı tutulduğuna dair bir iddia da bulunmamaktadır. Kaldı ki, kural olarak herkes dilediği şartlarda sözleşme yapmakta serbest olduğu gibi istemediği***

121 SİRMEN, s.49, 65, 67; TEKİN; s.57

122 ATAMER, Yeşim; Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, s.240. TEKİN; s. 57. YAVUZ, Nihat; Öğretide ve Uygulamada Sözleşme-deki Haksız Şartlar, 2. Bası, Ankara 2010, s.217

123 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 13.10.2011 tarih, E.2011/5605, K.2011/14474 sayılı kararı

bir sözleşmeyi sürdürmek zorunda da değildir. Tüketici sözleşmeyi feshetmeyip kartı kullanmaya devam ettiğine göre "ahde vefa" ilkesi uyarınca sözleşmeye uymak zorundadır. Bu durumda yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda araştırma ve incelemeler yapılmalı, kart kullanımlarının birer yıllık dönemler halinde uygulanması nedeniyle hakem heyetine başvuru tarihi olan 22.1.2010 itibariyle ifa edilmiş ve geçmişe yönelik dönemler için istemde bulunulamayacağı gözetilmelidir,"[124]

Bununla birlikte Finansal Tüketicilerden Faiz Dışında Alınacak Ücret, Komisyon ve Masraflara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik Taslağının kredi kartlarına ilişkin düzenlemeleri içeren 11 inci maddesinde; kredi kartı ücretinin, ancak tüketicinin kartı borçlandırıcı nitelikteki ilk kullanımını müteakip olarak tahakkuk ettirilebileceği öngörülmekte olup, belirtilen Doktrin görüşlerinin yönetmeliğin yürürlüğe girmesi itibariyle geçerliliği kalmayacaktır[125].

Yönetmelikte kredi kartı ücretine ilişkin getirilen diğer yeniliklerden birisi de, 6502 sayılı Kanun'da da düzenlendiği üzere, kart çıkarak kuruluşlara, tüketicilere yıllık üyelik ücreti ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunma yükümlülüğü getirilmiş olmasıdır.

Yönetmelikte ayrıca, limiti beşbin Türk Lirası ve altında olan kredi kartlarından azami alınabilecek yıllık üyelik ücretinin yirmibeş Türk Lirasını geçemeyeceğine yer verilmiştir.

Öte yandan, Yönetmeliğin 11/4. maddesinde yer alan; *"Kredi kartı hesabına finansal tüketicinin toplam borç miktarının üzerinde yapmış olduğu ödemelerin tutarı kadar olan nakit çekimlerden ücret alınamaz."* şeklindeki düzenlemenin de yine Yönetmeliğin 10/6 maddesinde yer alan; *"… kredi kartlarından yapılan nakit çekim için herhangi bir ücret tahsil edilemez."* hükmü ile çeliştiği görülmektedir. Nitekim bu taslak yayından kaldırılmış ancak henüz yerine yenisi yayınlanmamıştır.

4.9. KREDİ KARTI İHTİLAFLARINDA YETKİ VE GÖREV

BKKKK, yetkili mahkeme ve merciler başlığı altında bu kanunla ilgili çıkabilecek ihtilaflarla ilgili yetki ve görev kuralları benimsemiştir. Buna göre; ***"Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda kart hamilinin tüketici olması halinde, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 22 nci ve 23 üncü maddesi hükümleri uygulanır.***

Kart çıkaran kuruluşlar tarafından kart hamilleri aleyhine açılacak davalarda 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun görev ve yetkiye ilişkin hükümleri uygulanır."

6502 sayılı Kanun'un 86. maddesine göre, 4077 sayılı Kanun'a yapılan atıflar, bu kanuna yapılmış sayılır. Dolayısıyla, bu atıflar Tüketici Hakem Heyetini düzenleyen 66 vd. maddeler ve Tüketici Mahkemelerini düzenleyen 73 vd. maddelerine yapılmış sayılacaktır.

Birinci fıkra açık bir şekilde sözleşmenin taraflarından birisinin tüketici olması halinde TKHK'nin 22(66 vd) ve 23. (73 vd) maddelerinin uygulanacağını belirtmiştir.

---

124 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 12.09.2012 tarih, E. 2012/12109, K.2012/19694 sayılı kararı. ÜNAL, Rahmi/İLGÜN, Candaş; s.300-303

125 TEKİN; s.61. http://www.kanunum.com/index.php?action=bulten&tid=3408#.U8Pfyvl_spU

İkinci fıkrada ise, davacı tarafın kimliğine göre bir görev ve yetki tanımı yapılmış bulunmaktadır. Buna göre eğer davayı kartı çıkaran kuruluş açacak ise görevli ve yetkili mahkemeler, HMK'ye göre belirlenecektir. Yani genel mahkemelere gidilecektir.

Bize göre, bu hükümlerin şu şekilde anlaşılması gerekmektedir; tüketici kredisi niteliğinde olan kredi kartları ile ilgili olarak, BKKKK veya TKHK'nin tüketiciyi koruyucu hükümlerinin ihlali nedeniyle tüketici tarafından açılacak davalar, uyuşmazlığın miktarı gözetilerek THH veya tüketici mahkemelerinde görülecektir. Yetkili THH veya yetkili tüketici mahkemesi, tüketicinin ikametgahına göre tespit edilir.

Ancak, kredi çıkaran kuruluşların kredi alacağının (sözleşmeden doğan ana yükümlülüklerin yerine getirilmesi) tahsili amacıyla borçlu tüketici veya kefili veya diğer kredi kartı hamilleri aleyhine açacağı davalar genel mahkemelerde genel görev ve yetki kurallarına göre görüşülecektir.

5. KONUT FİNANSMANI

5.1. GENEL OLARAK

TKHK'nin 32-39 maddeleri arasında konut finansmanı düzenlenmiştir. Düzenlemeler genel olarak, tüketici kredileriyle paraleldir. Bu nedenle, burada yapacağımız açıklamalar da tüketici kredileri bölümüyle paralel olacaktır. Bununla birlikte, fazla tekrara yer vermemek amacıyla, burada sadece TKHK hükümlerine yer verilecek; teorik tartışmalar, doktriner görüşler ve TBK hükümleri gibi genel hükümlere yer verilmeyecektir. Bu konularda, tüketici kredileri başlığı altında yazılanlara bakılmalıdır.

Konut finansmanına ilişkin düzenlemeler, ilk önce mortgage yasası olarak bilinen 5582 sayılı Kanun'la yapılmıştır. Bu Kanun çeşitli kanunlarda değişiklikler yapmak suretiyle konuyu düzenlemiştir. Bu arada SPK ve TKHK'da da değişiklikler yapmıştır. 6502 sayılı yeni TKHK, 4077 sayılı eski TKHK'da yapılan bu değişiklikleri de değiştirmiş olmaktadır. Bununla birlikte, 5582 sayılı Kanun'la, diğer kanunlarda yapılan değişiklikler durmaktadır. Şunu da hemen belirtelim ki, 5582 sayılı Kanun, esasen menkul kıymetler piyasasına, ipoteğe dayalı yeni enstrümanların sokulması amacını taşımaktadır.

5.2. KONUT FİNANSMAN SÖZLEŞMESİ

Konut Finansman sözleşmesi, TKHK'nin 32. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre; ***"(1) Konut finansmanı sözleşmesi, konut edinmeleri amacıyla; tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması ve bu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullandırılmasına yönelik sözleşmedir."***

5582 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değişik 2499 sayılı kanun 38/A maddesinin 1. fıkrası da aynı hükmü içermektedir. Buna göre; ***"Konut finansmanı, konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılmasıdır. Bu kapsamdaki kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kullandırılan krediler de konut finansmanı kapsamındadır."***

Bu tanım da, Tüketici Kredisi tanımı gibi, tüketiciyle yapılan konut finansmanı amaçlı veya konut teminatlı kredi sözleşmelerini ve finansal kiralama yöntemlerini tek tek saymıştır.Bunlar şunlardır:

Konut finansmanı sözleşmesi, konut edinmeleri amacıyla;

(1) tüketicilere kredi kullandırılması,

(2) konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması,

(3) sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması ve

(4) bu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullandırılmasına yönelik sözleşmedir.

Burada belki değinilmesi gereken husus, 3 numara altında yer alan, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması halinde, bu kredilerle de konut alınmasının zorunlu olup olmadığıdır. Nitekim maddenin başında tüm madde hükmünü kapsayacak şekilde, "konut edinmeleri amacıyla" denmiştir. Bizim kanaatimize göre, konut teminatlı krediler de konut finansmanı kapsamına alınmış olsa bile, bu kredilerle de konut alınması zorunlu değildir. Bunların dışında refinansman kredileri de, ki 4 numara altındadır, konut amaçlı değildir yukarıda sayılan kredilerin kapatılıp daha düşük maliyetli kredilere geçilmesi amacını taşır.

Konutun anlamı üzerinde de durmak gerekir. Barınma ihtiyacı için kullanılan yaşamaya elverişli taşınır veya taşınmaz her türlü yapı konut olarak düşünülebilir. Ancak yukarıdaki hükümler daha çok taşınmazlar düşünülerek kaleme alınmıştır. MK'nin 19. maddesine göre yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalma niyeti ile oturduğu yerdir. Henüz yerleşmeye karar vermemiş kimselerin halen oturduğu yer onun yerleşim yeri olarak kabul edilir (MK m.21(2)). MK 186. maddesinde aile konutu düzenlenmiştir.

Konut finansmanı açısından konutun teminata elverişli olması gerekir. Bu anlamda menkul inşaat-yüzer ev, otel odası vs gibi yerler teminata elverişli değildir. Konut finansmanı açısından müstakil yapı, bir binanın kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümleri, yatay alanda kat mülkiyeti kurulmuşsa bu bölümler, kat irtifakı (ileride yapı kullanım izni alınacak şekilde yapılması teminat altına alınmalı), devre mülk (kat mülkiyeti veya irtifakı kurulmuş bağımsız bölümler veya müstakil binalarda kurulur) taşınmaz olarak tescil edilmiş üst hakkı üzerinde konut kurulabilir. İmar mevzuatına aykırı konutların teminata elverişli kabul edilmemesi gerekir.

Konut finansmanı sözleşmelerinin bir tarafında tüketici vardır. Diğer tarafta ise konut finansman kuruluşları bulunmaktadır. Belirtildiği üzere tüketici, ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişilerdir. TKHK'nin 39. maddesinin 3. fıkrasına göre; ***"Bu Bölüm hükümlerinin uygulanmasında, konut yapı kooperatiflerinin gerçek kişi ortakları da tüketici olarak kabul edilir."***

Konut Finansman kuruluşu ise TKHK 3. maddesinde ve 5582 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değişik 2499 sayılı Kanun'un 38/A maddesinin 2. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre; ***"Konut finansmanı kuruluşu: Konut finansmanı kapsamında doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketlerini,"*** ifade eder. Bizim kanaatimize göre, mesleki ve ticari olarak konut finansman kredileri veren tüm gerçek ve tüzel kişilerin konut finansman kuruluşu sayılması gerekir. BDDK tarafından yetki verilmiş olmasını aramak hükmün uygulamasını daraltacak niteliktedir.

5.3. KONUT FİNANSMAN SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE İÇERİĞİ

Ödünç verme sözleşmesi, herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir[126]. TKHK'nin; 4(1), 32(2) 33 ve 39(4). hükümleri incelendiğinde, konut finansman sözleşmelerinin çok sıkı şekil şartlarına tabi olacağı anlaşılmaktadır. Bunlara göre; tüketici kredisi sözleşmesi yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmaz. Geçerli bir sözleşme yapmamış olan kredi veren, ***sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez*** (TKHK m. 32(2)). Bu Kanun'da yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir. Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. ***Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhâl giderilir*** (TKHK m. 4(1)).

Sözleşme öncesi bilgilendirme, sözleşmenin zorunlu içeriği, kapsam dışı sözleşmeler, tüketici ile kredi verenin hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, erken ödeme, efektif yıllık faizin hesaplanması, tüketici kredilerine ilişkin reklamların zorunlu içeriği, fesih hakkının kullanılması, temerrüt, kredinin devri, bağlı kredi ile diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir. (TKHK m. 39(4))

Yukarıdaki hükümlere uymamanın hukuki yaptırımının ne olacağı kanunda açıkça gösterilmiştir. Bunlara ek olarak idari bir yaptırım olarak 77. maddeye göre para cezası da verilebilecektir. Yukarıdaki hükümlerden anlaşılacağı gibi buradaki geçersizlik, tüketicinin ileri sürebileceği fakat kredi verenin tüketici aleyhine olarak ileri süremeyeceği bir geçersizlik türüdür. Geçersizliğin sonuçlarının ne olacağı TBK'nin genel hükümleri çerçevesinde çözümlenecektir.

Konut Finansman Sözleşmeleri Yönetmeliğinin[127] 9. Maddesinde sözleşmenin zorunlu içeriği düzenlenmiştir buna göre; ***(1) Konut finansmanı sözleşmesinin; sabit, değişken veya sabit ve değişken faizin birlikte uygulandığı kredi tiplerine göre, 6 ncı maddenin birinci fıkrasının (e), (ı), (j), (k) bentleri ve (l) bendinin (4) numaralı alt bendi ile (m) bendinin (8) numaralı alt bendinde yer alan bilgiler hariç olmak üzere, diğer bentlerinde yer alan bilgilerle birlikte aşağıda belirtilen hususları içermesi zorunludur:***

a) Tüketicinin adı, soyadı, açık adresi, varsa telefon numarası ile diğer iletişim bilgileri,

b) Sözleşmenin eki olarak da verilebilecek ödeme planı,

c) Kredi alınmasına ilişkin şartlar,

ç) Sözleşme konusu konuta ilişkin genel bilgi,

d) Konut finansmanı sözleşmesinin bağlı kredi şeklinde olması halinde 15 inci maddede yer alan tüketicinin haklarına ve bu hakların kullanılmasına ilişkin açıklayıcı bilgi,

e) Taksit vadesinin, kanunlarda tatil olarak kabul edilen bir güne rastlaması durumunda kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçeceğine ilişkin bilgi,

126 TUNÇOMAĞ, s. 779

127 Resmi Gazete 28 Mayıs 2015 s 29369

f) Temerrüt hali de dahil olmak üzere konut finansmanı sözleşmelerine dayanılarak yapılan her türlü işlemde bileşik faiz uygulanamayacağına ilişkin bilgi,

g) Kredinin yabancı para birimi cinsinden kullandırılması durumunda, geri ödemeye ilişkin taksitlerin ve toplam kredi tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin bilgi,

ğ) Tüketicinin uyuşmazlık konusundaki başvurusunu tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceğine dair bilgi,

h) Konut finansmanı kuruluşu ile tüketici arasında kurulan sözleşmenin bir örneğinin düzenlenme tarihinden sonraki ilk yıl için tüketicinin ücretsiz olarak alma hakkı olduğuna ilişkin bilgi,

ı) Varsa tüketicilerin başvurabileceği diğer çözüm yollarına ilişkin bilgi.

(2) Konut finansmanına yönelik finansal kiralama işlemleri ile ilgili sözleşmelerde de, birinci fıkrada yer alan bilgilere, finansal kiralama işlemlerine karşılık gelen uygun ifadelerle yer verilir".

5.4. ÖN BİLGİLENDİRME FORMU

TKHK'nin 33. maddesine göre; "Konut Finansman kuruluşları, ***tüketiciye, konut Finansman sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermesi zorunludur.***"

Bu maddede yapılan düzenleme ile, konut finansman sözleşmesini imzalamadan önce sözleşme öncesi bilgi formu verilmesi zorunlu hale getirilmiştir. Tüketici açısından en önemli eksikliğin ve korunmasını gerektiren durumun tüketicinin bilgi eksikliği olduğunu belirtmiştik. Bu hüküm tüketicinin yapmayı düşündüğü işlemle ilgili olarak bilgilendirilmesini sağlayacak ve gerçek anlamda serbest iradesinin oluşmasına katkı sağlayacaktır. Konut Finansman kuruluşları, teklif ettikleri konut finansmanı sözleşmesinin koşullarını içeren bir sözleşme öncesi bilgi formunu tüketiciye sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce verecektir. Bu süre, tüketicilere tanınan son kez düşünme ve araştırma süresidir. Böylece tüketiciler kredi sözleşmesi ile ilgili şartları önceden öğrenebilecek ve kararlarını daha bilinçli olarak verebileceklerdir. Makul sürenin ne kadar bir süre olduğu Kanun'da düzenlenmemiştir. 39. maddenin (4). fıkrasında düzenlenen yönetmeliğin bu konuda da hükümler içermesi gerekmektedir. Makul sürenin kaç gün olacağının bu yönetmelikle belirlenmesi uygulama kolaylığı sağlayabilir.

Nitekim Yönetmelik ön bilgilendirme formunun da yer alması zorunlu olan bilgileri belirlemiş bulunmaktadır. Yönetmeliğin 6. Maddesine göre; – ***(1) Konut finansmanı kuruluşları, konut finansmanı sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, aşağıdaki bilgileri içerecek şekilde ve sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce tüketiciye vermek zorundadır:***

a) Kredi faizinin türü,

b) Konut finansmanı kuruluşunun unvanı, MERSİS numarası, açık adresi, telefon numarası, varsa diğer iletişim bilgileri,

c) Konut finansmanı sözleşmesinin süresi,

ç) Kredinin toplam tutarı ve varsa tüketiciden talep edilecek ücretler,

d) Toplam borç tutarının anapara, faiz, vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler ve ücretler itibarıyla dağılımı,

e) Konutun değerinin belirlenmesine yönelik ekspertiz işleminin yapılmasının gerekip gerekmediğine, bu işlemin yapılmasını sağlamaktan kimin sorumlu olduğuna ve tüketiciler için maliyet oluşturup oluşturmayacağına ilişkin bilgi,

f) Konut finansmanı sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret talep edilmeyeceğine ve bu hesabın, tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin ödenmesi ile kapanacağına ilişkin bilgi,

g) Gecikme faiz oranına ilişkin bilgi,

ğ) İstenecek teminatlar ve bu teminatların tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlardan olması halinde her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağına ve tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatların diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılacağına ilişkin bilgi,

h) Tüketicinin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile açık talebi olmaksızın krediyle ilgili sigorta yaptırılamayacağına ilişkin bilgi ve sigortaya ilişkin hizmetlerin konut finansmanı kuruluşu dışında bir sağlayıcıdan da alınabileceğine ilişkin açık bir ifade,

ı) Kredi talebinin olumsuz sonuçlanması halinde tüketicinin derhal ve ücretsiz olarak bilgilendirileceğine ilişkin bilgi,

i) Varsa konut finansmanı kuruluşunun krediyi başka bir konut finansmanı kuruluşuna veya konuta nakletme şartlarına ilişkin bilgi,

j) Sözleşme öncesi verilen bilgilerin konut finansmanı kuruluşu için bağlayıcı olacağı süreye ilişkin bilgi,

k) Sabit, değişken veya sabit ve değişken faizin birlikte uygulandığı kredi tiplerinin tanımları ile bu kredi tipleri arasındaki farklara ilişkin açıklamalar,

l) Sabit faizli kredilerde;

1) Akdi faiz oranı ile yıllık maliyet oranı,

2) Kullanılacak kredi tutarına göre geri ödenecek her bir taksit tutarı,

3) Tüketicinin erken ödemede bulunma hakkına, ödenen tutara göre konut finansmanı kuruluşunun indirim yapma yükümlülüğüne ve Kanunun 37 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca belirlenen erken ödeme tazminatına ilişkin bilgi,

4) Tüketicinin talep ettiği kredi tutarı ve iki farklı vade seçeneği esas alınarak hazırlanacak ve formun eki olarak da verilebilecek örnek ödeme planı,

m) Değişken faizli krediler ile sabit ve değişken faizin birlikte uygulandığı kredilerde;

1) Finansmanın tüketiciye muhtemel etkilerine ilişkin bilgi,

2) Değişken faize esas teşkil eden referans faiz ve endekslerin hangi dönemlerde, hangi kıstaslar esas alınarak belirleneceğine ilişkin bilgi,

3) Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenen referans faiz ve endekslerin yıllık oranı,

4) Konut finansmanı kuruluşunun bu faiz ve endekslere uygulayacağı marj,

5) Kullanılacak kredi tutarına göre aylık ve yıllık geri ödeme tutarı,

6) Başlangıç ve azami faiz oranları için ayrı ayrı gösterilen akdi veya cari faiz oranı ile yıllık maliyet oranı,

7) Geri ödemelerin vadesinden önce yapılması durumunda, erken ödeme tazminatının alınamayacağına ilişkin bilgi,

8) Aylık taksitlerin azami faiz oranını geçmemek üzere değişiklik gösterebileceği konusunda bir ibarenin yer aldığı, tüketicinin talep ettiği kredi tutarı ve iki farklı vade seçeneği esas alınarak konut finansmanı kuruluşunun uygulamakta olduğu cari faiz oranı ve azami faiz oranı üzerinden hazırlanacak ve formun eki olarak da verilebilecek örnek ödeme planı,

n) Tüketicinin, ödemelerini ödeme tarihinde yapmamasının ve temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları,

o) Tüketicinin talep etmesi halinde, varsa konuta ilişkin ekspertiz raporunun bir örneğinin verileceğine ilişkin bilgi.

(2) Konut finansmanına yönelik finansal kiralama işlemleri ile ilgili sözleşme öncesi bilgi formunda, birinci fıkrada yer alan bilgilere, finansal kiralama işlemlerine karşılık gelen uygun ifadelerle yer verilir."

5.5. MUACCELİYET ŞARTI

5.5.1. Genel Olarak

6502 sayılı Kanun'un 34. maddesinde, muacceliyet şartına ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır.

TKHK 34. maddesine göre; ***"(1) Tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, konut Finansman kuruluşu , borcun tamamının ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak konut Finansman kuruluşunun bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin de birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmesi hâlinde kullanılabilir. Konut Finansman kuruluşunun bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması zorunludur.***

(2) Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmaz."

Konut finansman sözleşmelerinde kalan borcun geri çağrılması, belli şartlara bağlanmıştır. Kredi verenin, ödenmeyen takside ilişkin temerrüt faizi tahsil etmek suretiyle yeterince korunması mümkündür. Kural olarak, tüketicinin kalan bütün borcunu hemen muaccel kılmakta, kredi verenin haklı bir menfaati yoktur. Olsa olsa tüketicinin geç ödemeyi bir alışkanlık haline getirmesi ve bu açıdan müteşebbisin gelecekte doğacak alacağını tahsil edemeyeceği ihtimalinin ortaya çıkması durumunda, muacceliyet kayıtları haklı bir gerekçeye dayanır. Dolayısıyla, bu tür kayıtlar ancak aşağıdaki şartların tümünün bir arada gerçekleşmesi halinde geçerli kabul edilir:

- Konut Finansman kuruluşunun bütün edimlerini ifa etmiş olması.
- Tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksiti ödemede temerrüde düşmüş olması.
- Konut Finansman kuruluşunun bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunmuş olması.

İkinci fıkrada, muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmayacaktır. Tüketicinin ödemesi gereken bedel hesaplanırken, muaccel kılınan taksit tutarından faiz, komisyon ve benzeri masraflar çıkarılacaktır[128].

Bu hüküm, 17 vd. maddelerde yer alan taksitli satışlarla ilgili hükümlere göre çok daha kredi veren lehinedir. Kanun koyucu, mal veya hizmet satanlara göre, konut finansman kuruluşlarını daha çok korunmaya değer görmüştür. Ya da kredi verenlere karşı, tüketicinin, mal veya hizmet satıcılarına göre daha zayıf korunmasını uygun görmüştür. Bize göre, böyle bir farklılık yaratmayı haklı gösterebilecek bir gerekçe bulunmamaktadır. Esasen, TBK'nin taksitli satışlara ilişkin hükümleri arasında dahi bulunan (%10 veya ¼) eşiklerinin, tüketiciyi koruma amaçlı, modern bir kanunda yer almamasının en azından bir eksiklik olduğunu kabul etmek gerekir.

5.5.2. Muacceliyet Uyarısına Uyulmamasının Sonuçları

TKHK'nin 34. maddesinin (3). fıkrasına göre; finansal kiralama işlemlerinde, muacceliyet uyarısında verilen süre içinde tüketicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde, bu sürenin sona ermesini takiben konut finansmanı kuruluşu kalan borcun tamamını ifa etme hakkını kullanmak üzere konut finansmanı sözleşmesini feshettiği takdirde, konutu derhâl satışa çıkarmakla yükümlüdür. Konut finansmanı kuruluşu, satış öncesinde, konut için 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca yetki verilmiş olan kişi veya kurumlara kıymet takdiri yaptırır. Takdir edilen kıymet, satıştan en az on iş günü önce tüketiciye bildirilir. Konut finansmanı kuruluşu takdir edilen kıymeti dikkate alarak basiretli bir tacir gibi davranmak suretiyle konutun satışını gerçekleştirir. Konutun satışından elde edilen bedelin, kalan borcu aşması hâlinde, aşan kısım tüketiciye derhâl ödenir. Konut finansmanına yönelik finansal kiralama işlemlerinde 21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununun 33 üncü maddesi uygulanmaz.

TKHK 34. maddesinin 4. fıkrasına göre; konutun satışının bu maddenin üçüncü fıkrası kapsamında gerçekleştirilmesi ve varsa elde edilen bedelin kalan borcu aşan kısmının tüketiciye ödenmesini takiben tüketici veya zilyetliğin devredilmiş olması hâlinde zilyetliği elinde bulunduran üçüncü şahıslar konutu tahliye etmekle yükümlüdür. Konutun tahliye edilmemesi hâlinde konut sahibi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 26 ncı ve 27 nci maddeleri uyarınca tüketici veya zilyetliği elinde bulunduran üçüncü şahıslar aleyhine icra yoluna başvurabilir.

Gecikme halinde tüketiciden tahsil edilecek faizin hesaplanmasında ne gibi hususların dikkate alınması gerektiği Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliğinin 13. maddesinin son fıkrasında Ek.5 nolu eke atıf yapılmak suretiyle gösterilmiştir.

128 Madde gerekçesinden

5.6. ERKEN ÖDEME

TKHK'nin 37. maddesine göre; ***"Tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabilir veya konut finansman borcunun tamamını erken ödeyebilir. Bu hâllerde konut finansman kuruluşu, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür."***

Tüketicinin, kredi sözleşmesini feshetmesi için ne bir haklı sebebinin olması, ne de bir feshi ihbar süresine uyması aranmıştır. Bu bir hukuk politikası tercihidir. Amaç, tüketicilerin ellerine geçen ek bir parayı hemen kredi borçlarını kapatmak için kullanmaları ve mümkün olduğu ölçüde borç sarmalından çıkmalarıdır. Kredi borcunun tümünü kapatamadıkları hallerde de en azından bir veya birden fazla taksit ödemek imkânı tüketicilere verilmiştir. Ayrıca, kredi verenin erken geri ödemeyi kabul etmemesi halinde, TBK'nin 106. maddesi ve devamı hükümleri uyarınca alacaklının temerrüde düşmesi söz konusu olacaktır. Gerek taksitlerin erken ödenmesi gerekse kredi sözleşmesinin feshi nedeniyle kredinin tümünün erken geri ödenmesi halinde kredi veren, erken ödenen miktara göre gerekli faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür. Tüketicileri erken geri ödemeye teşvik edici en önemli unsur budur. Bu hallerde indirimin nasıl hesaplanacağı konusunda ayrıntılar, yönetmelik ile belirlenecektir[129].

Bu hüküm, TBK'nin 96. maddesindeki düzenlemesinin bir istisnası olmaktadır. Çünkü TBK'nun bu maddesindeki hükme göre, borçlu vadeden önce ödemede bulunmasından dolayı, sözleşme ya da gelenekle öngörülmediği sürece, bir miktar indirim yapılmasını isteyemez ve bu koşula bağlı bir ödemeyi satıcı kabul etmek zorunda değildir[130]. Gerçekten de TBK'nin 96. maddesine göre, ***"Sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir. Ancak, kanun veya sözleşme ya da âdet gereği olmadıkça borçlu, erken ifada bulunması sebebiyle indirim yapamaz."*** Bu durumda TBK hükümlerine göre, tüketicinin erken ödeme halinde, borçlunun alacaklıdan indirim yapmasını talep etmesi mümkün değildir. Çünkü, erken ödeme halinde, sözleşmeden faiz geliri bekleyen kredi verenin zarar etmesi söz konusu olacaktır, belirli bir vade kararlaştırılmış olacağı için sözleşmenin mahiyetinden borcun vadesinde ödenmesi gerektiği anlamı çıkacaktır[131].

Oysa, yukarıdaki hüküm sayesinde, konut finansman sözleşmeleri bakımından tüketicinin erken ödeme yapabilmesi olanağı kabul edildiği gibi, konut finansman kuruluşuna da bunu kabul zorunluluğu ve gerekli faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirimini yapma zorunluluğu getirilmiştir.

Tüketicinin yapacağı ödemelerin, kısmi veya kredinin tamamına ilişkin olması ayrı ayrı düzenlenmiştir.

129 Madde gerekçesinden

130 ZEVKLİLER, s. 108

131 Krş. AKİPEK, s. 52-53

Ayrıca, borcun vadesinden önce kapatılmasının şartlarının sözleşmede yer alması gerekmektedir. Bu durumda, şartların içinde en azından Bakanlık tarafından çıkarılan yönetmeliğe göre yapılacak indirimin yer alması zorunludur. Ancak bunun dışında başka ve tüketici lehine hesap yöntemleri de kabul edilebilir[132].

Erken ödeme bir hak olarak verilmiş olup, erken ödemenin sonucu olarak bir indirim yapılması da kabul edilmiştir. Kısmen veya tamamen erken ödeme halinde indirilecek miktarın hesaplanmasında bazı ihtilaflar çıkabilecektir. Kanun indirilecek miktarları belirtirken sadece "faiz ve diğer maliyet unsurlarından" bahsetmiştir[133]. Ancak bu konuda, Bakanlık'a yetki verilmiş olmasına göre, Bakanlık'ın belirlediği hesap yöntemi dışında başka bir yöntemin belirlenmesi söz konusu olamayacaktır (TKHK 39(4))

TKHK'nin 37. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi hâlinde, sözleşmede yer verilmek suretiyle, bir ya da birden fazla ödemenin vadesinden önce yapılması durumunda, konut finansmanı kuruluşu tarafından tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edilebilir. Erken ödeme tazminatı gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen tutarın kalan vadesi otuz altı ayı aşmayan kredilerde yüzde birini, kalan vadesi otuz altı ayı aşan kredilerde ise yüzde ikisini geçemez. Oranların değişken olarak belirlenmesi hâlinde tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edilemez."*** Burada, Bankalar tarafından 4077 Sayılı Kanun'un 10/B maddesi çerçevesinde düzenlenmiş konut kredisi sözleşmelerinin, 6502 Sayılı Kanun'un yürülüğe girmesi ile tüketicinin kredisini erken kapatmak istemesi ve kalan vadenin 36 aydan az olması halinde erken ödeme tazminatının hangi oranda belirleneceği sorunu gündeme gelmektedir. Bu kapsamda olmakla, 6502 Sayılı Kanun'un Geçiş Hükümleri başlıklı bölümünün Geçici 1. maddesi belirleyici olacaktır. Söz konusu maddeye göre;

"(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam eder.

(2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki tüketici işlemlerine, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına bu işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmiş ise kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak:

a) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve hâlen geçerli sözleşmelerin bu Kanuna aykırı hükümleri yürürlük tarihinden itibaren uygulanmaz..."

Hukuken bağlayıcı olarak kurulmuş bir konut finansmanı kredi sözleşmesine, 6502 Sayılı Kanun'un hükümlerinin uygulanacağı söylenilebilecektir. Öte yandan, 6502 sayılı TKHK ile tüketici lehine getirilen tüm düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup, TKHK'nin yürülüğe girmesiyle birlikte hukuken geçerli olan tüm tüketici işlemlerinde uygulama alanı bulmuştur. Yani, 4077 Sayılı Kanun döneminde erken ödeme ve kalan vadenin 36 aydan az olması halinde, erken ödeme tazminatı tutarı, erken ödenen tutarın %2'si olarak belirlenirken, 6502 sayılı TKHK ile birlikte tüketici

132 GEZDER, s. 132

133 Krş. KÖKSAL, s. 93

erken ödeme ve kalan vadenin 36 aydan az olması halinde, erken ödeme tazminatı tutarı, erken ödeme tutarının %1'i olarak uygulanacaktır.

Görüldüğü gibi, tüketici kredilerinde erken ödeme halinde, herhangi bir tazminata yer verilmezken, konut finansmanı sözleşmelerinden sabit oranlı olanlarda bir erken ödeme tazminatı kabul edilmiştir. Faiz oranlarının değişken olarak kabul edildiği konut finansman sözleşmelerinde ise, erken ödeme tazminatı talep edilemeyecektir. Sabit faiz oranlı sözleşmelerin kalan ödeme süresine göre de farklı tazminat miktarı öngörülmüştür. Eğer kalan sure otuz altı aydan az ise kalan borcun yüzde biri fazla ise yüzde ikisi kadar tazminat talep edilebilecektir.

Bu yasal çerçevede 4077 sayılı Kanun uyarınca erken ödeme ücreti talep edilebilmesinin koşulları olan;

- Konut finansmanı sözleşmesinde faiz oranının sabit olarak uygulanması,
- Erken ödeme ücreti alınacağına dair sözleşmede açık hüküm bulunması,
- En azından bir taksitin veya birden çok ödemenin vadesinden önce yapılmış olması ya da kredinin tamamının erken ödeme ile kapatılması

6502 sayılı Kanun'da da aynen korunmuş, bununla birlikte talep edilecek tazminatın miktarında değişiklik yapılmıştır. Öngörülen şartlar kümülatif nitelikte olup, hepsinin birden gerçekleşmesi gerekmektedir.

Yargı kararlarına bakıldığında bir bankanın tüketiciye verdiği krediyi kapatmak ve yeni ve düşük olan faiz oranıyla yeniden açmak amacıyla krediyi yeniden yapılandırması erken ödeme anlamına gelmemekte ve bu nedenle bir erken ödeme ücreti de alınmaması gerekmektedir[134].

134 Yargıtay 13. HD. 22.02.2013 tarih, E.2013/189, K.2013/4261 sayılı ve 09.04.2013 tarih, E.2012/27561, K.2013/9253 sayılı kararlarında da; "… Davalı banka tarafından, yeniden yapılandırma komisyonunun taraflarca imzalanan sözleşme içeriğine uygun olarak tahsil edildiği, tüketicinin bu hususdaki kabul iradesinin sözleşmeye yansıtıldığı belirtilerek davanın reddine karar verilmesi talep edilmiş ise de, taraflar arasında imzalanan konut kredisi sözleşmesinin 9. maddesinde, erken ödeme halinde, erken ödenen tutarın %2 si oranında erken ödeme ücretinin alınacağının belirtilmiş olduğu, ancak davacının kullandığı kredinin sabit taksitli ve sabit faiz oranlı konut finansman kredisi olmakla birlikte faiz oranlarındaki düşüş nedeniyle yeni faiz oranları üzerinden ödeme miktarları ve tarihlerinin yeniden yapılandırmasına dair işlemin, gerek sözleşmenin 9. maddesi kapsamında gerekse mevzuat kapsamında erken ödeme niteliğinde olmadığı, hal böyle olunca yasanın aradığı şartlar somut olayda bulunmadığından bankanın ücret veya komisyon adı altında bir alacağının bulunmadığı anlaşılmaktadır. (…) Bunun yanında, dairemizin yerleşik kararlarında da vurgulandığı üzere, kredi veren bankayı yeniden yapılandırmaya zorlamak yasal olarak mümkün olmayıp bankanın kendi insiyatifi ile yapılandırma işlemini kabul ettiğinin anlaşılmış olmasına göre, borç yapılandırmasını kabul eden bankanın, yapılandırma esnasında bu kez başka bir seçeneği bulunmayan tüketicilerin eli ürünü olarak temin ettiği ve taraflar arasındaki asıl sözleşmeye ek niteliğindeki "yapılacak faiz indirimi neticesinde komisyon ödemesinin kabul edildiğine dair" tüketicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinde iyiniyet kurallarına aykırı düşecek şekilde aleyhte değişiklik içeren dilekçe içeriklerini de gerekçe göstermek suretiyle tüketicilerden erken ödeme komisyonu, ödeme plan değişikliği, yapılandırma komisyonu adı altında yeniden ücret talep etmesi yasaya aykırıdır.." denmiş, Aynı Dairenin 26.02.2013 tarih, E.2013/3498, K.2013/4473 sayılı kararında ise; "… Yasal mevzuat uyarınca taraflar arasındaki kredi sözleşmesinin faiz türüne göre, davacıdan kredi borcunun erken kapatılması halinde erken kapama ücretinin tahsilinde yasal olarak hukuka aykırılık bulunmadığı, … Bankanın ancak zorunlu, makul ve belgeli masrafları tüketiciden isteyebileceğini kabulü gerektiğinden erken ödeme nedeni ile alınacak bedelin tespiti noktasında bilirkişi incelemesi gerektiği" vurgulanmıştır.

Bankalar tüketicinin kredisini yeniden yapılandırdıkları durumlarda yeniden yapılandırma ücreti adı altında bir ücret almaktadırlar. Yargı kararlarına bakıldığında genellikle sözleşmede yer almayan, tüketiciye bilgi verilmeden alınan yeniden yapılandırma ücretlerinin iadesine karar verildiği ancak yeniden yapılandırma işlemi nedeniyle yapılan ve kanıtlanabilen zorunlu masrafların istenebileceği anlaşılmaktadır[135]. Bu konuda çıkarılan BDDK bankacılık İşlemleri Ücret Yönetmeliği ile bu konudaki tartışmalar giderilmiş görünmektedir.

Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği erken ödeme ve sonuçlarını detaylıca düzenlemiş bulunmaktadır. Ayrıca yapılacak indirimlerle ilgili hesap yöntemleri de bu Yönetmeliğe yapılan eklerle belirlenmiş bulunmaktadır: Yönetmeliğin 11. Maddesine göre; – ***"(1) Tüketici, konut finansmanı kuruluşuna borçlandığı tutarın tamamını veya bir taksit tutarından az olmamak üzere herhangi bir tutarı vadesinden önce ödeyebilir. Bu hâllerde, konut finansmanı kuruluşu, erken ödenen miktara göre bu maddede belirtilen hükümlere uygun olarak gerekli indirimi yapmakla yükümlüdür.***

(2) Tüketicinin erken ödemede bulunması durumunda kalan anapara borcu üzerinden, sabit faizli konut finansmanı sözleşmelerinde akdi faiz oranı ile, değişken faizli konut finansmanı sözleşmelerinde cari faiz oranı ile, sabit ve değişken faizin birlikte uygulandığı konut finansmanı sözleşmelerinde ise erken ödemenin yapıldığı tarihte geçerli olan faiz oranı ile bir önceki taksit tarihinden itibaren işleyen gün sayısı dikkate alınarak bulunacak faiz ve faiz üzerinden hesaplanacak vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler toplamı tüketiciden tahsil edilir. Tahsil edilen faiz ile vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler dışında kalan tutar, anapara borcundan düşülür. Bu durumda, kredi tipine göre değişiklik gösteren faiz oranı üzerinden, kalan taksit sayısı ve ödeme tarihleri değişmeden yeni taksit tutarı ve yeni ödeme planı oluşturulur. Ancak tüketicinin talep etmesi halinde taksit sayısı değişmeyecek şekilde erken ödemesi yapılan taksit sayısına göre ödemesiz dönem belirlenebilir veya tüketicinin yazılı talebi ve tarafların mutabakatı ile mevcut ödeme planından farklı taksit sayısı ve ödeme tarihleri de belirlenebilir. Bu fıkrada yer alan tüketicinin taleplerine ilişkin ispat yükü konut finansmanı kuruluşuna aittir.

(3) Yeni ödeme planı, yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile herhangi bir isim altında ücret talep edilmeksizin tüketiciye verilir.

(4) Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi hâlinde, sözleşmede yer verilmek suretiyle, tüketicinin borçlandığı tutarın tamamını veya bir taksit tutarından az olmamak üzere herhangi bir tutarı vadesinden önce ödemesi durumunda, konut finansmanı kuruluşu tarafından tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edilebilir. Erken ödeme tazminatı, tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen anapara tutarının kalan vadesi otuz altı ayı aşmayan kredilerde yüzde birini, kalan vadesi otuz altı ayı aşan kredilerde ise yüzde ikisini geçemez. Erken ödeme tazminat tutarı, hiçbir şekilde tüketiciye yapılacak toplam indirim tutarını aşamaz. Oranların değişken olarak belirlenmesi hâlinde, tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edilemez.

135 Yargıtay 13 HD 28.03.2012 tarih E.2012/3533, K.2012/8419 ve 24.02.2012 tarih, E.2012/3973, K.2012/3883 ; 17.04.2012 tarih E.2012/7906, K. 201210385; 20.01.2014 tarih E.2014/1777, K.2014/1261 sayılı kararları.

(5) Tüketicinin borçlandığı tutarın tamamını veya bir taksit tutarından az olmamak üzere herhangi bir tutarı vadesinden önce ödemesi durumunda, erken ödeme indirimi veya faiz hesaplanırken tüketicinin ödemeyi yaptığı tarih esas alınır. Bu tarih tüketici aleyhine olacak şekilde değiştirilemez.

(6) Tüketicinin borçlandığı tutarın tamamını veya bir taksit tutarından az olmamak üzere herhangi bir tutarı vadesinden önce ödemesi durumunda Ek-2'de yer alan hususlar dikkate alınır.

(7) Konut finansmanı kuruluşları, faizin tamamının veya bir kısmının tüketiciden peşin olarak tahsil edildiği kredilerde, tüketicinin erken ödeme yapması halinde gerekli indirimi yapmak üzere bir sistem kurmakla yükümlüdür. Bu durumda, Ek-3'te yer alan hususlar esas alınır".

Ayrıca yukarıda da belirttiğimiz gibi konut kredilerinin refinansmanı söz konusu olduğunda tüketiciden ne gibi ücretlerin talep edilebileceği ile ilgili olarak çeşitli sıkıntılar çıkmaktaydı, bu hususlar BDDK Bankacılık Ücret Yönetmeliği ile çözümlendiği gibi diğer hususlar da Yönetmelik ile düzenlenerek çözümlenmiştir. Yönetmelik refinansman halinde yapılması gerekenleri de detaylı olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Yönetmeliğin 12. Maddesine göre; (1) Konut finansmanı kuruluşu ve tüketicinin mutabakatı ile konut finansmanı sözleşmesinde;

a) Kredi faiz oranında değişiklik yapılması,

b) Kredinin vadesinde değişiklik yapılması,

c) Konut finansmanı sözleşmesinde belirtilen faiz türünde değişiklik yapılması,

ç) Aynı konut teminat gösterilerek birden fazla konut finansmanı sözleşmesi kurulmuşsa bunların tek bir konut finansmanı sözleşmesi ile birleştirilmesi,

d) Kredinin para biriminde değişiklik yapılması,

hususlarından en az birinin gerçekleşmesi halinde yeniden finansman söz konusu olur.

(2) Konut finansmanı sözleşmesinde yeniden finansman kapsamında yapılacak değişikliklerde tüketiciden yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile onay alınır. Onay alınmadan önce, konut finansmanı kuruluşu, yeniden finansman amacıyla konut finansmanı sözleşmesinde yapılan değişiklikleri içeren karşılaştırmalı bilgiyi, en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verir."

5.7. SİGORTA YAPTIRILMASI

TKHK'nin 38. maddesine göre; ***"Tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılamaz. Tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi hâlinde, istediği sigorta şirketinden sağladığı teminat, kredi veren tarafından kabul edilmek zorundadır. Bu sigortanın kredi konusuyla, meblağ sigortalarında kalan borç tutarıyla ve vadesiyle uyumlu olması gerekir".***

Uygulamada, bankalar tarafından kredi verilmesi, yapılması isteğe bağlı sigortaların yaptırılması şartına bağlanmakta, bu sigortaları yaptırmayan tüketicilere bankalar tarafından kredi kullandırılmamaktadır. Ayrıca bu sigortalar, tüketiciler için ek maliyetler getirmekte ve bu sigortayı yaptırmak isteyen tüketicilerin başka bir sigorta kuruluşunu tercih etmesi engellenmektedir. Bu durumda tüketicinin ekonomik çıkarları zedelenmektedir. Bu nedenle tüketicinin açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılamayacağı, zorunlu sigortalarda veya tüketicinin sigorta

yaptırmak istemesi halinde, istediği sigorta şirketi ile imzaladığı poliçenin kredi veren tarafından kabul edilmek zorunda olduğuna ilişkin düzenleme yapma ihtiyacı doğmuştur.

Tüketicilerin sigorta yaptırmak istemesi durumunda bu sigortanın kredi konusuyla, vadesiyle ve miktarıyla bağlantılı olması; sigorta bedelinin de kredi tutarından fazla olmaması gerekmektedir[136].

Görüldüğü gibi, tüketici kredileri ile ilgili olarak ve onunla birlikte yapılan sigortalar hakkında ciddi kısıtlamalar getirilmiştir. Özellikle son cümlede getirilen kredi konusuyla, kalan borç miktarıyla ve vade ile uyumlu olma kriterlerinin uygulamada getireceği zorluklar olacağı düşünülmektedir. Bu sonuçta tüketicinin talep etmesi halinde yapılan sigortaların iptaline yol açacaktır.

Yönetmelik de benzer yönde bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır. Buna göre; ***(1) Tüketicinin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılamaz. Tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi hâlinde, istediği sigorta şirketinden sağladığı teminat, konut finansmanı kuruluşu tarafından kabul edilmek zorundadır. Bu sigortanın; kredi konusuyla, meblağ sigortalarında kalan borç tutarıyla ve vadesiyle uyumlu olması gerekir. Meblağ sigortalarında, poliçedeki teminat tutarı kalan kredi tutarından yüksek olamaz. Sigorta vadesi kredi vadesinden uzun olamaz. Zorunlu deprem sigortası ile ilgili hükümler saklıdır.***

(2) Kredi bağlantılı yapılan meblağ sigortalarında kredi borcunun belirlenen vadeden önce geri ödenmesi veya kredi borç yapısında değişiklik olması durumlarında sigorta sözleşmesi sonlandırılır. Ancak bu işlemin gerçekleştiği anda tüketicinin konut finansmanı kuruluşu tarafından ayrıca bilgilendirilmesi ve açık onayının alınması koşuluyla; poliçe mevcut koşullarıyla devam ettirilebilir veya kredi borç yapısında gerçekleştirilen değişikliğe göre mevcut sigorta poliçesi teminat tutarları ve sigorta süresi yeniden düzenlenebilir."

Dolayısıyla tüketici kredisi sözleşmelerine bağlı olarak yapılan sigorta sözleşmelerinin her yıl otomatik olarak ve aynı miktarda yenilenmesi ve sigorta priminin tüketicinin hesabından otomatik olarak alınması uygulamasına son verilmesi gerekecektir. Bu durumda yukarıdaki hüküm gereğince her seferinde kredi bakiyesine uyarlama ve tüketicinin açık onayı gerekecektir

5.8. BAĞLI KREDİLERDE FİNANSMAN KURULUŞUNUN SORUMLULUĞU

5.8.1. Konut Finansman Kredisi Çeşitleri

5.8.1.1. Serbest Tüketici Kredileri

Konut finansman kredileri, bankalar veya diğer finans kuruluşları tarafından çeşitli şekillerde verilebilmektedir. Bu kredilerin nerede kullanılacaklarının finans kuruluşu veya banka tarafından tespit edilmiş olup olmadığına göre ikiye ayrılması mümkündür[137]. Diğer bakımlardan da, örneğin sürekli kullanılabilen ve bir kerede kullanılabilen olmak üzere de ikiye ayırmak mümkündür.

136 Madde gerekçesinden

137 DEMİRAY, s. 22 vd

Serbest krediler ve bağlı krediler bir kerede kullanılabilirken, kredili mevduat hesapları ve kredi kartları ile kullanılan krediler kapatıldıkça tekrar kullanılabilirler[138].

Bazı hallerde, kredi kuruluşu tüketici kredisinin kullanımını tamamen tüketiciye bırakmaktadır[139]. Bu gibi kredilere "Serbest Tüketici Kredisi" denmektedir . Bu gibi durumlarda, satıcı ile tüketici arasında satış sözleşmesi ve banka ile tüketici arasında konut finansman kredisi sözleşmesi olmak üzere iki sözleşme bulunmaktadır. 6502 sayılı Kanun'un 35. maddesinin 4. fıkrasında bir tanım verilmiş bulunmaktadır. Buna göre; ***"Konut finansman kuruluşu ile satıcı arasında belirli bir konutun tedarikine ilişkin bir sözleşme olmaksızın, tüketicinin kendisi tarafından belirlenen konutun bedelinin kredi veren konut Finansman kuruluşu tarafından ödenmesi suretiyle kullandırılan krediler bağlı kredi sayılmaz."***

5.8.1.2. Bağlı Konut Finansman Kredileri

Bazı hallerde ise, tüketici kredisi belirli bir kişi ile veya belirli marka bir mal hakkında sözleşme yapılmak kaydı ile verilmektedir. Örneğin, Tofaş marka bir otomobil almak üzere veya Metro Gross Market ile bir sözleşme yapmak üzere verilmektedir. Bu durumda, aslında üretici işletme veya satıcı işletme kredilendirilmiş olmaktadır. Bu gibi kredilerde tüketici, aldığı krediyi, kredi verenin talimatları doğrultusunda kullanmak zorundadır. Genellikle bu gibi krediler, tüketicinin eline dahi verilmemekte, doğrudan, satıcıya verilmektedir. Bu gibi belirli kişilerden veya belirli malların alınması şartına bağlı olarak verilen tüketici kredilerine "bağlı tüketici kredisi" denir[140]. Bağlı tüketici kredilerinde genellikle üç ayrı sözleşme bulunmaktadır. Banka ile satıcı arasındaki çerçeve sözleşme, satıcı ile tüketici arasındaki satış sözleşmesi, banka ile tüketici arasındaki tüketici kredisi sözleşmesi[141].

TKHK'nin 35. maddesinin 1. fıkrasında, bağlı tüketici kredisi düzenlenmiştir. Buna göre; ***"Bağlı kredi sözleşmesi; konut Finansman kredisinin münhasıran belirli bir konutun tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir."***

Bir konut finansman kredisinin bağlı kredi olabilmesi için, kredinin münhasıran belirli konutun tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verilmesi ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik bir birlik oluşturması gerekmektedir.

Tüketici kredilerinde bağlı kredileri düzenleyen TKHK'nin 30. maddesinin 2. fıkrasına göre; " Ekonomik birliğin varlığı;

a) Satıcı veya sağlayıcının tüketici için krediyi finanse ettiği,

b) Üçüncü bir tarafça finanse edilmesi durumunda, kredi verenin kredi sözleşmesinin imzalan-

138 İNAL, s. 287 vd. yazar çekli cari hesap kredilerini de rotatif tüketici kredisi olarak saymaktadır.

139 ÖZSUNAY, "Tüketici Kredileri", s. 4; BLAUROCK, s. 34

140 KÖKSAL, Mehmet, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi; Tüketiciyi Koruma Derneği Yayınları, 2 Kasım 1995, İstanbul, s. 94; ÖZSUNAY, "Tüketicinin Kredileri", s. 4; BLAUROCK, s. 35

141 BLAUROCK, s. 35; ÖZSUNAY, "Tüketici Kredileri", s. 5; AKİPEK, s. 182

ması veya hazırlanması ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcının hizmetlerinden yararlandığı,

c) Belirli bir mal veya hizmetin verilmesinin kredi sözleşmesinde açıkça belirtildiği,

durumlarından en az birinin varlığı hâlinde kabul edilir. "

Oysa konut finansmanı sözleşmelerinde, bağlı kredileri düzenleyen 35. maddede, 30. maddeye benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla, kıyasen bu hükmün uygulanabileceği düşünülmektedir.

5.8.1.3. Sabit ve Değişken Faizli Krediler

TKHK'nin 36. maddesinin 1. fıkrasına göre; "Kredilerde geri ödeme tutarlarının, finansal kiralama işlemlerinde ise kira bedellerinin anaparayı aşan kısmı bu madde kapsamında faiz olarak kabul edilir." Faizle anaparanın belirlenmesi, geri ödemelerin hangi kısma sayılacağı ile ilgili olarak önemlidir ve bu nedenle böyle bir hükme ihtiyaç vardır.

TKHK'nin 36. maddesinin (2). fıkrasında, sabit değişken ya da hem sabit hem de değişken faizli olmak üzere üç çeşit konut finansmanı sözleşmesi öngörülmüştür. Tüketicinin tercihlerine göre bunlardan herhangi birisinin uygulanması mümkündür. Ancak her birinde risk ölçümleri farklı olacağından, faiz oranları da ona göre farklılık içerecektir. Buna göre; "Sözleşmede belirtilmek suretiyle konut finansmanına yönelik kredilerde ve finansal kiralama işlemlerinde faiz oranı sabit veya değişken olarak ya da aynı kredi için her iki yöntem esas alınmak suretiyle belirlenebilir. Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi hâlinde, sözleşmenin kurulduğu tarihte belirlenen oran tarafların rızası dışında değiştirilemez. Oranın değişken olarak belirlenmesi hâlinde ise, başlangıçta sözleşmede belirlenen oran, dönemsel geri ödeme tutarı başlangıçta sözleşmede belirlenen azami dönemsel geri ödeme tutarını aşmamak koşuluyla ve sözleşmede belirlenecek yurt içinde veya yurt dışında genel kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılan endekslerden en düşük olanı baz alınarak değiştirilebilir. Oranların değişken olarak belirlenmesi hâlinde bu yöntemin muhtemel etkileri konusunda tüketicilerin bilgilendirilmesi şarttır. Bu amaçlarla kullanılabilecek referans faizler ve endeksler Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenir."

36. maddenin 2. fıkrasında, konut finansmanına yönelik kredilerde ve finansal kiralama işlemlerinde faiz oranının sabit veya değişken olarak ya da aynı kredi için her iki yöntem esas alınmak suretiyle belirlenebileceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Değişken faizle kredi verilebilmesi ile kredi verenlerin risk yönetimi kolaylaşacak ve böylece vadelerin uzaması ve geri ödeme taksitlerinin azalması sağlanacaktır. Bu düzenleme tüketicilerin sabit faizle borçlanmaya devam etmesini engellememekte, ancak isteyen tüketicilerin değişken faizli borçlanabilmelerine imkân tanımaktadır.

Değişken faizli tüketici kredilerinde uygulanacak akdi faiz oranı, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından tespit edilecek olan referans faizler ve endeksler esas alınarak belirlenecektir.

Diğer yandan, finansal kiralama sözleşmeleri hali hazırda değişken kira bedelleri içerebilmekte iken, bu değişiklik ile bu tür sözleşmelerde uyulması gereken esaslar değişken faizli kredi sözleşmelerine paralel olarak düzenlenmiştir. Finansal kiralama sözleşmelerinde faizin finansal tekniklerle anaparadan ayrılarak ayrıca hesaplanması gerekmektedir. Faiz oranının değişken olarak belirlenebilmesine imkân getirilmekle birlikte ilgili sözleşmelerde bu oran ve tutarlar için bir üst sınır

belirlenmesi de zorunlu tutulmuştur. Bu şekilde baz alınan endeksteki gelişmeler ne olursa olsun, tüketicilerin aldıkları riskler için bir üst sınır çizilmiş olmaktadır[142]. Faize ilişkin hususlar Yönetmeliğin 14. Maddesinde yukarıdaki düzenlemelere paralel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

5.8.2. Satıcının İfa Etmeme ya da Kötü İfa Hallerinde Kredi Verenin Sorumluluğu

TKHK'nin 35. maddesinin (2). fıkrasına göre; ***"Bağlı kredilerde, konutun hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmemesi nedeniyle, tüketicinin satış sözleşmesinden dönme veya bedelden indirim haklarından birini kullanması hâlinde satıcı ve konut finansman kuruluşu müteselsilen sorumludur. Ancak, konut finansman kuruluşunun sorumluluğu; konutun teslim edilmemesi durumlarda konut satış sözleşmesinde veya bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen konut teslim tarihinden, konutun teslim edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır."***

Bu hüküm ile, bağlı kredilerde malın veya hizmetin hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmemesi halinde, kredi verenin sorumluluğuna ilişkin hükümler düzenlenmiştir. İki sözleşme arasındaki bağlılığın önemli bir sonucu, malın veya hizmetin hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmemesi riskidir. Bu durumda, tüketici kredi verene karşı da bazı haklar kullanabilecektir. Örneğin, alınan kredi ile bir satım sözleşmesi finanse edilmiş ancak ***mal ayıplı*** çıkmışsa, tüketicinin satıcı veya sağlayıcıya karşı kullanacağı haklarına bağlı olarak kredi verene de başvurması mümkündür. Tüketici satıcı veya sağlayıcıdan tamirat veya yenisi ile değiştirme istemiş, yani içerik değiştirmiş bir ifa talebinde bulunmuşsa, kredi verene karşı herhangi bir talebi olmaz. Zira bu hallerde tüketici, kredi veren ile satıcı veya sağlayıcı aynı kişi olsaydı (örneğin taksitli sözleşme) ona karşı da ödemeleri durduramazdı. Buna karşılık tüketici, bedelin indirimi veya sözleşmeden dönme haklarını kullanmayı tercih etmişse, kredi verene de başvurma imkânının olması büyük önem taşır. Aksi takdirde tüketici, elde etmek istediği malın veya hizmetin ayıplı olmasına veya ***hiç ifa edilmemiş*** olmasına rağmen kredi taksitlerini ödemeye devam etmek ve ödediği parayı bu sefer satıcı veya sağlayıcıdan geri almaya çalışmak zorunda kalacaktır. Satıcının iflas riskini de tüketici taşımak zorunda kalacaktır. Bu nedenle tüketicinin, bedelin indirilmesi olasılığını seçtiği hallerde, kredi verene yapacağı taksit ödemelerini de o oranda indirebileceği; sözleşmeden dönmesi halindeyse, o ana kadar yapmış olduğu bütün ödemeleri geri talep edebileceği kabul edilmiştir. Paranın tüketiciye iade edilmesi konusunda kredi veren ve satıcı veya sağlayıcı müteselsilen sorumludur. Ancak, kredi verenin sorumluluğu malın teslim ve hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren bir yıl süre ve kullanılan kredi miktarı ile sınırlıdır. Ödemede bulunan kredi kurumu olursa, onun satıcı veya sağlayıcıya rücu etmesi imkânı her zaman vardır[143].

Görüldüğü gibi, "konutun ***hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmez ise***" ifadeleri gerekçede ayıplı ifa veya hiç ifa etmeme şeklinde anlaşılmıştır. Madde metninde ayıptan söz edilmemiştir. Bununla birlikte, gerekçeye baktığımızda, metinde geçen "gereği gibi ifa etmeme" ifadesinin ayıplı

142 Madde gerekçesinden

143 Madde gerekçesinden

ifayı kapsayacak şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Tüketici, ayıplı mal nedeniyle satıcıya karşı sahip olduğu hakları kredi verene karşı da kullanabilecektir. Ancak, tüketicinin üretici veya ithalatçıya karşı sahip olduğu hakları, kredi verene karşı kullanma olanağı bulunmadığı gerekçede açıkça ifade edilmiştir.

Burada asıl amacın, tüketicinin ayıplı mal nedeniyle seçimlik haklarını kullanmasının önündeki engelleri kaldırmak olması gerekmektedir. Gerçekten tüketici bir kredi sözleşmesi ile elde ettiği para ile, kredi verenin gösterdiği bir yerden belirli bir konutu aldığında, bu mal ayıplı çıkarsa, tüketici sözleşmeden dönme hakkını kullandığında, konutu iade edeceği kişi başka, ödediği parayı geri isteyeceği kişi ise, başka biri olmaktadır. Bu nedenle, bağlı konut finansmanı kredisi ile alınan bir konut ayıplı çıkması halinde, tüketicinin seçtiği haklara göre, kredi sözleşmesinden de kurtulabilmesi olanağının sağlanması gerekir.

Eğer tüketici, tamir ettirme yolunu seçerse ve mal tamir edilirse veya yenisi ile değiştirilmesini seçerse, kredi sözleşmesi bundan etkilenmez. Eğer tüketici sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa, bu durumda satış sözleşmesinin yapılması koşulu ile verilen kredi sözleşmesi de sona ermiş olur. Bu durumda tüketicinin ödemiş olduğu miktarları geri isteme hakkı vardır[144]. Banka veya kredi veren tüketiciden herhangi bir faiz, masraf vs. talep edemez[145]. Konutun bozuk çıkması nedeniyle tüketicinin 4. maddede düzenlenen haklarını kullanmasını engelleyici hiçbir masraf vs. tüketiciye yüklenemez. Tüketici, konutun ayıplı çıkması halinde sözleşmeden döndüğünde, sözleşmeden dönmüş olmak nedeniyle, bu sözleşmeyi hiç yapmasa idi olacak olduğu duruma göre daha zararlı bir duruma gelmiş olmamalıdır. Dördüncü bölümde yapmış olduğumuz açıklamalar, burada da aynen geçerlidir. Burada tüketicinin, tamir ve malın yenisi ile değiştirilmesi seçeneklerini kredi verene karşı kullanmasında herhangi bir hukuken korunmaya değer bir hakkı olmayacaktır[146]. Nitekim Kanun'un 15. maddesinde, yedek parça bulundurma ve servis verme gibi sorumluluklar imalatçı-üreticiye ve ithalatçıya yüklenmiştir.

TKHK'nin 30. maddesine göre, tüketici, ayıp nedeniyle indirim hakkını kullanırsa, bu durumda kredi sözleşmesinin geri ödeme şartlarının da bu duruma uyarlanması gerekir. Oysa 35. maddede bu uyarlama hükmüne yer verilmemiştir. 30. maddede yer alan ***"Tüketicinin bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde bağlı kredi de bu oranda indirilir ve ödeme planı buna göre değiştirilir. Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, o güne kadar yapmış olduğu***

144 SEROZAN, s. 595

145 Aksi görüş için bkz. KÖKSAL ve AKİPEK, s. 96 Yazara göre kredi verenin sözleşmede öngörülen faizi alması doğaldır ancak diğer masrafları isteyemez.Ancak bu durumda tüketici, örneğin malı taksitle almış olsa idi, sözleşmeden döndüğünde olacak olduğu duruma göre daha kötü bir duruma sokulmuş olmaktadır. Oysa, kredi verenin zarar görmesinin sebebi tüketicinin kusurlu ya da kusursuz her hangi bir davranışı değildir. Aksine, satıcının ayıpsız mal teslim etme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasıdır. Bu nedenle, kredi verenin tüketiciden her hangi bir talepte bulunması söz konusu olmaz, ancak satıcıya karşı, gördüğü zararların tazminini talep edebilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla tüketici yaptığı ödemelerin tamamını, faiz ve masraflar da dahil, geri isteyebilir. Krş. İNAL, s. 393

146 AKİPEK, s. 295; GEZDER, s. 191

ödemenin iadesi hususunda satıcı, sağlayıcı ve kredi veren müteselsilen sorumludur" kısmı, 35. madde metninden çıkarılmıştır. Bizim kanaatimize göre, bu farklılığa karşın tüketicinin indirim hakkını kullanması halinde ödemelerin uyarlanması dönme hakkını kullanması halinde de yapmış olduğu ödemenin iadesinin yapılması gerekir.

Kanun'da yer alan ve satıcı sağlayıcı için getirilen zamanaşımına ilişkin hükümlerin kredi veren açısından geçerliliği yoktur. Kredi veren açısından sorumluluk süresi malın teslimi veya hizmetin ifasından itibaren bir yıldır.

Kredi sözleşmesine konulacak olan ve konut finansman kredisi verenin ayıplı maldan dolayı sorumlu olmayacağını düzenleyen hükümler, emredici mahiyetteki bu madde nedeniyle, geçersiz olacaktır.

TKHK'nin 35. maddesinin 3. fıkrasına göre, konut finansmanı kuruluşları tarafından verilen kredilerin ipotek finansmanı kuruluşlarına, konut finansmanı fonlarına veya ipotek teminatlı menkul kıymet teminat havuzlarına devrolması hâlinde dahi, kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu devam eder. Krediyi devralan kuruluş bu madde kapsamında sorumlu olmaz.

Konut finansman kuruluşları kredileri ipotek finansman kuruluşlarına devretmektedirler. Onlar da bunları türev ürünlerin çıkarılmasına ve satışın dayanak yapmaktadırlar. Bu menkul kıymetler piyasası açısından önemli bir araç olduğundan yaygın bir uygulamadır. Kanun bu şekilde konut finans kuruluşlarınca kredilerin devri halinde tüketicinin mağdur olmaması için, tüketiciye karşı olan sorumluluğun devredilememesi ilkesini benimsemiş, böylece tüketici kiminle sözleşme yapmışsa daima onu sorumlu ve muhatap olarak görecektir.

5.9. KREDİYE BAĞLI HESAP AÇMA

TKHK'nin 39. maddesinin 1. fıkrasında göre; ***"Konut finansmanı sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, tüketiciden bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilemez. Bu hesap, tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin ödenmesi ile kapanır."***

TKHK'nin 31. maddesi ile paralel hükümler getirilmiştir. Birinci fıkrada münhasıran belirli süreli kredi sözleşmesine ilişkin olarak bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, bu hesaptan herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bir mal veya hizmetin edinilmesine ilişkin sözleşmelerde iki tarafın asli edimleri bulunmaktadır. Belirli süreli kredi sözleşmesinde kredi veren tüketiciye talep ettiği krediyi verecek tüketici de kredi taksitlerini ödeyecektir. Mevcut uygulamada kredi veren tüketicinin asli edimini yerine getirebilmesi için imzalanan sözleşmeye istinaden tüketicinin adına bir hesap açmaktadır. Tüketici kredi verene borcunu bu hesap vasıtasıyla ödeyebilmektedir.

Dolayısıyla hesabın açılması tüketiciye ek bir hizmet değildir. Bu nedenle, belirli süreli kredi sözleşmesine ilişkin olarak hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, bu hesaptan herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilmemesi gerekir. Kural olarak bu hesaplar kredinin ödenmesi ile kapanacaktır. Ancak, tüketicinin açılan

hesaptan kredi ödemesi ve kredi ile ilgili sigorta ve benzeri ödemeler haricinde işlemler yapması ve bu hesabı kapatmaya yönelik talebi olmaması durumunda hesabın kapatılmasına gerek olmayacaktır[147].

TKHK'nin 39. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Tüketicinin açık talimatı olmaksızın, belirli süreli kredi sözleşmesi ile ilişkili bir kredili mevduat sözleşmesi yapılamaz."***

Kredi sözleşmeleri, içerik olarak son derece kapsamlı ve anlaşılması zor standart sözleşmelerdir. Bu nedenle, tüketici çoğunlukla imzaladığı sözleşmede belirtilen yükümlülüklerini bilmemektedir.

Tüketici belirli süreli kredi sözleşmesine istinaden sadece taksitlerini ödeyeceğini, ödeyememesi durumunda da temerrüde düşeceğini düşünmektedir. Ancak, tüketicinin bilgisi dışında kredi veren tarafından tüketici adına kredili mevduat hesabı da açılmaktadır. Tüketici taksitini ödemediği veya eksik ödediği takdirde, tüketicinin haberi olmaksızın, akdi faiz oranı daha yüksek olan kredili mevduat hesabından tüketicinin ödememiş olduğu miktar karşılanmaktadır. Bu durum da tüketicinin ekonomik çıkarlarını zedeleyebilmektedir. Bu nedenle, ikinci fıkrada belirli süreli kredi sözleşmesi ile ilişkili bir kredili mevduat sözleşmesi imzalanmadan önce tüketiciden açık talimat alınması hüküm altına alınmıştır[148].

Kredili mevduat hesapları da, hesap sahibine, aynı kredi kartlarında olduğu gibi, dönerli kredi olanağı sağlamaktadır. 22(1). maddede düzenlenen tüketici kredisinden farklı olarak, kredi kartları gibi, kredili mevduat hesapları da belirli bir süre sonra geri ödenmek suretiyle sona ermemekte, belirli bir limit dahilinde sürekli olarak kullanılabilmektedir.

Kredili mevduat ile, bir bankada sürekli olarak cari hesabı bulunan bir kişiye, ihtiyacı olduğunda ve talebi halinde, mevduatının üzerinde belirli bir limite kadar, banka kredisi kullanma imkanı sağlanmaktadır.

Bu yöntem de, kredi kullanan açısından bir serbestlik taşımaktadır. Kredili mevduat sahibi, bankanın tanıdığı kredi imkanının kullanıp, kullandığını yerine iade ettiğinde, aynı sistem devam etmektedir[149]. Bu suretle kullandırılan krediler, eğer, ticari ve mesleki olmayan bir hesap üzerinden kullandırılıyorsa, bunlar da TKHK'nin 2. maddesi anlamında tüketici işlemidir ve TKHK kapsamında bir tüketici kredisi olarak kabul edilecektir. Bunlar daha çok kredi kartı ile kullanılan kredilere benzese de, 22(2). madde hükmü gereğince, kredi kartları da tüketici kredisi hükümlerine tabi olduğundan kredili mevduat hesapları da tüketici kredisidir ve 22 vd hükümlere tabidir[150].

Yönetmeliğin 18. maddesinde de yukarıdaki hususlara paralel düzenlemeler getirilmiş bulunmaktadır.

147 Madde gerekçesinden

148 Madde gerekçesinden

149 İNAL, s. 286

150 Krş. İNAL, s. 288

6. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI

6.1. GENEL OLARAK

TKHK'nin 40-46 maddeleri arasında, ön ödemeli konut satışı düzenlemiştir. Bu düzenlemeler, konuta özgü olduğundan, genel olarak taksitli satışları düzenleyen hüküm burada uygulanmayacaktır. Aynı şekilde, menkul malların ön ödemeli satışına ilişkin TBK düzenlemeleri de uygulanmayacaktır. Ancak hem taksitli satışlara ilişkin bu Kanun hükümleri hem de TBK'nin menkullere ilişkin ön ödemeli satış hükümleri ön ödemeli konut satışı hükümlerinin düzenleme getirmediği konularda ve mahiyetine uyduğu ölçüde uygulanma imkanı vardır. 46. maddeye göre Bakanlık ön ödemeli konut satışı ile ilgili çeşitli konuları düzenleyen bir yönetmelik çıkaracaktır. Bu kapsamda 27.11.2014 tarihli ''Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik'' çıkarılmıştır. Bu Yönetmelik ile 13.6.2003 tarihli Kampanyalı Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

TKHK'nin 17. maddesinin (1). fıkrasına göre; ***"Taksitle satış sözleşmesi, satıcı veya sağlayıcının malın teslimi veya hizmetin ifasını üstlendiği, tüketicinin de bedeli kısım kısım ödediği sözleşmelerdir."***

Görüldüğü gibi, taksitli satış tanımını yapan bu hüküm, ödemelerin kısım kısım yapılmasını temel almış ancak malın ne zaman devredilmesi gerektiğini belirtmemiştir. Diğer bir deyişle, TKHK'nin 17 vd. maddelerinin uygulanması için, malın ne zaman teslim edildiği önemli değildir, ödemelerin kısım kısım yapılıp yapılmadığı önemlidir. Ödemeler kısım kısım da yapılsa malın devrinin ödemeler tamamlandıktan sonra yapıldığı hallerde sözleşmeye ön ödemeli satış sözleşmesi denmektedir. Bu durumda, taksitli satışlara ilişkin bu bölüm hükümlerinin, ön ödemeli satışlara da uygulanacağını söyleyebiliriz.

Bununla birlikte, TKHK'nin 21. maddesinin (1). fıkrasına göre; ***"Tüketicinin taşınır bir malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı tüketiciye teslim etmeyi üstlendikleri ve ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmeler hakkında Türk Borçlar Kanununun ön ödemeli taksitle satış hükümleri uygulanır."*** Bu hükme göre, süresi bir yılı aşmayan ön ödemeli satışlara, taksitli satışlara ilişkin TKHK hükümleri uygulanacak; ancak süresi bir yıldan uzun olan ya da belirsiz olan sözleşmelere ise, TBK hükümleri uygulanacaktır.

TBK, ön ödemeli satışları, taksitli satışlardan hemen sonra, 264 vd maddelerde düzenlemiştir. Buna göre; ***"Ön ödemeli taksitle satış, alıcının taşınır bir malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlendikleri satıştır."*** Yazılı şekil şartına tabi olup zorunlu içeriği aynı hükmün 2. fıkrasında düzenlenmiştir. TBK bir yıldan uzun süreli veya belirsiz süreli ön ödemeli satışlarla ilgili olarak çok sayıda emredici mahiyette düzenleme yapmıştır. Bu gibi satışlarda alıcının özel olarak korunmasını gerektiren bir durum söz konusudur. TBK'nin 264-273 hükümlerine aşağıda yer verilmiştir.

Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, ödemeleri sözleş-

mede belirtilen bir bankada kendi adına açılacak gelir getiren bir tasarruf veya yatırım hesabına yatırmakla yükümlüdür.

Banka, her iki tarafın çıkarlarını gözetmek zorundadır. Açılan hesaptan her iki tarafın rızasıyla ödeme yapılabilir. Bu rıza önceden verilemez.

Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, satılanın devrine kadar TBK 269. madde uyarınca sözleşmeden cayarsa satıcı, bu hesap üzerindeki bütün haklarını kaybeder.

Alıcı satış bedelinin tamamını ödedikten sonra, her zaman malın kendisine devredilmesini isteyebilir. Ancak, satıcı malı başkasından sağlayarak devredecek ise alıcı, bunun için kendisine uygun bir süre tanımak zorundadır.

Satıcının malı alıcıya devredebilmesi için, taksitle satışa ilişkin koşullara uyulması gerekir.

Alıcı birden çok şey satın almış veya seçim hakkını saklı tutmuş ise, satılanın kısım kısım devredilmesini, ancak 256. maddede öngörülen asgari peşinatı ödedikten sonra isteyebilir. Satılanın eşya topluluğu oluşturduğu hâllerde bu istemde bulunulamaz. Satış bedelinin tamamen ödenmemesi hâlinde, satıcıdan satılanı kısmen devretmesi, ancak geri kalan kısmın yüzde onunun kendisine güvence olarak bırakılması koşuluyla istenebilir.

Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde satış bedelinin, satılanın devri anında tamamen ödenmiş olması gerekir. Satılanın devredilmesini isteyen alıcı, hesabındaki bakiyeden, satış bedelinin en çok üçte birlik kısmını satıcı lehine serbest bırakabilir. Ancak, sözleşmenin kuruluşu sırasında buna ilişkin taahhütte bulunulamaz.

Satıcının sözleşmenin kurulduğu sırada belirlenen toplam satış bedeline ek bir bedel isteme hakkını saklı tutan bütün kayıtlar geçersizdir.

Ödenecek toplam satış bedeli sözleşmede belirlenmiş olmakla birlikte, devredilecek eşya önceden belirlenmemiş ve satıcı tarafından bu eşyayı seçme hakkı alıcıya tanınmış ise satıcı, peşin satıştaki olağan bedelleri göz önünde tutmak suretiyle alıcının yapacağı seçime tam olarak uymakla yükümlüdür.

Buna aykırı anlaşmalar, ancak alıcının yararına olduğu ölçüde geçerlidir.

Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, malın devrine kadar her zaman sözleşmeden cayabilir.

Sözleşmeden cayma hâlinde alıcı tarafından ödenmesi öngörülen cayma parası, durumun özelliğine ve sözleşmenin kurulması ile cayma arasında geçen süreye bakılarak belirlenir. Ancak, bu miktar satıcının toplam alacağının yüzde ikisinden az ve yüzde beşinden fazla olamaz. Alıcı, yapmış olduğu ödemelerin cayma parasını aşan kısmının, getirileri ile birlikte kendisine geri verilmesini isteyebilir.

Alıcının ölmesi veya kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması sebebiyle ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmesi ya da sözleşmenin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi yüzünden sözleşmeden cayılmış olursa, cayma parası istenemez.

Ön ödemeleri ifa borcu, beş yılın geçmesiyle sona erer.

Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, sekiz yıl geçtiği hâlde

satılanın devri isteminde bulunmazsa, satıcı kendisini uyararak üç aylık süre tanır. Alıcı bu süre içinde kayıtsız kalırsa satıcı, alıcıya sözleşmeden cayma hâlinde tanınan haklara sahip olur.

Alıcı bir veya daha çok ön ödemede temerrüde düşerse satıcı, ancak vadesi gelmiş olan ödemeleri isteyebilir. Bununla birlikte, toplam alacağın en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen iki ön ödemenin veya toplam alacağın en az dörtte birini oluşturan bir tek ön ödemenin ya da sonuncu ön ödemenin vadesi gelmişse satıcı, ayrıca alıcıya tanıyacağı bir aylık ödeme süresinin geçmesinden sonra sözleşmeden dönme hakkına sahip olur.

Satıcı, ödeme süresi bir yıl veya daha az olan sözleşmeden dönerse, 260. maddenin ikinci fıkrası hükmü kıyas yoluyla uygulanır. Süresi bir yılı aşan sözleşmelerde satıcı, ancak 269. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen cayma parasını ve alıcıya ödenmesi gereken ortalama banka mevduat faizini aşan zararlarının giderilmesini isteyebilir.

Bir yıldan daha uzun süreli sözleşmelerde temerrüde düşmüş olan alıcının malın devrini istemesi hâlinde satıcı, yasal anapara faizi ile birlikte, devir isteminden sonra malın değerinde oluşacak eksilmelerin giderilmesini isteyebilir. Ceza koşulu öngörülmüşse miktarı, satış bedelinin yüzde onunu geçemez.

Satılanın devredilmiş olduğu hâllerde, dönme konusunda 260. maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır.

Alıcının tacir sıfatıyla hareket etmesi veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alınması durumunda, TBK 264 ilâ 271. maddeler uygulanmaz.

Taksitle satışa ilişkin hükümlerden yasal temsilcinin rızasına, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasına ve geri alma açıklamasına, alıcının def'ilerine, satıcının alacağının devrine, hâkim tarafından sağlanan ödeme kolaylıklarına ve yetkili mahkeme ile tahkime ilişkin olanlar, ön ödemeli taksitle satışa da uygulanır.

Satılanı devir süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan taksitle satışta alıcı, satılanın devrinden önce ödemeleri yapmakla yükümlü ise, ön ödemeli taksitle satışa ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.

6.2. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİ

6.2.1. Tanımı

TKHK'nin 40. maddesinin 1. fıkrasında, ön ödemeli konut satışı tanımlanmıştır. Buna göre; ***"Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir."*** Aynı tanım Yönetmelik'te de tekrar edilmiştir (m. 4/ğ).

Görüldüğü gibi, Kanun tüketiciyi korumak amacıyla hareket ettiğinden teknik hukuki ön ödemeli satış tanımından ayrılmış, ödemelerin tamamının değil, bir kısmının bile konutun devir ve tesliminden önce ödenmiş olmasını da ön ödemeli konut satışı olarak kabul etmiştir. Gerçekten fiili hayatta bazen tüm ödemeler bittikten sonra bazen de kısmi bir ödeme yapıldıktan sonra konut teslim edilebilmektedir. Konutun tesliminden sonra bir kısım ödemenin kalması halinde normal olarak ön ödemeli satış sayılmayacaktır. Ama Kanun'un amacı ön öde-

meli konut satışını doğru tanımlamak değil, tüketicinin korunması amacıyla alınması gereken tedbirleri, hayatın gerçeklerine uygun olarak almaktır. Bu nedenle düzenleme tercihi fiili gerçeklere uygundur. Piyasada maketten satış veya sat-yap olarak adlandırılan bu tür sözleşmelerde, henüz ortada bir konut olmadan tüketicilerin para ödemeye başlaması nedeniyle özel bir koruma ihtiyacı bulunmaktadır.

Yukarıda belirtilen madde metninde yer alan "satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir."şeklindeki açıklamasından, sadece gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi ile yapılan satışlar değil, tapuda mülkiyet devri gerçekleşmiş olmakla birlikte, aradaki sözleşme uyarınca, zilyetliğin daha sonraki bir tarihte gerçekleşeceği konut satışları da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Nitekim takip eden maddede geçerli bir ön ödemeli konut satış sözleşmesinin iki türlü yapılması gerektiğini belirtmektedir ki; birincisi tapuya tescildir, ikincisi ise noter huzurunda bir gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapılmasıdır. Her ne kadar bu şekil şartlarına uyulmaması halinde satıcı sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremeyecek olsa da bu şekil şartının dışında yapılan sözleşmeler geçerli bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi sayılmayacaktır. Bu nedenle tapuda devir işlemi yapılmış bile olsa fiili teslimin daha sonra yapılmasının kararlaştırılması mümkündür. Bu durumda eğer tapu tescili öncesinde bir kısım ödeme yapılmış ise satış yine ön ödemeli konut satışı olarak kabul edilebilecektir.

6.2.2. Ön Bilgilendirme Formu

TKHK'nin 40. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Tüketicilere sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce, Bakanlıkça belirlenen hususları içeren ön bilgilendirme formu verilmek zorundadır."*** Ön bilgilendirme formunun içeriği hakkında detaylar ise Yönetmelik'in beşinci maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, ön bilgilendirme formu "en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunulabilir şekilde" düzenlenmelidir. Formun içeriğinde şu hususların mevcut olması gerekmektedir:

"a) Satıcının adı veya unvanı, açık adresi, telefon numarası ve varsa MERSİS numarası ile diğer iletişim bilgileri,

b) Sözleşme konusu konuta ilişkin bağımsız bölümün yer aldığı ada, parsel, blok, konum, kat ve benzeri temel nitelik bilgileri ile 2/11/1985 tarihli ve 18916 Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliğine göre belirlenen bağımsız bölüm net ve brüt alanları,

c) Konutun tüm vergiler dâhil Türk Lirası olarak peşin ve taksitli toplam satış fiyatı; varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgi,

ç) Varsa faiz miktarı ve faizin hesaplandığı yıllık oran,

d) Tüketicinin cayma ve sözleşmeden dönme hakkına ilişkin bilgiler,

e) Konutun teslim tarihi,

f) Verilecek teminata ilişkin bilgiler,

g) Yapı ruhsatının alınış tarihi,

ğ) Yönetim planına uygun olarak genel giderlere katılıma ilişkin bilgiler.''

Bu hususları içeren bir bilgilendirme formunun verilemesi zorunlu olmakla birlikte, tüketicinin bilgilendirilmesi için yeterli görülmemiştir. Gerçekten de tüketiciye ayrıca bağımsız bölüm planı, vaziyet planı, kat planı ve mahal listesi de verilmek zorundadır (m. 5/2). Bu bilgiler matbu bir şekilde verilebileceği gibi elektronik ortamda, kalıcı bir veri saklayıcısı aracılığı ile de tüketiciye iletilebilir (m. 5/3).

Gerçekten, tüketicinin yapacağı sözleşme ile ilgili olarak tam bilgi sahibi olması çok önemlidir. Bu nedenle Kanun'da birçok satış şeklinde ön bilgilendirme sağlayacak bir yöntem önerilmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte diğer hükümlerde (örneğin 23. Maddede) yer alan ve ön bilgilendirme formunun makul bir süre önce verilmesini amir hükmün burada değiştirildiğini ve "en az bir gün önce" olduğunu görüyoruz. Bu bir günlük sürenin konut satışı gibi çok önemli bir kararın verilmesinde yeterli olmadığını düşünüyoruz

6.2.3. Sözleşmenin Ön Şartı

TKHK'nin 40. maddesinin 3. fıkrasına göre; ***"Yapı ruhsatı alınmadan, tüketicilerle ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapılamaz."*** Aynı düzenleme Yönetmelik'in 6. maddesinin 3. fıkrasında da tekrar edilmiştir. Ön ödemeli konut satışlarında tüketicilerin korunmasının ilk ayağı konutun inşa edileceği arsa üzerinde Belediye'den alınacak olan inşaat ruhsatının alınmasıdır. Şayet bir satıcı bu şartı sağlayamaz ise tüketicilerle ön ödemeli konut satışı sözleşmesi kuramayacaktır. Bu hükümlerin hilafına hareket edenlere TKHK'nin 77. maddesinin 3. fıkrası uyarınca her bir ihlal için ayrı ayrı idari para cezası verilebilecektir.

6.2.4. Şekli

TKHK'nin 41. maddesinin (1). fıkrasına göre; ***"Ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi, satış vaadi sözleşmesinin ise noterde düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Aksi hâlde satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez."***

İlgili Yönetmelik'in 6. maddesinin ''Şekil Şartı'' başlığı altında ayrıntıları düzenlemektedir. Buna göre, ''ön ödemeli konut satışı sözleşmesi, kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte yapılacak yazılı bir sözleşme'' şeklinde kurulmalıdır. Satış vaadinin ise noterlikte düzenleme şeklinde yapılması gerektiği tekrar edilmiştir.

Burada, tüketicilerin korunmasına yönelik getirilen en önemli koruma, ön ödemeli sözleşmenin resmi şekil şartına tabi tutulmasıdır. Satış ve satış vaadi sözleşmesinin, Kanun'da belirtilmiş olan şekil şartına uygun olarak düzenlenmiş olması gerekmektedir. 18/1/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 60. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendi ve 89. maddesine ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 237. maddesi ile Türk Medeni Kanununun 706. maddesine göre de taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin geçerlilik kazanabilmesi için sözleşmenin resmi şekilde noterde yapılması gerekir. Dolayısıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, noterde re'sen düzenleme şeklinde yapılmalıdır.

Ön ödemeli konut satışının ise tapu siciline tescil edilmesi gerekmektedir. Resmi şekilde sözleşme yapmayan satıcının, daha sonra tüketiciye karşı sözleşmenin resmi şekilde yapılmadığını

öne sürerek sözleşmenin geçersizliğini iddia etmesi de hakkaniyete uygun olmayacağı için yasaklanmıştır[151].

TKHK'nin 41. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Satıcı, geçerli bir sözleşme yapılmış olmadıkça tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasını veya tüketiciyi borç altına sokan herhangi bir belge vermesini isteyemez."*** İkinci fıkrada, noterden resmi şekilde sözleşme yapılmadan veya konut satışının tapu siciline tescil edilmeden satıcıların tüketiciden ödeme kabul etmeleri veya borç altına sokan herhangi bir belge almaları yasaklanmıştır. Tüketiciden bu yasağa rağmen ödeme alınacak olursa tüketici her zaman yapmış olduğu ödemeleri getirileriyle birlikte geri isteme hakkına sahip olacaktır. Ayrıca idari para cezası yaptırımıyla karşılaşmakta söz konusu olacaktır.

6.3. TEMİNAT

TKHK'nin 42. maddesi "Teminat" başlığını taşımaktadır. Tüketicinin korunması açısından ülkemizde ilk kez bu kapsamda bir garanti oluşturulmaktadır. Buna göre; ***"(1) Bakanlıkça projedeki konut adedi ya da projenin toplam bedeli kriterine göre belirlenecek büyüklüğün üzerindeki projeler için satıcının ön ödemeli konut satışına başlamadan önce; kapsamı, koşulları ve uygulama esasları Hazine Müsteşarlığınca belirlenen bina tamamlama sigortası yaptırması veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları sağlaması zorunludur."*** Yönetmelik'in 12. maddesi hem bu maddenin uygulanmasında esas alınacak konut sayısının otuz ve üzeri olarak belirlemiş hem de bina tamamlama sigortası yerine sağlanabilecek teminatları ve şartları düzenlemiştir. Bu teminatlar banka teminat mektubu, hakediş sistemi veya bağlı kredi sistemi ile teminat şeklinde olabilecektir. Yönetmelik bu teminat çeşitlerini saymakla birlikte başka teminat türlerinin de Bakanlık tarafından uygun bulunması halinde kabul edilebileceğini düzenlemiştir (m. 3).

Ön ödemeli konut satışı sözleşmelerine ilişkin en önemli sorunlardan birisi, satıcıların belirli kampanyalar düzenleyerek, konut yapımı için yüzlerce tüketici ile sözleşme akdetmeleri ve çok yüksek tutarda meblağları piyasadan toplamalarıdır. Aslında sadece bankalara verilmiş olan bu yetkinin, ön ödemeli sözleşme yapısı içinde dolaylı olarak satıcılara verilmesi, ya tüketicilerin ödemelerini yaptıkları konutları edinmelerini ya da ödedikleri meblağı güvence altına alacak bir koruma sağlamayı zorunlu kılmıştır. Aksi takdirde satıcının iflası ile birlikte ödemede bulunan tüketicilerin ciddi şekilde mağdur olması tehlikesi mevcuttur. Şöyle ki, 100.000 TL bedelle konut sözleşmesi yapıldığını ve 40.000 TL ön ödemede bulunulduğunu varsayalım. Geri kalan 60.000 TL eşit taksitler veya ara ödemelerle üç yılda ödenecek olsun. Sözleşmenin imzalanmasından bir yıl sonra 40.000 TL ön ödeme yapıldığını ve 20.000 TL tutarındaki birinci yıl taksitlerinin ödendiğini varsayalım. Satıcının iflası halinde tüketici kendisine teslimi taahhüt edilen konutu alamadığı gibi o ana kadar satıcıya ödediği 60.000 TL tutarındaki ödemelerini de alamama riski ile karşı karşıya kalacaktır. Bu riski önleyecek korumanın temelini dünyanın bazı ülkelerinde de uygulama bulan bina tamamlama sigortası oluşturmaktadır. Dolayısıyla birinci fıkrada inşaat ruhsatı almış olan

151 Madde gerekçesinden

satıcının ön ödemeli konut satışı yapmadan önce, belirlenen büyüklüğün üzerindeki projeler için bina tamamlama sigortası yaptırması zorunlu kılınmıştır. Bu sigortanın kapsamı, koşulları ve uygulama usul ve esaslarının Hazine Müsteşarlığınca belirlenmesi öngörülmüştür. Bu sayede, konut edinmek amacıyla yüksek meblağlar ödemiş olan tüketicilerin satıcı iflas bile etse bina tamamlama sigortası sayesinde nihai amacı olan konutları edinmeleri sağlanmış olacaktır. Satıcılar bina tamamlama sigortası yerine Bakanlıkça belirlenen (hak ediş sistemi, bağlı kredi, ön ödeme tutarı gibi) diğer teminat veya şartları da sağlayarak tüketicilerin ödemelerini garanti altına alabilirler[152].

TKHK'nin 42. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Bina tamamlama sigortası kapsamında sağlanan tazminat, teminat ve benzeri güvenceler iflas veya tasfiye masasına dâhil edilemez, haczolunamaz, üzerlerine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konulamaz."*** Aynı düzenleme Yönetmelik'in 13. maddesinin 2. fıkrasında da tekrar edilmiştir. Böylece, sigorta şirketinin binanın tamamlanmasına yönelik bir an önce çalışmalara başlanmasının önündeki engellerin kaldırılması amaçlanmıştır. Kanun bina tamamla sigortası tazminatının binanın tamamlanmasında kullanılmasını sağlayıcı tedbir almış, böylece tüketicilerin haklarını müteahhitten alacağı olan diğer kişilere üstün tutulmuştur.

6.4. CAYMA HAKKI

TKHK'nin 43. maddesi ile, ön ödemeli konut satışlarında tüketiciye cayma hakkı getirilmiştir. Buna göre; ***"Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içinde satıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür."*** On dört günlük sürenin nereden başlayacağı belirtilmemiştir. Sözleşmenin yapılmasından itibaren on dört günlük sürenin işlemesi gerekir. Eğer tescil öncesinde bir satış vaadi sözleşmesi yapılmamışsa, bu durumda tapu tescil işlemi ön ödemeli satış sözleşmesi olarak kabul edilecek ve bu sözleşmeden tapu tescil tarihinden itibaren 14 gün içinde caymak mümkün olacaktır. Kanunda cayma süresinin hangi andan itibaren başlayacağının belirtilmediğini yukarıda ifade etmiştik. Ancak, sözleşmeden cayma dendiğinden cayma hakkının da geçerli bir sözleşmenin yapılmasından itibaren başlaması gerekmektedir. Kanunun gerekçesinde de bu hususu doğrulayacak ifadeler bulunmaktadır. Nitekim 43. maddenin 1. fıkrası gerekçesinde cayma hakkının tüketicinin reklamların etkisinde kalarak yaptığı sözleşmenin tüm hükümlerini okuyup ondan sonra uzun süre ödeme yapacağını ve bu ödemelerden sonra mala kavuşacağını idrak etmesinin mümkün olduğunu bu idrakten sonra sözleşmeden caymak isterse böyle bir olanağının verilmesi gerektiğini açıkça belirtmektedir. 41 (1) maddede satışın tapuya ön ödemeli satış olarak tescil edilmesi gerekmektedir, bu durumda sözleşmenin tüm şartlarının tapuya tescil edilmiş olması gerekmektedir. Tüketici tapuda işlem yapmakla sözleşmenin tüm şartları hakkında tam bilgi sahibi olmuş olacaktır. Tüketici bu hakkı tek taraflı varması gerekli

152 Madde gerekçesinden

bir irade açıklaması ile kullanacaktır. Ancak, sözleşmenin yapılmasından itibaren on dört günlük sürenin işlemesi gerekir. Tüketici bu hakkı tek taraflı varması gerekli bir irade açıklaması ile kullanacaktır Yönetmelik'in 8. maddesinin 2. fıkrası da "Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içinde noterlikler aracılığıyla yöneltilmesi yeterlidir." şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Bildirimin noterlik aracılığı ile yöneltilmesinin yeterli olduğu düzenlenmişse de bu kanımızca gerekli değildir. Noterlik aracılığı ile yöneltilmemiş bir cayma bildiriminin karşı tarafça öğrenilmesi durumunda da cayma hakkının geçerli bir şekilde kullanılmış olduğu kabul edilmelidir. Nitekim kanunda bir şekil şartı öngörülmemiştir. Cayma hakkının varlığı konusunda tüketicinin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Tüketici genellikle bu gibi hakları olduğunu bilmemekte ve bu nedenle kullanamamaktadır. Bu itibarla, tüketicinin cayma hakkına sahip olduğu konusunda bilgilendirilmesi çok önemli bir işleve sahiptir. Eğer gereği gibi bilgilendirme yapılmamışsa, bunun yaptırımının ne olacağı kanunda açıkça belirtilmemiştir. Örneğin, cayma hakkının süresinde kullanılmadığını, satıcının ileri sürememesi bir çözüm olabilir. Burada resmi şekilde yapılmayan ön ödemeli konut satışı sözleşmesi bulunmadığından satıcı tüketicinin cayma hakkı konusunda bilgilendirildiğini ve geçerli bir satış sözleşmesi yaptığını dolayısıyla cayma süresinin dolduğunu ileri süremeyecektir. Bu son durumda, tüketicinin cayma hakkını çok uzun süre kullanmamış olması ve sonradan kullanmasının MK 2. madde anlamında hakkın kötüye kullanılması olup olmadığına da dikkat etmek gerekecektir. Cayma hakkının süresinin dolduğunu ileri sürebilmek için kanunda ön görülen iki resmi şekilden biri ile sözleşmenin yapılmasını aramak gerekmektedir. Yani geçersiz şekilde yapılmış bir sözleşme varsa bu sözleşmeden tüketicinin her zaman cayabileceğinin kabulu gerekecektir.

Genellikle, yoğun reklamlarla cazibesi artırılan ve maket üzerinden proje aşamasında çeşitli tanıtımlarla satışları yapılan bu satışların düşünülmeden akdedilmiş olması ihtimali yüksek olabilmektedir. Bu tür sözleşmelerde özellikle yazılı sözleşme metninin okunmasından ve uzun bir süre ödeme yaptıktan sonra ancak edime hak kazanılacağının algılanmasından sonra, bu sözleşmeden kurtulma isteğinin doğması muhtemeldir. Bu açıdan tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin ön ödemeli sözleşmeden cayabilecektir. Tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesi için on dört gün içinde satıcıya sözleşmeden caydığını bildirmesi gerekir. Bunun yanı sıra bildirimin satıcı veya sağlayıcıya varması veya onun tarafından öğrenilmiş olması aranmaz. Cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini satıcı ispat etmek zorunda olacaktır[153].

TKHK'nin 43. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Taşınmazın kısmen veya tamamen bağlı krediyle alınması durumunda bağlı kredi sözleşmesi, sözleşmenin kurulduğu tarihte hüküm doğurmak üzere bu maddede öngörülen cayma hakkı süresi sonunda yürürlüğe girer. Konut finansmanı kuruluşu cayma hakkı süresi içinde tüketiciden faiz, komisyon, yasal yükümlülük ve benzeri isimler altında hiçbir masraf talep edemez."*** Aynı düzenleme Yönetmelik'in 8. maddesinin 3. fıkrasında da tekrar edilmiştir. Tüketicinin ödediği bedelin tamamı veya bir kısmı satıcı ile konut finansmanı

153 Madde gerekçesinden

kuruluşu arasındaki anlaşmaya dayanılarak konut finansmanı kuruluşu tarafından karşılanırsa bağlı kredi sözleşmesi söz konusu olur. Konut finansmanı sözleşmesi ile konut tedarikine ilişkin sözleşme arasındaki bu yakın bağlılık, iki sözleşmenin de bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla konutun gereği gibi ifa edilmemesi durumunda tüketicinin, satıcıya karşı kullanacağı haklarına bağlı olarak konut finansmanı kuruluşuna karşı da ödemeleri durdurma veya azaltma hakkı vardır. Örneğin taşınmazdaki bir ayıp nedeniyle tüketici bedel indirimi hakkını kullanmışsa konut finansmanı kredisi de bu oranda indirilir ve ödeme planı değiştirilir. Tüketici eğer sözleşmeden dönmeyi tercih etmişse, o güne kadar yapmış olduğu ödemenin iadesi hususunda satıcı ve konut finansmanı kuruluşu müteselsil olarak sorumludur. Bağlı kredi sözleşmesi, tüketiciye tanınmış olan cayma süresi geçtikten sonra geçerlilik kazanacak olup, cayma hakkı süresi içerisinde tüketiciden faiz, komisyon, yasal yükümlülük gibi isimler başta olmak üzere hiçbir masraf da talep edilmemesi gerekmektedir. Böylece, cayma hakkını kullanan tüketicinin satıcıya ödemiş olduğu bedeli geri alamama riski ve krediye ilişkin masraf ve faiz gibi yükümlülükleri ödeme zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Örneğin, 100.000 TL bağlı kredi kullanan tüketici, satıcı ile imzaladığı ön ödemeli konut satım sözleşmesinden onuncu gün caymak istediğinde her ne kadar bağlı krediyi kullandığı kuruluşlara yazılı bildirimde bulunsa da satıcıdan bu süre içerisinde ödemiş olduğu bedeli geri alamama dolayısıyla krediyi geri ödeyememe ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle, bağlı kredi sözleşmelerinin on dört günlük cayma hakkı süresi sonunda yürürlüğe girmesi öngörülmüştür[154].

Tüketici kredilerinde de cayma kabul edilmiştir. Cayma süresi içinde kredi verilmişse kredi verenin ana parayı ve işleyecek faizi isteme hakkı vardır (TKHK m.24(3)). Burada ise, cayma süresi içinde krediden yararlanma ihtimali düzenlenmemiştir. Aksine, cayma süresi içinde hiç bir talepte bulunulmasına olanak tanınmamıştır.

TKHK'nin 43. maddesinin 3. fıkrasına göre; ***"Satıcının aldığı bedeli ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi iade ettiği tarihten itibaren, tüketici on gün içinde edinimlerini iade eder".*** Bu hükme göre cayma süresi içinde tüketicinin de sözleşmeden doğan edimini aldığı durumlar söz konusu olabilecektir. Bu durumda tüketicinin sözleşmeden cayması halinde aldığı edimleri on gün içinde iade etmesi gerekmektedir.

6.5. KONUTUN TESLİMİ

TKHK'nin 44. maddesine göre; ***"Ön ödemeli konut satışında devir veya teslim süresi sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemez. Kat irtifakının tüketici adına tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte zilyetliğin devri hâlinde de devir ve teslim yapılmış sayılır."*** Aynı düzenleme Yönetmelik'in 10. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında da aynen tekrar edilmektedir. Bununla birlikte, 2. fıkranın (a) bendinde ayrıca düzenlendiği üzere "kat mülkiyetine konu konutun tüketici adına tescili" ile de konutun tüketiciye devir veya teslim edildiği kabul edilecektir.

154 Madde gerekçesinden

Ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinde, tüketiciyi korumaya yönelik diğer bir düzenleme, konutun devir veya teslim süresinin sınırlandırılmasıdır. Bu şekilde, tüketicinin uzun yıllar ödeme yapıp, hiçbir edim elde etmemesi ihtimali engellenmek istenmiştir. Devir veya teslim süresi piyasa şartları da dikkate alınarak, otuz altı ayla sınırlandırılmıştır.

Devir veya teslim için asıl olan, tüketiciye kat mülkiyeti tapusunun verilmesidir. Ancak, piyasa şartlarında bazı durumlar nedeniyle tüketiciye kat mülkiyeti tapusu verilmese bile fiili olarak konut teslim edilebilmektedir. Tüketici zilyetliği devredilen bu konutu kullanabilmekte olduğu için otuz altı ay olan teslim veya devir süresi hesaplanırken bu durumda dikkate alınmalıdır. Ancak, zilyetliğin devri ile birlikte kat irtifak tapusunun da tüketiciye verilmesi gerekmektedir. Ancak, bu husus konutun sözleşmede belirlenen zamanda veya nitelikte teslim edilmemesi halindeki tüketicilerin haklarını aramalarının önünde bir engel olarak yorumlanmamalıdır[155].

6.6. SÖZLEŞMEDEN DÖNME

TKHK'nin 45. maddesinin 1. fıkrasına göre; ***"Ön ödemeli konut satışında, devir veya teslim tarihine kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı vardır. Sözleşmeden dönülmesi durumunda satıcı; konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar tazminatın ödenmesini isteyebilir."*** İsviçre Borçlar Kanunu'nun 227/f maddesi örnek alınarak tüketiciye tanınan diğer bir imkân, konutun devir ve teslim edilmesine kadar herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkıdır. Kuşkusuz bu hallerde satıcıyı korumak açısından tüketicinin bir dönme cezası ve konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masrafları ödemesi sözleşme ile kararlaştırılabilir. Fakat kararlaştırılacak olan dönme cezası en fazla toplam satış bedelinin % 2'si oranında istenebilecektir[156]. Kanun konut satışlarında meydana gelen mağduriyetleri önlemek adına tüketiciye hem cayma hakkı hem de sözleşmeden her zaman dönebilme hakkı vermiş bulunmaktadır. Cayma hakkı sadece sözleşmenin en başında kullanılabilecek bir haktır. Dönme ise tüketicinin sonradan sözleşme süresi sonuna kadar kullanabileceği bir haktır. Bu hakkın varlığı tüketicinin ayıp nedeniyle olan dört seçimlik hakkının varlığını etkilememektedir. Tüketici burada düzenlenen dönme hakkını esasen konut kendisine teslim edilmeden önce de kullanabilecektir. Bu çok farklı nedenlerle olabilir. Tüketicinin ölmesi, gelirlerini kaybetmesi veya sonradan bu konutu almaktan vazgeçmesi gibi objektif ya da sübjektif sebeplerden olabilir.

TKHK'nin 45. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Satıcı, yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmezse tüketiciden herhangi bir bedel talep edemez. Tüketicinin ölmesi veya kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması sebebiyle ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmesi ya***

155 Madde gerekçesinden

156 Madde gerekçesinden

da sözleşmenin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi yüzünden sözleşmeden dönülmesi hâllerinde tüketiciden herhangi bir bedel talep edilemez"

İkinci fıkra hükümlerine göre, dört olasılıkta dönme cezası ödemeksizin sözleşmeden dönülmesi mümkündür.

• Bunlardan ilki, tüketici, satıcı edimlerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmediği icin sözleşmeden dönerse, pek tabi olarak sözleşmeden dönme cezası ödemeyecektir. Bu olasılıkta satıcının edimlerinin ifa zamanının gelmiş olması gerekir. Satıcı sözleşmede belirtilen zamanda edimini ya hiç ya da gereği gibi yerine getirememiş ise tüketicinin ceza vs. ödemesi söz konusu olmaması gerekir. Aksine böyle bir durumda ayıp hükümlerine dayanarak kendi masraflarını, ödemeleri hatta bunlar icin faizini de talep edebilir.

• İkincisi, konutun devir ve teslim edilmesinden önce tüketicinin ölmesi halinde mirasçılarının dönme hakkıdır. İhtiyaç duyup duymadıkları meçhul bir edim için mirasçıların geleceğe dönük olarak yükümlendirilmesi doğru bulunmamıştır.

• Üçüncü ihtimal ise, tüketicinin kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması sebebiyle ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmesidir. Burada da tüketicinin maddi imkânları son derece kısıtlanmış olmasına rağmen gelecekte kavuşacağı bir edim için ödemelere devam etme yükümlülüğü altında bırakılması engellenmek istenmiştir.

• Dördüncü ihtimal ise sözleşmenin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin tüketici önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi halidir.

Ayrıca, Kanunun 45. maddesinde belirtilen bu dört duruma ek olarak Yönetmelik 9. Maddesinin 5. fıkrasında ayrıca, ''Bir konutun birden fazla tüketiciye satılması nedeniyle tüketicinin sözleşmeden dönmesi halinde, tüketiciden ön ödemeli konut satışı nedeniyle oluşan vergi, harç, masraf, tazminat ve benzeri adlar altında hiçbir bedel talep edileme[yeceği]'' hüküm altına alınmıştır. Bu durumlarda, "bedel" ödemesinin istenemeyeceğinden söz edilmektedir. 45. maddenin birinci fıkrasında ise, ***"konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar tazminatın ödenmesini isteyebilir"*** ifadesi yer almaktadır. Bu ikinci fıkrada söz edilen "bedel" bedelin yüzde ikisine kadar tazminatı mı, yoksa vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masrafları mı kapsamaktadır? Belli değildir. Bizim kanaatimize göre, birinci olasılıkta hiçbir masraf ceza vs. ödemesi istenememelidir, aksine tüketici varsa kendi masrafları vs. talep edebilmelidir. Diğer olasılıklarda ise, sadece satış bedelinin yüzde ikisi tutarındaki tazminatın tüketiciden talep edilememesi, ancak diğer yasal zorunluluklardan doğan masrafların istenebilmesi gerekir.

TKHK'nin 45. maddesinin 3. fıkrasına göre; ***"Sözleşmeden dönülmesi durumunda, tüketiciye iade edilmesi gereken tutar ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belge, dönme bildiriminin satıcıya ulaştığı tarihten itibaren en geç doksan gün içinde tüketiciye geri verilir. Satıcının aldığı bedeli ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi iade ettiği tarihten itibaren, tüketici on gün içinde edinimlerini iade eder."*** Bu düzenlemenin ilk cümlesi Yönetmelik'in 9. maddesinin 6. fıkrasında aynen tekrar edilmiştir.

Tüketiciye sözleşmenin teslim tarihinden itibaren on dört gün içinde cayma hakkı, konutun devir ve teslim tarihine kadar ise, sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Tüketicinin, bu haklarını kullanması halinde, satıcı da yükümlülüklerini yerine getirir ise, tüketici konutu pek tabi olarak satıcıya devir veya teslim etmek zorunda olacaktır. Satıcının bu yükümlülüğü yerine getirdiği tarihten itibaren tüketici konutu devralmış ise, on gün içinde de bu konutu satıcıya devredecektir. Satıcının ise, tüketicinin ödemelerini iade etmek veya borçlandırıcı belgelerini geri vermek için 90 günlük bir süresi bulunmaktadır. Bu ödemeyi yapmadan tüketicinin dönmeden doğan borcunu yerine getirmesini talep edemeyecektir.

7. HAKSIZ REKABET SAYILAN HALLER

TTK 54. Maddesi (1) fıkrasında haksız rekabet hükümlerinin amacını şu şekilde ifade etmektedir; ***"(1) Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır."***

Bu hükme göre haksız rekabet kurallarının amacı dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Böylece, bir ekonomik sistem olarak dürüst ve bozulmamış rekabetin korunması amacı TTK hükümleri arasına da ilk defa girmiş olmaktadır. Hükümde görüleceği gibi bu amacın istenmesinin sebebi dürst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasının tüm katılımcıların lehine bir durum olduğunun kabul edilmiş olmasıdır. Yani bozulmamış ve dürüst rekabet sağlanırsa bundan tüm katılımcılar yararlanırlar. Tüm katılımcılar ifadesi de kanunda yeni bir ifadedir ve rekabetci piyasaya katılan satıcı, üretici, pazarlamacı, tedarikçi ve ithalatçı vs gibi piyasa aktörleri yanında tüketici (müşteriyi) de kapsamaktadır. Bu açıdan bakıldığında ve tüketici kredileri dikkate alındığında, piyasa katılımcıları ya da sadece katılımcılar kavramı bankalar ve diğer kredi kuruluşları ile tüketicileri de kapsayan bir kavram olmaktadır. Katılımcılar kavramını katılımcıların menfaatlerini korumak amacıyla kurulmuş, dernek, birlik oda vs gibi kuruluşları da kapsayacak kadar geniş anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu bağlamda, tüketici örgütleri ile Bankalar Birliği gibi kuruluşların da, tüketici kredileri bağlamında bakıldığında katılımcılar kavramına dahil kabul edilmesi gerekir.

TTK 54 (2) hükmüne göre; ***"Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır."*** Bu durumda bir davranışın haksız rekabet sayılabilmesi için – davranışın veya bir ticari uygulamanın rakipler arası veya tedarikçi ile müşterileri arasındaki ilişkileri etkilemesi lazımdır: bu etkinin fiilen gerçekleşmiş olması gerekmez. Gerçekleşmeihtimalinin varlığı birçok durumda yeterli sayılmaktadır. Ancak böyle bir ihtimal dahi yoksa söz konusu davranış haksız reakabet sayılmayacaktır. Davranışın veya ticari uygulamanın aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı olması lazımdır. Haksız ticari uygulamaları TKHK da ayrı bir madde ile düzenleyerek yasaklamış ve uygulama sorumluluğunu Reklam Kuruluna bırakmıştır. Bu konuya aldatıcı reklamlarla ilgili bölümde değinilmiştir.

TTK 55. Maddesinin (1). Fıkrasının (a) bendinin 10, 11 ve 12 numaralı altbentlerinde tüketici kredilerinin hangi hallerde haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmiştir. Bunlardan 10 numaralı

altbent taksitli satışlara ilişkin olmakla birlikte yukarıda belirttiğimiz gibi taksitli satışlarda geniş anlamda tüketici kredisidir.

TTK 55. Maddenin (1). Fıkrasının (a) bendinin 10. altbendine göre; ***"Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek,"*** haksız rekabet sayılır. Bu hükme göre haksız rekabet sayılan hususlar taksitli satış ilanlarındaki bazı eksikliklere dayanmaktadır. Yapılan ilanlarda şu hususların bulunmaması halinde yapılan ilan haksız rekabet sayılacaktır:

- unvanını açıkça belirtmemek,

- peşin veya toplam satış fiyatını veya

- taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek,

Görüldüğü gibi bu hususların tamamı da ilanın muhataplarının aldatılmasına sebep olabilecek konulardır.

TTK 55. Maddenin (1) fıkrasının (a) bendinin 11. altbendine göre; ***"Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak,"*** haksız rekabet sayılmıştır. Bu hüküm de yukarıda yer alan taksitli satışlara ilişkin hükme paralel bir hükümdür. Burada da tüketici kredisine ilşkin ilanlarda yer alması gereken bazı hususlar belirtilmiş ve bunların eksikliği haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. Eksikliği halinde haksız rekabet olacak ilan unsurları şunlardır:

- unvanını açıkça belirtmemek veya

- kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak.

Görüldüğü gibi bu hususlar da yine ilanın muhataplarının yanılmasına ya da aldanmasına sebep olabilecek hususlardır.

TTK 55. Maddenin (1) fıkrasının (a) bendinin 12. alt bendine göre; ***"İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak."*** haksız rekabet teşkil eder. Bu hükümde ise taksitli satış veya tüketici kredisi hakkındaki ilanlar değil bizzat bu konuda yapılan sözleşmenin içermesi gereken hususlar belirtilmekte bunların belirtilmemesi ya da yanıltıcı olarak belirtilmesi halleri haksız rekabet olarak kabul edilmektedir. Sözleşmede bulunması gereken ve yanıltıcı olmaması gereken hususlar şunlardır:

- sözleşmenin konusu,

- fiyatı,

- ödeme şartları,

- sözleşme süresi,

- müşterinin cayma veya fesih hakkına veya

- kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin
eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak

Görüldüğü gibi TTK da düzenlenen hususların tamamı TKHK'da da düzenlenen konulardır. Ancak bu düzenleme ile tüketici hakları açısından getirilen düzenlemeler aynı zamanda haksız rekabet haline getirilmiş ve böylece bu hükümlere göre tüketici ya da müşteri yanında rakiplerin hatta onların birliklerinin de dava açarak bu uygulamaları durdurma olanakları tanınmış olmaktadır.

Bu konularda açılabilecek davalar ve davayı açabilecek kişilere ilşkin acıklamalar için "Aldatıcı Reklamlarla" ilgili bölüme bakılmalıdır. Tekrardan kaçıkmak için burada bu konulara girilmeyecektir.

BÖLÜM III

Bankacılığı İlgilendiren Çeşitli Tüketici İşlemleri

1. İŞYERİ DIŞINDA KURULAN TÜKETİCİ İŞLEMLERİ

1.1. GENEL OLARAK

Yeni TKHK ile, kapıdan satışlar, işyeri dışında kurulan sözleşmeler olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Kapıdan satışların, işyeri dışında kurulan sözleşmeler olarak düzenlenmesinin sebebi 25/10/2011 tarihli Tüketici Haklarına İlişkin 2011/83/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'ne uyumlu hale getirmektir. İşyeri dışında kurulan sözleşmeler, özellikle profesyonel pazarlamacıların, hazırlıksız olarak yakaladıkları tüketiciye, satış sözleşmesini, emrivaki olarak kabul ettirdikleri, tüketicinin hiçbir şekilde malın kalitesinden emin olma şansının bulunmadığı, fiyatını karşılaştırma olanağı olmadığı ve hatta sağlıklı düşünme fırsatını dahi bulamadığı zorlayıcı bir satış türüdür. Bu nedenle, bu gibi satışlarda, tüketicinin zaman baskısından uzak karar vermesini sağlamak amacıyla, tüketiciye cayma hakkı verilmektedir[1]. Kapıdan satışlarda, alıcı-tüketici genellikle ev kadınları olmaktadır. Bu kişilere ev gezmeleri sırasında, özellikle, çeşitli mutfak eşyaları satılmaktadır. Çoğu zaman, bu satış işleminden çok kısa bir süre sonra pişman olunmakta, ancak iş işten geçmiş olmaktadır. Bu nedenle, tüketiciyi koruyucu mahiyette olmak üzere bu zorlayıcı satış türünün de düzenlenmesi icap etmiştir[2]. TKHK'nin 47. maddesi işyeri dışında kurulan sözleşmelere ayrılmıştır.

1 ÖZEL, Çağlar; "Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı"; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını; Ankara, 1998, s. 2

2 Yargıtay çeşitli kararlarında, tüketicinin düşünmeye fırsat bulduğu ya da uzunca bir süre geçmesi nedeniyle düşünme süresi bulmuş sayılacağı hallerde kapıdan satış söz konusu olmayacağı ya da cayma hakkının kullanılamayacağı yönünde kararlar vermiştir. "Taraflar arasında yapılan beyaz dö-neme ilişkin 5.1.1997 tarihli satıştan sonra, davacıların müracaatı üzerine mavi döneme ilişkin yeni bir sözleşme yapıldığına göre, artık taraflar arasındaki satışın 4077 sayılı Kanunun 8. maddesindeki kapıdan satış olarak kabul edilmesi mümkün değildir." 13. HD 2000/E.4876-K.5213, 1999/E.7391-K.8698. "Davacı,…, peşinattan sonra ödemeğe devam etmiş hatta eşini de devre kullanım hakkına teşvik etmiştir. Bu nedenle davacının sözleşmedeki yazılı beyanların aksini, satışın kapıdan satış şeklinde yapıldığını kanıtlayabildiği söylenemez." HGK 2002/E.13-375- K.406

1.2. TANIMI

4077 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrası, kapıdan satışları; "Kapıdan satış; işyeri, fuar, panayır gibi satış mekanları dışında yapılan satımlardır." olarak tanımlamıştı[3]. 6502 sayılı Kanun ile, kapıdan satışlara ilişkin düzenlemeler önemli ölçüde değiştirilmiş bulunmaktadır. Kanun'un "İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler" başlığını taşıyan 47. maddesine göre, işyeri dışında kurulan sözleşmeler, ***"(1) Satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında;***

a) Teklifin tüketici ya da satıcı veya sağlayıcı tarafından yapılmasına bakılmaksızın iş yeri dışında, tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında kurulan,

b) Tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında tüketiciyle iş yeri dışında görüşülmesinin hemen sonrasında, satıcı veya sağlayıcının iş yerinde ya da herhangi bir uzaktan iletişim aracıyla kurulan,

c) Mal ve hizmetlerin tüketiciye tanıtımı ya da satışı amacıyla satıcı veya sağlayıcı tarafından düzenlenen bir gezi esnasında kurulan,

sözleşmeler iş yeri dışında kurulan sözleşmeler olarak kabul edilir." şeklinde tanımlanmıştır.

Birinci fıkrada, işyeri dışında yapılan sözleşmelerin neler olduğu sıralanmıştır. İşyeri dışında yapılan sözleşmeler üç durumda ortaya çıkmaktadır.

İlk olasılık, teklifin tüketici, satıcı veya sağlayıcı tarafından yapılmasına bakılmaksızın tarafların fiziksel varlığında, satıcı veya sağlayıcının işyeri dışında, örneğin tüketicinin işyerinde veya bir konutta sözleşme kurulmasıdır. 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. Örneğin, musluk tamiri veya balkonun boyanması için sağlayıcının konuta gelmesi ve sözleşme görüşmelerinin burada yapılması normaldir; veya tüketicinin işinde bu görüşmeyi yapmak istemesi halinde de, bir kapı önü işleminin varlığından bahsedilemez. Sorun, tüketicinin hiçbir sözleşme ilişkisi kurmayı düşünmediği anda satıcı veya sağlayıcıyı karşısında bulmasıdır.

Uygulamada karşılaşılan diğer bir pazarlama tekniği, tüketiciyle, satıcı veya sağlayıcının işyeri dışında görüşülmesinin hemen sonrasında satıcı veya sağlayıcının işyerinde veya uzaktan iletişim araçları kullanılarak kurulan sözleşmelerdir. 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.

Ancak bir satıcı veya sağlayıcı tüketiciden kesinlikle herhangi bir taahhüt almadan sade-

3 Sanayi ve Ticaret Bakanlığı "Kapıdan satışlara İlişkin Uygulama ve Esasları Hakkında Yönetmelik, 13.06.2003 Tarih ve 25137 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Yürürlükten kalkan tebliğ: Sanayi Ve Ticaret Bakanlığının 21.12.1995 tarihli ve 22500 sayılı resmi gazetede yayınlanmış olan Kapıdan satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esaslarına Dair Tebliğ

ce bir önlem almak veya bir tahmin vermek amacıyla tüketicinin evine gider, bu ziyaretten daha sonraki bir zamanda satıcı veya sağlayıcının işyerinde veya uzaktan iletişim araçlarıyla kurulan sözleşmeler ise bu kapsamda sayılmayacaktır. Şayet tüketici, sözleşme doldurulmadan önce satıcı veya sağlayıcının tahminini/teklifini reddedecek kadar bir zamana sahipse, bu tür sözleşmelerin satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle işyeri dışında görüşmesinin hemen sonrasında, işyerinde veya uzaktan iletişim aracı vasıtasıyla sözleşme kurması olarak değerlendirilmemesi gerekir.

İşyeri dışında yapılan sözleşmelerin üçüncü türü ise, tüketicilerin bir gezi çerçevesinde aniden belirli sözleşmeler kurma yönünde icaplarla karşılaşmasıdır. Örneğin, İngilizce kitap seti satan bir satıcının, bu kitap setinin tanıtımı amacıyla düzenlediği bir gezi esnasında tüketicilerle sözleşme imzalanmasıdır[4]. Asıl önemli olan, kapıdan satışlara uygulanacak olan hükümlerin satış sözleşmesi hükümlerinden oldukça farklı olmasıdır. Bu hükümlerden hareketle, işyeri dışında yapılan sözleşmelerin temel özelliği, tüketicinin ummadığı ve hazır olmadığı bir anda satıcı veya sağlayıcı ya da onun temsilcileri ile yüz yüze gelerek, agresif satış koşulları altında bir sözleşmeyi yapmayı kabul etmesidir.

1.3. YETKİLİ SATICI VEYA SAĞLAYICI

TKHK'nin 47. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"İş yeri dışında kurulan sözleşmeler, Bakanlık tarafından yetkilendirilmiş satıcı veya sağlayıcı tarafından kurulur."*** İkinci fıkrada, işyeri dışında satışın kimler tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. Ülkemizde işyeri dışında yapılan sözleşme kurularak tüketicilerin ciddi şekilde istismar edilmesi nedeniyle, tasarıda, işyeri dışında yapılan sözleşme kurma yetkisi ancak sınırlı bazı kişilere verilmiştir. Bu yetki; sadece Bakanlık tarafından belge verilmiş satıcı veya sağlayıcılara verilecektir[5].

Yeni Kanun ile işyeri dışında satışın ancak, Bakanlık tarafından yetkilendirilmiş satıcı ve sağlayıcılar tarafından kurulabileceği öngörülmüştür. Söz konusu maddeye uymamanın yaptırımı 14 Ocak 2015 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği'nde belirtilmiştir. Buna göre; bu yetki, sadece Bakanlık tarafından belge verilmiş satıcı veya sağlayıcılara verilecektir. Bu belgeye sahip olmayan satıcı veya sağlayıcılar tarafından kurulan sözleşmelerde tüketici cayma hakkını kullanmak için herhangi bir süre ile bağlı olmayacak, şayet tüketici cayma hakkını kullanmak isterse bu hakkını cayma süresinin sona erdiği andan itibaren en geç bir yıl içinde kullanması gerekecektir (diğer bir ifade ile sözleşmenin kurulumasından sonra işleyen cayma süresi için on dört gün hesap edilecek bu günden itibaren bir yıllık süre daha verilecektir). Aksi takdirde tüketici cayma hakkını kullanamayacaktır (m. 9/2). Tabi ki TKHK'nin 77. maddesi gereğince idari para cezaları da söz konusu olacaktır.

4 Madde gerekçesi

5 Madde gerekçesi

1.4. ÖN BİLGİLENDİRME

TKHK'nin 47. maddesinin 3. fıkrasına göre; ***"Tüketicinin, iş yeri dışında kurulan sözleşme ya da buna karşılık gelen herhangi bir öneri ile bağlanmadan önce ayrıntıları yönetmelikte belirlenen hususlarda açık ve anlaşılır şekilde bilgilendirilmesi zorunludur. Tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir."***

İşyeri dışında yapılan sözleşmede, tüketicinin suiistimallere karşı korunması açısından başvurulan ilk yöntem, tüketicinin nasıl bir sözleşme yaptığı ile ilgili olarak tam bilgilenmesinin sağlanmasıdır. Bu amaçla sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradesini açıklamadan önce, İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği'nin ''Ön Bilgilendirme'' başlıklı 5. maddesinde belirtilen bir dizi hususta açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi zorunludur. Böylece tüketici yaptığı sözleşmenin kendisine sağlayacağı haklar ve borçlar konusunda bilgilenerek sözleşmeyi yapıp yapmama konusundaki iradesini serbestçe oluşturabilecektir. Bu düzenlemeye göre; söz konusu mal ve hizmetin bedeli, satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı ile iletişim bilgileri, mal ve hizmetin Türk Lirası olarak vergiler dahil toplam fiyatı, cayma hakkı varsa bunun kullanılma şartları hakkında tüketiciye bilgi verilmek zorundadır. Bu bilgilendirme en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılır bir dilde yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla tüketiciye verilmek zorundadır (m. 7/1).

Bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükü satıcı veya sağlayıcıdadır (Yön. m. 5/2). Sağlayıcının tüketiciyi bilgilendirdiğini kanıtlayabilmesi için, sözleşmeden ayrı bir belge gerektiği kanaatindeyiz. Diğer hükümlerdeki gibi ön bilgilendirme formu kullanması ve bu form ile tüketicinin borçları ve haklarının açık, kısa ve net bir şekilde anlaşılmasının sağlaması gerekir. Bu formu tüketiciye el yazısı ile imzalatıp tarih attırması ispat açısından yararlı olacaktır.

1.5. ŞEKİL

Geniş anlamda şekil, sözleşmeye taraf olanların iradelerini açıklama biçimidir. Dar anlamda ise şekil, tarafların amaçladıkları hukuki işlemin kurulması, geçerli olması veya ispatı için, iradelerinin bu işlem için Kanun'da öngörülen veya kendilerince kararlaştırılan şekilde açıklanmasıdır. Aksi halde yapılması amaçlanan sözleşme kurulamaz, geçerli olmaz veya ispat edilemez[6]. Şekle aykırı sözleşmeler TBK'nin 12. maddesi çerçevesinde geçersizdir. Ancak, bu geçersizliğin olumsuz sonuçları bazen hakkın kötüye kullanılması yasağı veya şekil kuralının amacına ulaşmış olması nedeniyle sonradan düzeltilebilmelidir[7].

TKHK 47. maddesinin 4. fıkrasına göre; ***İş yeri dışında kurulan sözleşmeler yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmaz. Geçerli bir sözleşme kurmamış olan satıcı veya sağlayıcı, sonradan***

6 ALTAŞ, Hüseyin; "Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi"; Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 60 vd

7 ALTAŞ, s. 147 vd.

sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez. Satıcı veya sağlayıcı; tüketicinin kendi el yazısı ile sözleşme tarihini yazmasını ve sözleşmeyi imzalamasını sağlamak, sözleşmenin bir nüshasını tüketiciye vermek ve mal veya hizmeti tüketiciye sunmakla yükümlüdür. Sözleşmenin tüketiciye teslim edildiğinin ve mal veya hizmetin sunulduğunun ispatı satıcı veya sağlayıcıya aittir."

İşyeri dışında yapılan sözleşmelerin yazılı olarak kurulması zorunlu hale getirilmiş ve bu şarta uyulmadığı takdirde de sözleşmenin geçerlilik kazanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hükme paralel olarak, şekil şartına uyulmayan sözleşmeler TBK'nin 12. maddesinde yer alan, "Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz." hükmü gereği de tüketiciler açısından geçerli bir sözleşme olmayacaktır. Buna ilave olarak TKHK'nin 4. maddesinin 1. fıkrası da uygulanacaktır. Hükmün gerekçesinde, geçerli sözleşme olmadığı için tüketicilerin cayma hakkı için on dört günlük süre ile bağlı olmayacakları da belirtilmiştir.

Yönetmelik'in "Sözleşmenin şekli ve geçerliliği" başlıklı 6. maddesine göre, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler yazılı olarak yapılmak zorundadır. Bu yazılılık şartı ancak en az on iki punto büyüklüğünde harflerle yazılmak suretiyle yerine getirilebilecektir. Sözleşme imzalanırken ayrıca, imza tarihinin tüketicinin kendi el yazısı ile yazılması, bu sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye teslim edildiğinin de el yazısı ile sözleşmede belirtilmesi ve tüketicinin on dört gün içinde cayma hakkın kullanabileceği hakkında bilgilendirildiğini de el yazısı ile belirtmesi gerekmektedir (m. 7/2). Buna ilişkin ispat, satıcı veya sağlayıcıya ait olacaktır. Bu yükümlülükler yerine getirilmediği takdirde, tüketici on dört günlük cayma süresi ile bağlı olamayacaktır. Şayet tüketici, cayma hakkını kullanmak isterse bu hakkını, cayma hakkının sona erdiği andan itibaren en geç bir yıl içinde kullanması gerekecektir. Nitekim TKHK'nin 47. maddesinin 6. fıkrasından bu sonuca ulaşılmaktadır.

Sözleşmenin, satıcının işyerinde yapılmadığının aksine, işyeri dışında yapıldığının kanıtlanması tüketiciye düşen bir yüktür. Gerçekten, herkes iddiasını ispat etmek zorunda olduğuna göre, tüketici bir işyeri dışında kurulan bir sözleşme olduğunu, dolayısıyla satıcının işyeri dışında yapıldığını kanıtlamak zorundadır. Ancak, ispat hukuku açısından, tüketicinin bu konuda bazı zorluklarla karşılaşacağı da açıktır.

Örneğin matbu sözleşmeye, sözleşmenin satıcının işyerinde yapıldığına dair bir ibare yazılmış, ancak sözleşme aslında işyeri dışında başka bir yerde yapılmış ise, tüketicinin bu sözleşmenin işyeri dışında yapılmış bir sözleşme olduğunu ispatlaması çok güçtür. Çünkü yazılı delil karşısında kendisinin de bir yazılı delil göstermesi gerekecektir. Nitekim, Yargıtay bir kararında; sözleşmede, sözleşmenin yapıldığı yer olarak satıcının işyeri gösterilmiş ise tüketicinin aksini aynı güçte bir delil ile kanıtlaması gerektiğini belirtmiştir[8]. Yargıtay,

8 Yargıtay 13. HD 2000/E9516-K.10184 sayılı kararı. Aynı yönde diğer bir karar, Yargıtay 13 HD 2000/E5118-K.9511

aynı kararında böyle bir durumda takdiri delillere de başvurulamayacağını belirtmektedir. Bu durumda, satıcı tarafından matbu sözleşmeye konulacak bir kayıt sayesinde, aslında kapıdan satış şeklinde yapılan sözleşmeden doğan cayma hakkının, tüketici tarafından kullanılması önlenmiş olacaktır.

Bu durumda, kanuna karşı hile söz konusu olduğundan, en azından kanuna karşı hilenin aksinin her türlü delil ile kanıtlanmasının mümkün kılınması, tüketicinin ispat yükünü kolaylaştıracaktır. Öte yandan bu gibi hükümlerin, Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Çünkü böyle bir matbu hüküm sayesinde satıcı, tüketicinin Kanunla verilmiş en önemli haklarından birini, bertaraf edebilmektedir. Bu durumda böyle bir hükmün, tek taraflı konmuş ve tüketici aleyhine dengesizlik yaratan bir hüküm olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

TKHK'nin 47. maddesinin ve dolayısıyla 4. fıkrasının uygulanabilmesi ve satıcı ve sağlayıcının ispat külfetinin doğması için, sözleşmenin işyeri dışında yapılan sözleşme tanımına uyması gerekmektedir.

1.6. CAYMA HAKKI

1.6.1. Genel Olarak Cayma Hakkı

Tüketicinin korunması bakımından, işyeri dışında kurulan sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı verilmesi en fazla uygulanan tedbirlerdendir. Belçika, Kebek (Qebec), Fransa, İsviçre, Almanya[9] ve Avrupa Topluluğu Konsey Yönergesi'nde tüketicinin cayma hakkının bulunduğu kabul edilmiştir[10].

Kanun'un cayma hakkı olarak düzenlemiş olduğu bu hak, tüketicinin sözleşmeyi oluşturan iradesini geri alabilmesini sağlayan bir haktır. Bu nedenle doktrinde genellikle geri alma hakkı olarak adlandırılmaktadır[11]. Özel hukuk terminolojisine özgü geri alma kavramının teknik anlamı, sonradan tek taraflı karşı bir irade beyanıyla ya da geri alma iradesine eşdeğer etkide zımni bir iradi davranışla, irade beyanlarının etkisizleştirilmesi ya da tamamen ortadan kaldırılması ve bu suretle onun hukuksal hüküm ve sonuçlarını doğurmasına engel olunması şeklindedir[12].

Kural olarak, icap ve kabul beyanları geri alınamaz, geri alınması hüküm ifade etmez. Hangi koşullarla icabın geri alınmasının hüküm ifade edebileceği TBK'nin 10. maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre; "Geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursa, öneri yapılmamış sayılır." "Bu kural, kabulün geri alınmasında da uygulanır." Ancak, kanun koyucu tüketicinin ko-

9 BLAUROCK, agm, s. 38-39

10 Satıcının Ticari İşyeri Dışında Müzakere Edilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında 20 Aralık 1985 tarih ve 85/77/AET sayılı Konsey Yönergesi, m.5

11 ÖZEL, s. 168

12 DEMİR, s. 264

runması amacıyla bu kurala bir istisna getirmiş olmaktadır[13].

Geri alma beyanı, tek taraflı varması gerekli bir işlem olmakla, geri alınan irade beyanı yazılı şekle bağlı olsa bile herhangi bir şekle bağlı olmayıp istenilen şekilde yapılabilir[14].

"İrade açıklamasında bulunmadan önceki düşünme zamanını güvence altına almak yerine, irade açıklamasının yöneldiği işlemi belirli bir süre içinde tekrar çözmek hususunda ortaya çıkacak hukuksal düzenleme, tüketiciyi koruyan geri alma hakkının temelini oluşturur."[15] Tüketicinin, iradesinin tam olarak gerçekleştiğini söylemenin mümkün olmadığı bir ortamda, oldu bitti ile yapılmış bir sözleşmeyi çözerek, tüketicinin korunması amacına hizmet eder.

Geri alma hakkı kavramı, hakkın mahiyetine daha uygun bir ifade olmasına karşın, kanuni kavram olarak cayma hakkı ifadesini kullanmayı tercih edeceğiz.

Bu anlamda, cayma hakkı sözleşmeden dönme, fesih, cayma ve hatta iptal hukuki müesseselerine benzemektedir. Ancak, dönme ve fesih sözleşmenin her iki tarafına da tanınmış olan ve sözleşmeye aykırılık hallerinde söz konusu iken, cayma hakkı, taraflardan menfaati korunmaya değer görülene ve herhangi bir sözleşmeye aykırılık olmaksızın serbestçe kullanılmak üzere verilmiş bir haktır. İptalde ise, sözleşmede daha baştan itibaren bir sakatlık vardır. Cayma hakkının kullanılması için ise sözleşmenin sakat olması gerekmemektedir[16].

Kanun'un 47. maddesinin 5. fıkrasına göre; ***"Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içerisinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir."*** Cayma hakkının hukuki niteliği, yukarıda da belirttiğimiz gibi, işyeri dışında kurulan söz-

13 Bu şekilde dar ve teknik anlamdaki geri alma kural olmakla birlikte, bu teknik nitelemedeki anlamı tam olarak vermese de , geri alma yetkisi tanıyan yasa maddeleri de bulunmaktadır. Örneğin icap ve kabulün geri alınması (BK m.9) (YBK m.10), temsil yetkisinin geri alınması (BK m.34/I) (YBK m.42/I), bağışlama taahhüdünün geri alınması (BK m.245)(YBK m. 296), elden bağışlamada rücu (BK m.244)(YBK m. 295), vekalette yetkinin geri alınması (BK m.396)(YBK m. 512); havalede, havale edenin konusu olan ödeme ve kabz yetkisini geri alması (BK m.461)(YBK m. 559), üçüncü kişi ya-rarına sözleşmede alacaklıya borçluyu ibra etme şeklinde tanınan yetkiyi geri alma hakkı (BK m.111/son)(YBK m. 129/son), vasiyetnamenin geri alınması (MK m.489) gibi. Bu anılan maddelerin bazılarında doğrudan geri alma deyimine yer verilmemiş olsa da, kullanılan rücu, fesih ya da iptal gi-bi terimlerde anlatılmak istenen, açıklanan irade beyanlarının geri alınarak hukuksal hüküm ve so-nuçlarını doğurmasını önlemektir. Örnek olarak gösterilen bu yasa maddeleri yakından incelendiğin-de; Geri alma hakkının, tek taraflı bir irade beyanıyla ya da kurulu bir hukuksal işlemi sona erdirme-ye (BK m.34 (YBK.m. 42), 244 (YBK. m.295), 245 (YBK m.296) ve m.111/f. Son (YBK m.129/f. son) ya da daha önce yaptığı irade beyanı üzerinde olumsuz etkide bulunmak suretiyle hukuksal sonuç doğurmamasını (BK m.3, 8/II (YBK m.9/II), 9 (YBK m.10) ve m.489 (YBK. m.588)) sağlamaya yöne-lik olumsuz yenilik doğurucu bir nitelikte olduğu görülür. DEMİR, s. 264-265

14 DEMİR, s. 268

15 "Özel hukuk alanındaki bir çok düzenlemede, taraflardan birisine verilmiş daha önce iletilmiş bir irade beyanının geri alınması söz konusudur. Böylece geri alan taraf tek taraflı olarak gerçekleşen ya da daha önce var olan hukuki ilişkiyi çözer. Bu durumda belirli olguların gerçekleşmesiyle, ortaya çıkan bağlılığın kaldırılması, bağlılığa yönelik irade beyanı ya da hukuki işlemi irade beyanında bulunan kişi, beyanın muhatabı ya da her iki tarafça istenmeyen olgunun ortadan kaldırılması söz konusu olur." ÖZEL, s. 70

16 Ayrıntısı için bkz. ÖZEL, s. 70, 105, 110 vd; DEMİR, s. 271 vd.

leşmelerin, geciktirici şarta bağlı bir sözleşme olarak kabul edilmiş olması nedeniyle, sözleşmenin hükümlerini doğurmasını önleyebilmesi için belli bir süre içinde, tek yanlı ve varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılan, yenilik doğurucu bir haktır. Yenilik doğuran hak olması dolayısıyla da borçtan bağımsızdır ve şarta bağlı olarak kullanılamaz[17].

Cayma hakkını şu şekilde tanımlamak mümkündür; işyeri dışında kurulan sözleşmelere özgü cayma hakkı (geri alma hakkı), tüketiciyi koruyucu özel niteliği gereği, tüketicinin yasada öngörülen tipik durumlarda irade beyanında bulunarak yaptığı işlemi, belirli yasal süre içerisinde ve gerekçesiz bir şekilde geri alma suretiyle etkisizleştirip, tasfiye amaçlı bir borç ilişkisine dönüştürme yetkisi veren ve değiştirici nitelikte yenilik doğuran bir haktır[18].

1.6.2. Cayma Bildiriminin Şekli

TKHK'nin 47. maddesinin 5. fıkrasına göre de; ***"... Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir."*** Kanun'un gerekçesinde açıkça; cayma bildiriminin satıcı veya sağlayıcıya varması veya onun tarafından öğrenilmiş olmasının aranmayacağı ifade edilmiştir. Ancak, ispat hukuku açısından çıkabilecek sorunların önlenmesi açısından, caymanın en azından yazılı olarak yapılmasında yarar bulunmaktadır[19].

1.6.3. Cayma Bildiriminin Süresi

TKHK'nin 47. maddesinin 5. fırkasına göre; ***"Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içerisinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir."***

Cayma süresinin ne zaman başlayacağı ise İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. 8. maddenin 2. fıkrasına göre, ''Cayma hakkı süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kuruluduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar.

Ancak tüketici sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içinde de cayma hakkının kullanabilir.'' Kanaatimize göre, tüketicinin malı görmeden önce bu malı almak isteyip istemediği konusundaki iradesi tam değildir. Bu itibarla, cayma hakkının malın tesliminden sonra başlayacağının düzenlenmesi son derece isabetli olmuştur. Ancak, yazılı sözleşme malın tesliminden daha sonra akdedilmiş ise, bu durumda sözleşme tarihinden başlatılması tüketici lehine olacaktır. Teslim edilen mallar hakkında Yönetmelik daha ayrıntılı hükümler de getirmektedir. 8. maddenin 3. fıkrasına göre:

17 ÖZEL, s. 100

18 DEMİR, s. 301

19 Bu durumda da ispat sorunları çıkabilecektir. ZEVKLİLER, s. 130

"Cayma hakkı süresinin belirlenmesinde;

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

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

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

esas alınır."

Şayet mal tesliminin yanında hizmet ifası da yapılmakta ise bu durumda cayma hakkı süresi mal teslimine ilişkin düzenlemelere tabi olacaktır.

TKHK'nin 47. maddesinin 6. fıkrasında göre; ***"Satıcı veya sağlayıcının bu maddede belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket etmesi veya tüketiciyi cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirmemesi durumunda, tüketici cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlükârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer."*** Altıncı fıkrada, cayma hakkına ilişkin on dört günlük sürenin hangi hallerde bir yıla uzayacağına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Satıcı veya sağlayıcı, tüketiciyi cayma hakkı konusunda gereğince bilgilendirmemişse veya Kanun'da ve ilgili yönetmelikteki yükümlülüklerini yerine getirmez ise, cayma hakkına ilişkin süre işlemeye başlamaz ve tüketici, cayma hakkı süresine ilaveten bir yıllık süre içerisinde cayma hakkını kullanabilir. Satıcı veya sağlayıcı, bu eksikliği, sözleşmenin kurulmasından sonraki bir safhada giderirse, o zaman on dört günlük süre o tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Yani satıcı veya sağlayıcının, yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve cayma hakkı konusunda tüketiciyi bilgilendirmemiş olmasının yaptırımı, tüketicinin cayma hakkı süresine ilaveten bir yıl içerisinde cayma hakkını kullanabilmesidir. Cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiği konusunda, ispat yükü satıcı veya sağlayıcıdadır[20].

Aynı şekilde, tüketiciyle yapılan sözleşmenin geçerli bir sözleşme olmaması halinde, cayma için herhangi bir süre söz konusu olmayacaktır. Örneğin, satıcının tüketicinin el yazısı ile tarih attırmaması halinde de on dört günlük süre bir yıla uzayacaktır.

Bu hükümlerle, tüketicinin cayma bildiriminin süresine ilişkin olarak, çıkabilecek sorunlar çözümlenmiş olmaktadır[21]. Bu durumda hakkın kötüye kullanılması genel sınırlaması dışında, Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır[22].

---

20 Madde gerekçesinden

21 ZEVKLİLER, Tüketicinin haklarını gösteren belgenin tüketiciye verilmemesi halinde, tüketicinin cayma hakkına ilişkin sürenin işlemeye başlamayacağını, her hak gibi cayma hakkının da dürüstlük kuralına uygun olan en kısa sürede kullanılması gerektiğini; Aksi halde hakkın, kötüye kullanılmış olacağını belirtmektedir. ZEVKLİLER, s. 136; ÖZEL, s. 194; DEMİR, s. 317 vd.

22 Değişiklikten önce çıkan ihtilafların bir çoğu usulüne uygun bir cayma belgesi verilmediğinden cayma süresinin işlemeyeceğine, böylece tüketicinin hiç bir süre ile bağlı olmaksızın her zaman cayma hakkını kullanabilip kullanamayacağına ilişkindir. Bu durumda her zaman dönebileceğine ilişkin olarak Bkz Yargıtay 13. HD, 1997/E.5242-K.5359, 1997/E.2242-K.4027, 2001/E.1727-K.1652. Bazı haller-de ise sözleşmeden cayma hakkının kullanılamayacağına karar vermiştir. Bkz. "Kaldı ki sözleşmenin yapıldığı 4.7.1996 tarihinden itiba-

Cayma hakkı tüketiciye, tek yanlı olarak kullanabileceği bir hak olarak verilmiştir. Bu hakkın veriliş amacı göz önünde tutulduğunda, hakkın kullanımı amacıyla verilmiş olan sürenin kısaltılamaması gerekmektedir[23].

1.6.4. Caymanın Sonuçları

1.6.4.1. Genel Olarak

İşyeri dışında kurulan sözleşmelerde, cayma ile sözleşme hiç gerçekleşmemiş olacaktır. Gerçekten, işyeri dışında kurulan sözleşmelerin geciktirici şarta bağlı bir sözleşme olduğunu kabul etmiştik. Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması, cayma hakkının kullanılmamasına bağlıdır. Kanun'da belirtilen süre içinde, tüketici cayma hakkını kullanmazsa, sözleşme, hüküm ve sonuçlarını, yapıldığı andan itibaren geçerli olmak üzere doğurur. Ancak, bu durumda, satıcı, tüketiciden sözleşme konusu mal veya hizmetin bedelini ödemesini ya da borçlandırıcı belgeler vermesini isteyebilir.

Şart gerçekleşmeyince, sözleşme de hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır. 47. maddenin 5. fıkrasına göre; ***"... Cayma süresi içerisinde satıcı veya sağlayıcı sözleşmeye konu mal veya hizmet karşılığında tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasını veya tüketiciyi borç altına sokan herhangi bir belge vermesini isteyemez. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür."***

1.6.4.2.Satıcının Geri Alma Borcu

Bu hükme göre, satıcı veya sağlayıcı, cayma süresi geçmeden tüketiciden, tüketiciyi borçlandırıcı her hangi bir senet talep edemeyeceği gibi ödeme de talep edemez. Bu nedenle satıcının, herhangi bir iade borcu doğmamaktadır. Bu hükme aykırı olarak, tüketiciden borçlandırıcı senet veya ödeme alınmış ise bunların da iadesi gerekir. Bu hükme aykırı hareket eden satıcı veya sağlayıcı açısından, para cezası yaptırımı düzenlenmiştir. Ayrıca, TKHK'nin 47. maddesinin 6. fıkrasına göre; ***"(6) Satıcı veya sağlayıcının bu maddede belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket etmesi veya tüketiciyi cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirmemesi durumunda, tüketici cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlükârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer."*** Tüketiciden cayma süresi içerisinde senet veya ödeme alınmış ise, 47. madde kapsamına aykırı hareket edilmiş olacak ve bu durumda tüketicinin cayma hakkı, on dörtlük günlük süre ile sınırlı olmayacaktır. Cayma hakkı yönünden de, Kanun tarafından sınırsız bir süre belirlenmemiş; her halükarda bu süre cayma süresinin biti-

---

ren 16 adet senetten 10 adedinin ödenmesi, davanın açıldığı 27.5.1998 tarihe kadar geçen uzunca süre nazara alındığında davacının sözleşmeyi benimsediğinin kabulü gerekir" Yargıtay 13. HD. Sayı 1999/E.7391-K.8698, 2002/E.13-375 K.2002/406 Yargıtay'ın aksine de kararları vardır. "Davacının sözleşme bedelinin tümünü ödemiş olması ve sözleşmeden cayma tarihine kadar uzunca bir sürenin geçmiş olması davacının sözleşmeyi benimsediği anlamına gelmeyeceği gibi, sözleşmeyi geçerli hale de getirmez." 13 HD. Sayı 1999/E.1048- K. 2215. "Da-vacıların 20 adet senetten 16 adedinin ödenmiş olması ve sözleşmeden cayma tarihine kadar uzunca bir süre geçmiş olması davacıların sözleşmeyi benimsediği anlamına gelmeyeceği gibi, sözleşmeyi geçerli hale de getirmez." 13. HD. 1998/E.9628-K.10271.

23 ÖZEL, s. 193; DEMİR, s. 323

minden itibaren bir yıl olacak şekilde sınırlandırılmıştır. Eğer satıcı veya sağlayıcı, bu hükme aykırı olarak tüketiciden senet ya da ödeme almış ise, bunları iade etmelidir. Kıymetli evrakların iadesi, bugünkü kıymetli evrak hukukumuz çerçevesinde önemli sorunlar yaratacak niteliktedir. Bu konuda taksitli satışlarla ilgili olarak yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir.

Eski Kanun'da satıcı malı yirmi gün içinde almak zorundaydı. Ancak, yeni Kanun ile bu yönde bir düzenleme gerçekleştirilmemiştir. Bu yöndeki düzenlemelerin, Yönetmelik ile belirleneceği, Kanun'da yer almıştır. Yönetmelik'in "Satıcı ve Sağlayıcının Yükümlülükleri" başlıklı 11. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Satıcı veya sağlayıcı, cayma bildiriminin kendisine ulaştığı tarhten itibaren on dört gün içinde malı geri almakla yükümlüdür. Bu süre içerisinde malın geri alınmaması durumunda, tüketici malı muhafaza etmekle yükümlü değildir." Görüldüğü üzere malın geri alınması için satıcıya tanınan süre Yönetmelik'te on dört gün olarak kısaltılmıştır.

Tüketici, mal zilyetliğinde bulunduğu sürece, mala kendi mallarına gösterdiği özeni göstermelidir. Aksi halde, aşağıdaki hükümler çerçevesinde tazminat borcu doğabilir. Ancak, bu süre geçtikten sonra artık, tüketicinin saklama ve özen yükümlülüğü de kalmayacaktır.

1.6.4.3. Tüketicinin İade Borcu

Tüketici cayma hakkını kullanırsa, sözleşme konusu malı ve varsa semerelerini satıcıya geri vermek zorundadır. TKHK'nin 47. maddesinin 5. fıkrasına göre; ***"Tüketici, cayma süresi içinde malın mutat kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalarından sorumlu değildir."***

İşyeri dışından yapılan satışlar, muayene ve tecrübe koşullu yapılan satış olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle de, tüketici malın mutat/olağan bir şekilde kullanmasından kaynaklanan (fotoğraf makinesi ile fotoğraf çekilmesi, tencere seti ile yemek pişirilmesi, tansiyon aletinin kullanılması gibi) değişiklik ve bozulmalardan sorumlu olmayacaktır[24].

Alıcı, kendi kusuruyla malın iadesini imkansız kılmışsa tam tazminat ödemek zorundadır. Burada, tüketicinin elindeyken, cayma süresi içinde, tüketicinin kusuru dışındaki sebeplerle, malın ziyaı halinde hasar satıcıya ait olmaktadır. Bu, doğal bir sonuçtur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kapıdan satışlar geciktirici şarta bağlı satış olarak düzenlendiği için, malın mülkiyeti cayma süresi boyunca satıcıya aittir. Bu nedenle, cayma hakkı kullanıldığı takdirde, malın hasarı ve yararı (semereleri) da satıcıya ait olacaktır. Bu durumda, iadenin imkansızlaşması halinde, genel hükümlere başvurulması gerekmektedir.

TKHK'nin 47. maddesinin 5. fıkrası hükmünün tersinden gidecek olursak, tüketici cayma hakkını kullandığı takdirde, sözleşme konusu malın, mutat kullanımını aşan kullanımlar nedeniyle ortaya çıkan zararları tazmin etmek zorundadır. Bu ifade karşısında, tüketicinin mutat kullanımı aşan kullanımlarının zımni kabul anlamına gelemeyeceğini, cayma hakkını kullanmasını önlemeyeceğini, aksine cayma hakkını kullanabileceği, yani TBK'nin 252. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmayacağını düşünüyoruz[25]. Yönetmelik 12. maddede " Sorumsuzluk hali" altında ayrıca şu

24 Madde gerekçesinden

25 Krş. AYDOĞDU, s. 208

düzenlemeyi getirmiştir: ''Tüketici cayma süresi içinde malı; işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun bir şekilde kullandığı takdirde meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.'' Bununla birlikte, tüketici, mala kendi fiili ile gelecek ve mutat kullanımı aşan her türlü zarardan sorumlu olacaktır.

Tüketicinin, kendi fiili sonucunda malın tamamen telef olması, malın biçim değiştirmesi ya da başka birine devredilmiş olması gibi hallerde, tüketicinin iade borcunu yerine getirmesinin imkansızlaşması, kendi fiilinden kaynaklandığından, cayma hakkını kullanamayacak, tam tazminat, başka bir deyişle satış bedelini ödeyecektir.

Ancak, malın iadesinin, tüketicinin fiili dışında sebeplerle imkansızlaşması halinde, tüketicinin cayma hakkını kullanması mümkündür. Bu durumda, eğer mutat kullanımı aşan bir durum söz konusu değil ise, tüketiciden herhangi bir tazminat talep edilemeyecektir[26].

Sözleşme konusu bir hizmet ise, bu durumda, cayma süresi içinde hizmet görülmeye de başlanmış ise ya da tamamen görülmüş ise, tüketicinin cayması halinde, iade borcunun yerine getirilmesinde farklı sorunlar ortaya çıkabilir. Bu ihtimale karşı Yönetmelik'te özel bir düzenleme getirilmiştir. ''Cayma Hakkının İstisnaları'' başlıklı 14. madde'nin (d) bendine göre, '' Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetelere ilişkin sözleşmeler'' cayma hakkının kullanılmasının istisnaları arasındadır. Çoğu halde, hizmetlerin niteliği gereği olarak, iade edilmesi söz konusu olamaz. Zaten sürekli edimli borç ilişkilerinde sözleşmeden dönme ve cayma hakları yerine belli şartlarda fesih hakkının taraflara tanınıyor olması karşılığında, Yönetmelik ile bu düzenlenmenin getirilmesi son derece isabetli olmuştur.

1.7. HUKUKİ MAHİYETİ

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Kanun'un 47. maddesinin, taraflarından birinin tüketici olduğu ve diğer tarafının da satıcı veya sağlayıcı olduğu ve işyeri dışında yapılan her türlü tüketici işlemine uygulanması gerekmektedir. Yeni Kanun ile, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler, ayrı bir madde ile düzenlenmiş olup, aşağıdaki bölümlerde değinilecektir. Bu sebeple, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelere bu bölümde değinilmeyecektir. İşyeri dışında kurulan sözleşmelere öncelikle, TKHK hükümlerinin uygulanacağı tabiidir.

TKHK'nin 47. maddesi hükümden anlaşılacağı gibi, sözleşmenin geçerlilik kazanabilmesi, tüketicinin malı reddetmemesine ya da cayma hakkını kullanmaması şartına bağlıdır.

TKHK'nin 47. maddesinde düzenlenen işyeri dışında kurulan sözleşmelerin bozucu şarta mı bağlı, yoksa geciktirici şarta mı bağlı olduğunun tespiti, uygulanacak hükümlerin bulunması açısından önem taşımaktadır. Eğer geciktirici şarta bağlı olarak kabul edilirse, mülkiyet satıcıda kaldığı için, hasar ve yarar satıcıya ait olmaktadır.

Ancak, bu arada mal teslim edilmiş ise, geciktirici şarta bağlı sözleşmelerde, şartın gerçek-

26 Krş. ZEVKLİLER, s. 132; AYDOĞDU, s. 207

leşip sözleşmenin geçerli hale gelmesi halinde, yarar alıcıya geçmekte, ancak zarar satıcıda kalmaktadır[27]. Mala, muayene süresi içinde herhangi bir şey olması halinde, tüketici sadece ağır kusurundan sorumlu olur. Bozucu şarta bağlı olarak kabul edilirse, mülkiyet ve hasar ve yarar tüketiciye geçmektedir.

Gerçi TKHK cayma halinde iade borcunun kapsamını kendisi düzenlemiştir. Ama yine de, bu Kanun'da hüküm olmayan hallerde genel hükümler uygulanacağı için, bunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Burada, on dört günlük sürenin hareketsiz olarak geçirilmesiyle mal zımnen kabul edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla, sözleşmenin hükümlerini meydana getirmesi, tüketicinin malı reddettiğini bildirmemesi koşuluna bağlıdır.

Böyle bir yorumun yapılarak, geciktirici şarta bağlı sözleşme olduğunun kabulü tüketicinin daha lehine sonuçlar doğurur. Bu nedenle, işyeri dışında kurulan sözleşmeleri, bozucu şarta bağlı sözleşme değil, geciktirici şarta bağlı sözleşme olarak kabul etmek gerekir[28]. Bu görüşün kabulü halinde, tüketicinin hem hasar ve nef'inin geçişinde, hem de geri alma hakkının kullanımı sonrası yapılacak tasfiye işlemi esnasındaki geri vermeyi sağlama yükümlülüklerinin, tüketici aleyhinde ağır sonuçların doğumunu engelleyememe güçlüğü yaratılabilir. Çünkü, yapılan satışın, bozucu şartla (tüketicinin onaylamaması yani redde yönelik beyanına bağlı olarak) yapılması halinde, işlem daha baştan askıda geçerli olarak kurulmuş hatta hüküm ve sonuçlarını da meydana getirmiş olacaktır[29].

Başka bir görüş, aynı zamanda, kurulan sözleşmenin şartlı bir olguya değil de, bir inşai işleme bağlı tutulduğunu kabul etmektedir. Buna göre 4077 sayılı Kanun döneminde düzenlenmiş kapıdan satışlar (ve bundan kıyasen de işyeri dışında kurulan sözleşmeler) ne erteleyici ne de bozucu şarta bağlı satışlardan olmayıp, gerçekte bu tür satım sözleşmeleri, tüketicinin yasal tazminatsız fesih hakkına bağlı olarak kurulmuş satım sözleşmeleridir. Ancak, yazarın bu tür işlemlerde, kural olarak sürekli edimler içeren sözleşmesel borç ilişkilerini ileriye yönelik (ex nunc) sona erdirme yetkisi tanıyan "fesih" (Kündigung) teriminin burada kullanılması doğru olmaz[30].

Bu nedenle sonuç olarak; işyeri dışında kurulan sözleşmelerin, tüketicinin geri alma hakkını süresinde kullanmaması şeklindeki yasadan kaynaklanan bir geciktirici mutlak iradi şarta bağlı ve bu nedenle sadece tüketici yönünden askıda geçersiz olan, özel bir tüketici işlemi niteliği taşıdığını kabul etmek gerekir[31].

27 BK 151 (YBK m.172) ve 183/3 (YBK m.208/3) maddeleri hükümleri çerçevesinde istisnai bir durum olarak yarar ve zarar ayrılmış olmaktadır. Bkz. AYDOĞDU, s. 49, 50; ÖZEL, s. 171

28 Aksi Görüş için bkz. KÖKSAL, age, s. 65; DPT UYUM RAPORU, s. 191; ÖZEL, s. 101, 171

29 DEMİR, s. 252

30 Bu konuda ileri sürülen çeşitli görüşler ve eleştirileri için bkz. DEMİR, s. 257, 258

31 DEMİR, s. 262

2. MESAFELİ SÖZLEŞMELER

2.1. GENEL OLARAK

Günümüzde, pazarlama tekniklerinin ulaştığı aşamada, satıcı-sağlayıcıların tüketicilere ulaşmak amacıyla kullandığı yöntemlerin çeşitliliği ve etkinliği hiç tartışmasız insan aklının sınırlarını zorlayacak hale gelmiştir. Satıcı-sağlayıcı ürünlerini hedef kitleye satabilmek amacıyla teknolojinin ve bilimin yarattığı her türlü teknik ve psikolojik olanaklardan yararlanarak ürününü satmaya çalışmakta, tüketiciler de bundan nasibini almaktadır. Katalog yoluyla satış, telefonla satış, televizyondan satış, bilgisayardan satış gibi çok çeşitli yöntemler uygulanmaktadır. Eskiden olduğu gibi, alıcının, satıcının işyerine giderek yaptığı sözleşmeler neredeyse toplam ticaret içinde azınlığa düşmek üzere, tüketicinin kendi bulunduğu yerde, satıcının tüketicinin ayağına giderek satış yapması, hatta tüketici ile satıcının hiç yüz yüze gelmeden sözleşme akdetmeleri mümkün ve gelişen iletişim sistemleri ile artık, tercih edilir duruma dahi gelmiştir. Bu gibi satışlar, tüketici ve satıcı açısından önemli avantajlar sağlamakta olduğu kadar, tüketicinin aldatılması olanaklarını da arttırmaktadır. Bu nedenle kapıdan satışlarda olduğu gibi, tüketici ile satıcının yüz yüze gelmeden, tüketicinin mal hakkında, sadece satıcının iletişim araçlarının olanaklarından yararlanarak verdiği bilgilere dayanarak, yapılan sözleşmelerde tüketicinin korunmasını sağlayacak düzenlemelere ihtiyaç doğmuştur.

Tüketicinin talep formu göndermek veya telefonla talepte bulunması suretiyle yapılan sözleşmelerde tüketici, malı özel olarak hazırlanmış kataloglar, dağıtılan prospektüsler veya -daha çok ülkemizde- gazete ve dergilerde yayımlanan resimli ilanlarından beğenmekte, mal bedelini malın teslimi anında ödemektedir. Sipariş edilen mamuller ise, daha ziyade PTT kanalıyla veya kargo şirketleri aracılığı ile ödemeli olarak gönderilmektedir.

Bu satış yöntemi, tüketiciye rahatlık ve yeterince düşünme olanağı gibi bazı avantajlar sağlar.

Ancak yöntemin tüketici açısından, basit bir fotoğrafa veya tarife göre karar vermesi nedeniyle, teslim aldığı mamulün beklediği ve ümit ettiği gibi olmaması, sipariş anı ile teslim anı arasındaki sürenin uzaması, teslim alınan malın defolu yahut nakliye sırasında hasara uğramış olması, malın hiç teslim edilmemesi, beğenmemesi durumlarında, malı geri alacaklarına dair garanti veren firmaların, arandıklarında adreslerinde bulunmaması, daha doğrusu böyle bir firmanın olmadığının anlaşılması gibi riskleri ve sorunları da bulunmaktadır[32].

Bu nedenlerle, mesafeli satışlara da, kapıdan satışlara ilişkin hükümlerin uygulanması önerilmiştir. Hatta, şimdi yürürlükte olmayan Kapıdan Satışlara İlişkin Bakanlık Tebliği'nde de, katalog yoluyla satış kapıdan satış olarak nitelendirilmiş idi[33]. Bu iki satış türü birbirinden farklı niteliklere

32 BAYKAN, s. 152

33 "Burada kullanılan "mesafeli satış" kavramı, Borçlar Kanunumuzda söz konusu olan "mesafeli satış" kavramıyla aynı değildir. BK. m.183/II, m.186/I, m.201 vb. hükümlerinde "mesafeli satış", ifa yerinden başka bir yerde teslim edilecek malların satışında (mesafe satışı, gönderme suretiyle yapılan satış, Versendungsschuld, Schikschuld, Diztanzkauf), satılan malın akdi veya kanuni ifa yerinden başka bir yere gönderilmesini ifade eder ve tamamen ifa yeriyle ilgili olan bir ayrımdır." AYDOĞDU, s. 130

sahip olmakla birlikte, aynı yöntemle tüketicinin korunması mümkündür. İş yeri dışında kurulan sözleşmeler ve mesafeli sözleşmelerin her ikisinde de tüketicinin iradesinde bozulmalar olmasına rağmen, işyeri dışında kurulan sözleşmelerde bu bozulma sözleşmenin yapılması aşamasında gerçekleşir. Mesafeli satışlarda da sözleşmenin yapılması sırasında irade bozulmaları olmakla birlikte, bu bozulmaların telafi edilmesi olanağı bulunmakta, ancak asıl tüketicinin korunmasını gerektiren durumlar, ifa aşamasında ortaya çıkmaktadır. Ancak, her ikisinde de sorunun çözümünde, cayma (geri alma) hakkı verilmesi yeterli olmaktadır[34].

Mesafeli sözleşmeler de, aynı işyeri dışında yapılan sözleşmeler gibi, tüketici açısından bazı riskler içermektedir. İşyeri dışında yapılan sözleşmelerde belirleyici özellik, tarafların, mağaza gibi olağan sözleşme kurma mekânları dışında fiziksel olarak karşılaşmasıyken, mesafeli sözleşmelerde belirleyici özellik, tarafların hiç karşılaşmamasıdır. 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 Yönergesi'ne uyumlu olarak tüketicinin sözleşme ve edim hakkında aydınlatılması ve kendisine bir cayma hakkının verilmesi uygun gözükmektedir [35].

27.11.2014 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği ile TKHK'nin 48. maddesinin 6. fıkrasına göre, mesafeli sözleşmelere ilişkin uygulama usul ve esasları, özellikle kapsam dışı sözleşmeler, tüketicinin ve satıcı veya sağlayıcının hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat gibi hususlar belirlenmiştir.

2.2. TANIM

TKHK'nin 48. maddesinin birinci fıkrasında mesafeli sözleşmeler tanımlanmıştır. Buna göre; ***"(1) Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir."*** Yönetmelik'in 4. maddesinin (e) fıkrasında da aynı tanım tekrar edilmiştir.

Bu tanım aynı zamanda, tüketicinin sadece mal veya hizmetler hakkında bilgi toplamak amacıyla bir satıcı veya sağlayıcının işyerini ziyaret etmesinin ardından, uzaktan bir iletişim aracı vasıtasıyla sözleşmeyi müzakere ettiği ve kurduğu durumları da kapsar. Bu durumun tam tersine satıcı veya sağlayıcının işyerinde müzakere edildikten sonra uzaktan bir iletişim aracı kullanılarak kurulan bir sözleşme mesafeli sözleşme olarak kabul edilmez. İlk durumda tüketici, sadece mağa-

34 Bu konuda ileri sürülen çeşitli görüşler açısından bakınız DEMİR (Geri Alma Hakkı), s. 208 vd.

35 Madde gerekçesinden

zayı ziyaret edip bilgi toplamakta sözleşme hakkında herhangi bir müzakere yapmamaktadır. İkinci durumda ise, sadece mallar hakkında bilgi toplamakla kalmayıp sözleşme hakkında müzakere yapmaktadır.

Bir sözleşme uzaktan iletişim araçlarıyla başlatılırsa, fakat sonunda satıcı veya sağlayıcının işyerinde kurulursa, bu da mesafeli sözleşme olarak kabul edilmez. Bu hükmün uygulanabilmesi için, sözleşmenin tarafların yokluğunda ve bir sistem üzerinden iletişim vasıtaları ile kurulmuş olması gerekir.

Benzer şekilde, mesafeli sözleşme kavramı bir profesyonelden hizmet almak amacıyla tüketici tarafından uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla rezervasyon yapılması durumunu kapsamaz. Örneğin, saç tıraşı olmak için berberin aranarak rezervasyon yapılması. Bu tür bir sözleşmenin kabulü için belirleyici olan, birden fazla unsur vardır. Öncelikle, satıcı veya sağlayıcının mal ve hizmetlerini uzaktan pazarlamak üzere sistemini düzenlemiş olması gerekir. Yani uzaktan pazarlamaya yönelik bir organizasyonunun var olması aranır. Satıcı veya sağlayıcının aynı zamanda mağazasında mal veya hizmetlerini sunuyor olması bu noktada bir fark yaratmaz. İki pazarlama tekniğinin birbirinin yanı sıra kullanılması mümkündür. Önemli olan, uzaktan pazarlamanın tek seferlik, istisnai bir durum olmamasıdır. İkinci unsur, tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasındaki sözleşmenin mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, internet gibi bir uzaktan iletişim aracının kullanılması suretiyle akdedilmiş olmasıdır. Yani sözleşmenin, tüketici ile satıcı veya sağlayıcının fiziksel varlığı olmaksızın kurulmuş olması gerekir[36].

AB Konsey Yönergesi'nin[37] "Tanımlar" başlığını taşıyan 2. maddesine göre; bu yönerge anlamında olmak üzere, "Mesafeli Ticaret Çerçevesinde Sözleşme Kurulması (Akdin İnikadı)", tüketici ile sağlayıcı alanında kurulan ve sağlayıcının mesafeli ticarete özgü olarak organize edilmiş bir satış hizmeti ağı sistemi çerçevesinde, bir mal ya da hizmet edimiyle ilgili sözleşmenin kurulması anına kadar ki süreçte de dahil olmak üzere münhasıran bir ya da birden çok uzaktan iletişim tekniği kullanılarak sözleşmeler yapılmasını," ifade eder.

"Uzaktan İletişim Tekniği" ise, "tüketici ile sağlayıcı arasındaki sözleşmenin kurulmasında, tarafların fiziksel olarak aynı zamanda halihazırda bulunmaksızın işletilebilen (devreye – kullanım alanına sokulabilen) bir iletişim aracıdır."

Her iki tanımdan da anlaşılacağı üzere, mesafeli satışların ayırt edici özelliği, tarafların karşı karşıya gelmeksizin, iletişim araçları vasıtası ile sözleşme yapmalarıdır. Aşağıda görüleceği gibi, tarafların yüz yüze gelmemesine karşın, TBK hükümlerine göre, bazı hallerde sözleşmenin hazırlar arasında yapıldığı varsayılır. Ancak bu durum, mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanmasını engellemez. Örneğin telefonla yapılan sözleşmeler hazırlar arasında yapılmış sayılır ancak, tanımda da açıkça sayıldığı gibi, bunlara da mesafeli satışlara ilişkin hükümler uygulanacaktır.

36 Madde gerekçesinden

37 "Uzaktan Pazarlama Çerçevesinde Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Yönerge* Çeviren Dr. Mehmet Demir; Tüketicini Korunması Hukuku Mevzuatı; Ulusal Mevzuat; İlgili Avrupa Birliği Yönergeleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2002 s.443

2.3. ÇEŞİTLERİ

2.3.1. Yazılı İletişim Araçları İle Yapılan Sözleşmeler

Katalogdan, gazete, dergi ilanlarından ve diğer yazılı iletişim araçlarından seçme yolu ile yapılan satışlar mesafeli satış olarak kabul edilmiştir. Böyle bir seçim yapan tüketici, ya bir formu belirtilen adrese göndermekte, ya da belirtilen bir telefon numarasını arayarak siparişini vermektedir. Mal veya hizmet ise daha sonra gönderilmekte ya da sağlanmaktadır. Bu gibi satışlarda tüketici, söz konusu kataloğu veya ilanı inceleme ve düşünme fırsatı bulmakta, ondan sonra siparişini vermektedir. Bu yönü ile işyeri dışında kurulan sözleşmeler de, ani ve şaşırtıcı bir şekilde yapılan işlemlerden farklılık göstermektedir. İşyeri dışında kurulan sözleşmelerde tüketici bir oldu bitti ile karşılaşırken, mesafeli satışlarda böyle bir durum söz konusu olmamaktadır. İşyeri dışında kurulan sözleşmelerde tüketicinin iradesinin bozulması yüz yüze yapılan ve genellikle baskıcı, şaşırtıcı yöntemlerle gerçekleşmekte ve tüketici düşünme fırsatı bulamadan sözleşmeyi yapmaktadır. Burada ise yine, aldatıcı reklam ve beyanlarla tüketicinin iradesinin bozulması söz konusu olabilir, ancak tüketicinin düşünme ve kıyaslama için fırsatı olmaktadır. Ancak, bu kez gönderilen mal ile tanıtılan mallar arasında farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Bu durum ise, işyeri dışında kurulan sözleşmelerde söz konusu olmamaktadır[38].

2.3.2. Telefonla Yapılan Sözleşmeler

4077 sayılı Kanun'un 9/A maddesinin 1. fıkrasında, telefonla yapılan sözleşmelerin mesafeli satış olarak kabul edileceği açıkça belirtilmişti. Ancak, 6502 sayılı TKHK ile mesafeli satışlara ilişkin olarak vasıtaların sayılması yoluna gidilmemiş, Kanun'un gerekçesinde mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, internet gibi uzaktan iletişim araçlarının kullanılması ile tüketici ve satıcı veya sağlayıcı arasındaki sözleşmelerin mesafeli sözleşme olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Burada telefonla yapılan sözleşmeler dendiği zaman, iki farklı durum akla gelebilecektir. Birincisi satıcı veya sağlayıcının, belirli tüketicileri önceden tespit ederek, hiç umulmadık anda onları arayıp, psikolojik teknikler uygulayacak çeşitli sözleşmeler yapmaya çalışmasıdır. Burada arayan, satıcı veya sağlayıcı olmakta ve tüketicinin hazırlıksız yakalanmasından yararlanarak, bir sözleşme yapmaya çalışmaktadır. Bu yönü ile telefonla yapılan böyle bir sözleşme, işyeri dışında kurulan sözleşmelere benzemektedir. Ancak işyeri dışında kurulan sözleşmeden, satıcı ile tüketicinin yüz yüze gelmemeleri bakımından farklılık gösterse bile, tüketicinin düşünme fırsatı olmadan, bir oldu bittiye getirerek sözleşme yapmaya çalışmak açısından, gösterdiği etki itibariyle işyeri dışında kurulan sözleşmelere benzemektedir[39]. İkincisi ise, tüketicinin, herhangi bir iletişim aracında gördüğü bir mal veya hizmet ile ilgili olarak sözleşme yapmak üzere, belirtilen telefon numarasını aramasıdır. Burada

38 KIRCOVA, İbrahim; İnternette Pazarlama; Beta İstanbul, 2002, 2. Baskı, s. 8, 11; DEMİR (Geri Alma Hakkı), s. 96; AYDOĞDU, s. 130

39 DEMİR (Geri Alma Hakkı), s. 86, 209, 232

aramayı yapan tüketici bizzat kendisidir. Ancak bu aramayı yapmasını sağlayan, satıcı veya sağlayıcının uyguladığı mesafeli satış teknikleridir. Tüketici çeşitli iletişim araçlarında, satıcı-sağlayıcı tarafından yayınlanan bilgi ve sözleşme yapma davetlerinden etkilenerek verilen numarayı aramaktadır[40]. Bu durumda, telefon ile yapılan sözleşmelerden kastedilenin satıcı-sağlayıcının, tüketiciyi aradığı haller olduğu sonucuna ulaşmak gerekmektedir. Gerçekten bu düzenleme yerinde olmuştur.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, satıcı-sağlayıcının tüketiciyi arayarak sözleşme yapmaya çalışması, tarafların yüz yüze gelmemesi itibariyle işyeri dışında kurulan sözleşmelerden ayrılmakta, ancak doğurduğu etkiler itibariyle ise işyeri dışında kurulan sözleşmelere benzemektedir. Bu nedenle, bu tür sözleşmelere işyeri dışında kurulan sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda çeşitli tartışmalar ortaya çıkmıştır[41]. Ancak bu açık hüküm karşısında, satıcı-sağlayıcının, tüketiciyi arayarak, sözleşme yapması mesafeli satış tanımı içine alınarak, bu tartışmaya son verilmiş ve tüketicinin bu durumda da cayma hakkını kullanabileceği kabul edilmiştir.

2.3.3. Teleshopping

İletişim araçlarındaki gelişme ve özellikle yaygınlaşma, satıcı-sağlayıcıları bu olanakları da kullanmaya sevk etmiştir. Herkesin evinde bir televizyon bulunmaktadır. Kişisel bilgisayarlar ise katlanarak artmaktadır. Bu iki görsel iletişim aracının, tüketicilere mal veya hizmet pazarlamak için kullanılması da aynı hızla artmaktadır. Önceleri, televizyon programları arasına reklam vermek şeklinde başlayan bu faaliyetler, sonraları sırf satış amaçlı programlar hazırlanması ve günün belirli saatlerinde televizyonlardan yayınlanması şekline dönüşmüştür. Şimdilerde ise, tüm bunların yanında, tüm amacı teleshopping olan televizyon kanalları kurulmuştur. Aynı şekilde, kişisel bilgisayarlarda da benzer bir gelişme olmuştur.

Tüketici bu programları izledikten sonra, verilen telefon numarasını aramakta veya kişisel bilgisayarıyla verilen e-posta adresine mesaj atmakta ve sipariş vermektedir. Ödemeyi de sipariş sırasında yapması gerekmektedir. Ödeme ya verilen hesaba havale şeklinde ya da kredi kartı numarasının verilmesi suretiyle yapılmaktadır. Sipariş edilen mal, ödemeden belirli bir süre sonra tüketicinin adresine gelmektedir.

Teleshopping yolu ile satışları da, işyeri dışında kurulan sözleşmeler olarak kabul etme yönünde ve karşı yönde görüşler ileri sürülmüştür[42]. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, işyeri dışında kurulan sözleşmelere göre daha farklı olmakla birlikte, bu tür satışlarda da tüketicinin korunmasını gerektiren sebepler bulunmaktadır. Bu nedenle yasa koyucu, açık bir düzenleme ile bu tartışmalara son vermiş ve tüketiciye cayma hakkı vermiştir.

40 AYDOĞDU iki durum arasında bir ayrım yapmayarak ikisine de kapıdan satış hükümlerinin uygulan-masını önermiştir. AYDOĞDU, s. 131

41 DEMİR (Geri Alma Hakkı), s. 209 vd; AYDOĞDU, s. 131

42 KIRCOVA, s.10; DEMİR (Geri Alma Hakkı), s. 216 vd; ÖZEL, s. 184

2.3.4. Elektronik Ticaret

Bir tanıma göre elektronik ticaret; işletme faaliyetlerinin iletişim networkleri arasında yerine getirilmesidir. Elektronik sözleşmeleri, elektronik iletişim araçları kullanılarak yapılan sözleşmeler olarak tanımlamak mümkündür(43). Elektronik ticaret araçlarıyla yapılan işlemleri, bu kapsamda elektronik sözleşme saymak gerekecektir. Bu itibarla, dar anlamda elektronik ticaret ele alındığında, elektronik ortamda internet aracılığıyla yapılan sözleşmeler elektronik sözleşmeler olarak kabul edilmiştir(44).

Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu (ETKK) çalışmaları kapsamında hazırlanan raporda ise elektronik ticaret; "Bireyler ve kurumların açık ağ ortamında (internet) ya da sınırlı sayıda kullanıcı tarafından ulaşılabilen kapalı ağ ortamlarında (intranet) yazı, ses ve görüntü şeklindeki sayısal bilgilerin işlenmesi, iletilmesi ve saklanması temeline dayanan ve bir değer yaratmayı amaçlayan ticari işlemlerinin tümünü ifade etmektedir" şeklinde tanımlanmıştır. OECD tarafından yapılan başka bir tanımda ise; "Elektronik ticaret, genel olarak birey ve organizasyonların metin, ses ve görsel imajları kapsayan dijital verilerin aktarımına dayalı olarak ticari faaliyetlerin yerine getirilmesidir" şeklinde belirtilmiştir(45). Dünya Ticaret Örgütü ise, "Mal ve Hizmetlerin üretim, reklam, satış ve dağıtımlarının telekomünikasyon ağları üzerinden yapılmasıdır" şeklinde tanımlamaktadır. 4. Tüketici Konseyi E-Ticaret Alt Komisyonu'nda elektronik ticaret şu şekilde tanımlanmıştır; "Elektronik ticaret, bireyler ve kurumların açık ağ ortamında ya da sınırlı sayıda ulaşılabilen kapalı ağ ortamında yazılı metin, ses ve görüntü şeklindeki sayısal bilgilerin; İşaretlenmesi, iletilmesi ve saklanması temeline dayanan, bir değer yaratmayı, diğer bir deyişle mal ve hizmetlerin üretim, tanıtım, satış, sigorta, dağıtım ve ödeme işlemlerinin bilgisayar ağları üzerinden yapılmasını amaçlayan tüm ticari ve hukuki işlemlerdir."(46)

Elektronik ticaret dendiği zaman, aslında çok geniş bir alanı kapsayan ve içinde elektronik iletişim araçlarının da kullanılmasını gerekli kılan her türlü işlem akla gelmektedir. Devletin internet üzerinden vergi toplaması, işletmeler arası veri değişimi, internet üzerinden eğitim vb. gibi pek çok konu bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Klasik ticaretteki tüketici hakları, e- ticaret içinde geçerli olmakla birlikte, elektronik ortam sebebiyle satıcı ve tüketicinin mesafeli olması, alışveriş, sözleşme ve ödeme işlemlerinin hızlı yapılması ve özellikle gayrimaddi mallarda alışverişin tamamen gıyaben gerçekleşmesi gibi özellikler, tüketiciye ilave korunma sağlanmasını gerektirmektedir.

E-ticarette tüketicinin korunmasını zorlaştıran önemli bir nokta da, ortamın sınır ötesi niteliğidir. Bu alandaki tüketici sorunları;

---

43 ALTINIŞIK, Ulvi, Elektronik Sözleşmeler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003

44 KIRCOVA, İbrahim, İşletmeler Arası Elektronik Ticaret, İTO Yayın No:2001-32, s. 23 vd; KIRCOVA, s. 13; GÜRAN S/AKÜNAL T/ BAYRAKTAR K, Internet ve Hukuk, Superonline Workshop Metni, Aynı metnin internet adresi "www.igeme.org.tr/TUR/etrade/hukuk/bolum2.htm"

45 ATASOY/TAŞKIN/ACAR, s. 184

46 YÜCEDAĞ, Armağan; Elektronik Ticarette Tüketicinin Korunması; T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Tüketici ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü; Yayın no: 99, 1. Baskı, Nisan 2002, Ankara, s. 4

- Aldatıcı reklam ve hileli işlemlerden korunma,
- Ödeme kartlarının suistimalinin engellenmesi,
- Tüketici mahremiyeti anlamında alışveriş esnasında toplanan müşteri bilgilerinin korunması,
- Mal ve hizmetteki ayıpların tazmini

şeklinde özetlenebilir[47].

Elektronik sözleşme türlerinden biri olan ve gün geçtikçe yaygınlaşan "on-line shopping", yani "mal satımına yönelik sözleşmeler" ile çarşı ve mağazalarda rastladığımız her türlü malın alım satımının yapılması mümkündür. Sözleşme, internet ortamında kurulmakta ise de, satıcının borcunu ifası, posta ve kurye gibi alışılagelmiş yöntemlerle yapılmaktadır. Alıcı ise, kredi kartı ya da havale gibi elektronik araçlar kullanarak borcunu ifa etmektedir[48].

E-posta Aracılığıyla: Taraflar, karşılıklı e-posta alışverişleriyle geçerli bir sözleşme kurabilirler. İcap ve kabul tamamen e-posta aracılığıyla iletilebileceği gibi, yazılı belge, faks, sözle görüşme desteğinde de kullanılabilir[49].

Web Sitesi Aracılığıyla: Çoğu kez bir web sitesi operatörü satılık mal ve hizmetler önerir. Müşteri ekrana yerleştirilen sipariş formunu tamamlar ve karşı tarafa iletir. Satıcı siparişi kabul ettiği zaman sözleşme kurulmuş olur. Daha sora mal ve hizmetler, fiziken hat dışı (off-line) olarak dağıtılır veya ifa edilir.

Online Kitlesel Pazara Yönelik Sözleşmeler (Online Mass Market Agreements): Elektronik sözleşmeler, online davranışlarla da kurulabilmektedir. Bir yayımcı, yazılım veya başka dijital içerikleri, standart sözleşmeler halinde elektronik ortamda arz edebilir. Kullanıcının bu içerikleri bilgisayarına indirmesi (download) standart sözleşmenin kabulünü teşkil eder.

Electronic Data Interchange (EDI) Aracılığıyla: EDI, bilgisayarla bilginin doğrudan değişimidir. Veriler önceden belirlenmiş standartlara göre formatlanmıştır ve alıcı bilgisayar tarafından doğrudan işleme konabilir. EDI, standart satın alma siparişlerinin, kabullerinin, faturaların ve diğer kayıtların iletiminde kullanılır. Bu değişimlerle, geçerli sözleşmeler kurulur.

Elektronik Temsilci Aracılığıyla: Taraflardan birinin ya da her ikisinin elektronik temsilci kullanarak sözleşme yapması mümkündür. Elektronik temsilci, şahısların aracılığı olmadan bir hareket başlatan, elektronik mesajlara ya da uygulamalara cevap veren bir yazılımdır. Bir kişiyle elektronik temsilci arasında veya iki elektronik temsilci arasında sözleşme kurulabilir. ABD Yeknesak Bilgisayar Enformasyon İşlemleri Kanunu (UCITA) Taslağına göre, taraflar elektronik temsilcinin hareketini ya da bunun sonuçlarını bilmeseler bile sözleşme geçerlidir[50].

Tüketici açısından bakıldığında, malların çeşidine göre, elektronik ticaret kapsamında iki türlü işlem yapılması söz konusudur. Birincisi, çeşitli işletmelerin web sitesine girmek suretiyle veya

47 Buket ÖZTUNA COX, Avrupa Birliği Hukukunda Elektronik Ticaret ve Türkiye'deki Gelişmeler, Pusu-la Yayıncılık, 2002

48 GÜRAN/AKÜNAL/BAYRAKTAR, Internette Sözleşme Kurulması, BATİDER, C. XX, s. 4, 101

49 ZANGER, L., Electrnic Contracts : Some of the Basics "www.mbc.com/ecommerce/ltecpubs.asp"

50 ZANGER (e-contracts)

yukarıdaki diğer yöntemlerle, oradaki çeşitli basamakları tuşlara dokunmak suretiyle geçip siparişin tamamlanması ve malın geleneksel yollarla tüketiciye ulaştırılması şeklinde olmaktadır. Burada, teleshoppingten çok farklı bir durum söz konusu değildir. İkincisi ise, tüketicinin satın almış olduğu mal veya hizmetin, yine internet üzerinden teslim edilmesi halidir. Sözleşme konusu mal, sanal bir mal olduğu takdirde, bunun teslimi de, sözleşme yapıldığı anda internet üzerinden yapılmış olacaktır. Bu yönü ile teleshoppingten farklıdır. Her iki durum da, 48. madde kapsamına girmektedir. Ancak, tüketicinin özellikle açık ağ ortamında işlem yaptığı hallerde, karşı tarafa vermiş olduğu kişisel bilgilerin başkaları tarafından görülmesi ve böylece kullanılması olanağı da ortaya çıkar[51].

Burada şu kadarını belirtelim ki, bu düzenlemelerle elektronik ticaret de, mesafeli sözleşmelerin bir çeşidi olarak kabul edilerek tüketicinin korunması sağlanmıştır. Ancak bu korumanın, sözleşme ilişkisi içinde kaldığını, tüketicinin bilgilerinin satıcı-sağlayıcı veya üçüncü kişiler tarafından kötü niyetli bir şekilde kullanılmasına karşı, kredi kartını çıkaran kuruluşa sorumluluk yükleyen bir çözüm getirildiğini de belirtmek gerekir. Bu konuda zaten kesin koruma sağlayabilecek bir sistem geliştirilmemiştir. Kapalı ağ sistemlerinde, nispeten tüketicinin daha güvende olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, açık ağ sistemleri için aynı şeyi söylemek mümkün değildir[52]. Aşağıda, kredi kartını çıkaran kurumların sorumluluğuna değinilecektir.

2.3.5. Diğer İletişim Araçları Aracılığı İle Yapılan Ticaret

4077 sayılı TKHK'nin 9/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan tanımda, diğer iletişim araçları aracılığı ile yapılan sözleşmeler de, mesafeli sözleşme kavramı içine alınmıştı. Ancak, 6502 sayılı TKHK ile mesafeli sözleşmelere ilişkin genel nitelikte bir tanım yapılmış, vasıtalardan sayma suretiyle bahsedilmemiştir. Kanun'un gerekçesinde mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, internet gibi uzaktan iletişim araçları sayılmak suretiyle, diğer iletişim araçları aracılığı ile yapılan ticarette mesafeli sözleşmeler kapsamında değerlendirilmiştir. Diğer iletişim araçlarından ilk akla gelenler teleks, telefaks ve teleteks (BTX) ile yapılan işlemlerdir. Yukarıda sözünü ettiğimiz aynı tartışmalar, bu tür satışlar için de yapılmıştır. AB Konsey Yönergesi'nde, diğer iletişim araçlarının neler olabileceğine dair örnek kabilinden bir liste eklenmiştir. Buna göre; "Yönerge'nin 2. maddesinin 4 fıkrası hükmündeki "Uzaktan İletişim Teknikleri" örnek olma anlamında şunlardır:

- Açık adresli matbuat,
- Adressiz matbuat,
- Önceden hazırlanmış basılı standart mektuplar,
- Basılı reklam yazıları ve sipariş formları,
- Kataloglar,

51 Ortaya çıkabilecek çeşitli sorunların çözümü için çeşitli ülkelerde ve uluslararası kuruluşlarda faaliyet-ler sürdürülmektedir. Bu çalışmalar ve sonuçları açısından bkz. KESER, Berber, Leyla, İnternet Üze-rinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza; Yetkin Yayınları, 2002, Ankara, s. 43 vd; YÜCCEDAĞ, s. 29 vd.

52 KESER, s. 36 vd.

• Görüşmenin muhatabı olan kişiyle telefonlu iletişim,
• Görüşmesi otomat ile kurulan telefonlu iletişim (Voice – Post sistemi – İşitsel Metin),
• Radyo,
• Görüntülü telefon
• Tuşa Bağlantılı Görüntülü Metinler (mikro bilgisayarlar ve dijital TV ekranları üzerinden) içeren video Textler ya da ekran üzerinden yapılan diğer Teleteksli bağlantılar,
• Elektronik posta,
• Uzaktan kopya gönderme (Telefaks),
• TV veya benzeri araçlarla Uzaktan Alış – Veriş (Teleshopping)."

2.4. ÖN BİLGİLENDİRME

TKHK'nin 48. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"(2) Tüketici, mesafeli sözleşmeyi ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce ayrıntıları yönetmelikte belirlenen hususlarda ve siparişi onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilir. Tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir."***

Tüketicinin bilgilendirilmesi açısından, bu hükme özel bir önem atfedildiği anlaşılmaktadır. Tüketicinin ön bilgilendirme sayesinde yapacağı sözleşme sonucunda ödeme yapmak zorunda kalacağını iyice anlaması sağlanacak ve bir kez daha düşünmeye sevk edilmiş olacaktır. Burada açıkça belirtilmemişse de, sonraki fıkradan anlaşılacağı üzere, bu bilgilendirme kapsamında tüketicinin cayma hakkının da bulunması gerekmektedir. Satıcı veya sağlayıcı, tüketiciyi cayma hakkı konusunda bilgilendirmezse, cayma süresi başlamamaktadır. Bu hükme aykırı davranılması halinde idari para cezası yaptırımlarının da uygulanacağını belirtelim. AB Konsey Yönergesi'nde ön bilgilendirmeyle ilgili olarak kapsamlı bir hüküm bulunmaktadır[53].

Nitekim, Yönetmelik'in "Ön Bilgilendirme" başlıklı 5. maddesinde tüketicinin aşağıdaki hususlar bakımından bilgilendirilmesi gerektiğini düzenlemiştir:

53 Benzer bir hüküm AB Konsey Yönergesi'nin "Önceden Bilgilendirme" başlıklı 4. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre: Tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce, zamanına uygun olarak, aşağıdaki hususlarda bilgi sahibi olmalıdır; Sağlayıcının kimliği ve kendisine bir ön ödemenin (peşinatın) yapılmasının gerektiği sözleşmelerde açık adresi; Mal ya da hizmetin esaslı unsurları (te-mel özellikleri); Bütün vergiler dahil mal ya da hizmetin toplam bedeli; Gerektirdiği bütün malın tesli-matı/sağlanması giderleri; Ödemeye, teslime ve genel olarak ifaya ilişkin özellikler; 6'ncı maddenin 3'üncü fıkrasında sayılan durumlar dışında, geri alma hakkının varlığı; Sabit (temel-baz) ücret tarifesi üzerinden hesaplanmadığı takdirde, uzaktan iletişim tekniğinin işletilmesi gideri; Teklifin ya da bedelin geçerlik süresi; Gerektiğinde, mal teslimi ya da hizmet edimleri ifasını konu olan sözleşmenin, -ki bu sözleşmenin konusu ve içeriğini süreli veya düzenli olarak ifa edilen periyodik (dönemsel) edim oluş-turuyorsa bunun geçerlik ve uygulanma süresi, Ticari amacın kesin olarak anlaşılması gereken, bi-rinci fıkradaki bilgilendirme konularının, açık ve anlaşılır biçimde, her biri için kullanılan uzaktan ileti-şim tekniğine uygun bir tarzda tüketiciye bildirilmesi zorunludur. Ayrıca, özellikle ticari işlemlerdeki saydamlık ilkesi ile, Üye Devletlerin yasalarına göre fiil ehliyeti olmayanların (örneğin, mümeyyiz kü-çükler gibi) korunması şarttır. Bundan başka, tüketici ile yapılan telefon görüşmelerinde, bu görüşme-nin başlangıcında sağlayıcının kimliği ve görüşmenin ticari amaç taşıdığı açık bir biçimde ortaya ko-nulmalıdır.

"a) Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

i) Varsa dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri,

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

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

2.5. SÖZLEŞMENİN KURULMASI

TBK açısından sözleşmenin kurulması, hazırlar arasında ve hazır olmayanlar arasında olmak üzere farklı düzenlenmiştir. Elektronik ticaret kapsamına giren sözleşmelerin yapılış şekline göre, hazırlar arasında veya hazır olmayanlar arasında sözleşme olup olmadığı incelenebilir. Esasen, sözleşmenin tarafları olan tüketici ve satıcı- sağlayıcı aynı yerde bulunmamaktadırlar, yani gaipler (hazır olmayanlar) arası bir sözleşme söz konusu olacak gibi görünmektedir. Ancak, eğer satıcı sağlayıcının web sitesindeki ya da internet üzerindeki ilan ve reklamlarındaki bilgiler, bunların icap sayılması için yeterli ise, tüketicinin kabul ettiğini belirten iradesi, sipariş işleminin tamamlanması ile karşı tarafa ulaşmış olmaktadır.

Bilindiği gibi TBK, aynı fiziki ortamı paylaşmamakla birlikte telefonla yapılan icap ve buna uygun kabulü, hazırlar arasında yapılan bir sözleşme olarak nitelendirilmiştir (TBK. m.4, f.2). Bilgisayar ortamında yapılan icap ve kabuller de, bu hükme kıyasen hazırlar arasında yapılan

bir sözleşme niteliğinde kabul edilebilir. Sözleşme, sanal ortamda faaliyet gösteren firmaların arz etmiş oldukları, fiyat ve nitelikleri belirli olan mal ve hizmetleri bilgisayar ortamında tüketicilere sunmaları icap niteliğindedir. Bu sunum, umuma yapılmış bir sunum niteliğindedir. Ayrıca sunum, internet ortamında yayınlanmaya devam edildiği sürece, mucip de icabı ile bağlı ve icap geçerli demektir. İcabın yapılması ile kabul iradesinin beyanı arasında herhangi bir zaman aralığı da girmemektedir. Çünkü icap sürekli olarak yayınlanmaktadır. Tüketicilerin sunulan bu mal ve hizmetlerden bilgisayar tuşuna dokunarak talepte bulunmaları ise kabul niteliğindedir. Tüketicinin kabul iradesini belirten mesajın firmaya ulaşmasıyla, sözleşme kurulmuş olur. Tarafların irade beyanlarını karşılıklı olarak e-posta göndermek suretiyle beyan ettikleri hallerde ise, hazır olmayanlar arasında bir sözleşme akdedilmiş olmaktadır[54].

Katalog ve yazılı iletişim araçları ile yapılan sözleşmeler ise, hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşme hükümlerine tabi olacaktır. Çünkü, bu durumda, kabul iradesinin gönderilmesi ile ulaşması arasında belirli bir zaman geçmektedir.

Telefonla yapılan sözleşmeler, TBK'nın 4. maddesinin 2. fıkrasına göre, hazırlar arasında yapılmış olarak kabul edilmektedir.

Teleshopping yoluyla yapılan satışlarda da, tüketicinin verilen telefon numarasını arayarak sözleşme yaptığı hallerde hazırlar arası; bir form ya da mektup göndermek suretiyle sözleşme yaptığı hallerde ise, hazır olmayanlar arasında bir sözleşmenin varlığını kabul etmek gerekmektedir.

2.6. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

TKHK'nin 48. maddesinde, mesafeli sözleşmelerin şekline ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmenin şekli, tercih edilen uzaktan iletişim aracına göre değişebilecektir.

Ancak burada, internet üzerinden yapılan sözleşmelerin geçerliliği ve ispat şekli bakımından kısa bir açıklama ihtiyacı bulunmaktadır. Çünkü Kanun'un 48. maddesinden anlaşıldığına göre, kanun koyucu, internet üzerinden tüketicinin bilgilendirilmesini, bilgilerin verildiğinin yine internet üzerinden teyit edilmesini, sözleşmenin de elektronik ortamda yapılmasını, hatta malın veya hizmetin niteliğine göre, teslimin dahi elektronik ortamda yapılmasını kabul etmektedir. Bu durumda, elektronik sözleşmelerin geçerliliği ve ispat hukuku açısından delil olarak kullanılması sorunu ortaya çıkacaktır. Bu hükme göre, sözleşmenin elektronik ortamda yapılması ve tarafların da edimlerini yine elektronik ortamda ifa etmeleri mümkündür.

Öncelikle, Borçlar Hukuku sistemimize göre, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde, tarafların aralarında yapacakları sözleşmeyi istedikleri şekilde yapmaları mümkün olduğuna göre, şekil serbestisi çerçevesinde internet üzerinden yapılan sözleşmelerin de, tarafların iradelerinin internet üzerinden beyan etmeleri suretiyle oluştuğunun kabulü gerekir. Böylece, kanuni zorunlu şekil öngörülmemiş sözleşmelerin geçerliliği açısından internet üzerinde yapılmış olmasının bir etkisi olmayacaktır. Ancak, internet üzerinden irade beyanında bulunmak suretiyle, bazı sözleşmelerin

54 ATASOY/TAŞKIN/ACAR, s. 150; AYDOĞDU, s. 45; Krş. KESER, s. 184, 185

yapılması mümkün değildir. Kanun'un belirli bir geçerlilik şekli öngördüğü, özellikle resmi şekilde yapılması gereken sözleşmelerin, bu şekilde yapılması mümkün değildir. Kanun'un sadece yazılı şekil öngördüğü hallerde ise, internet üzerinden yapılan sözleşmelerin yazıya dökülmesi mümkün olduğundan, bunların internet üzerinden yapılması mümkündür[55].

15.1.2004 tarih ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile bazı yenilikler getirilmiş bulunmaktadır. Kanun'un amacı, elektronik imzanın hukuki ve teknik yönleri ile kullanımına ilişkin esasları düzenlemektir. Kanun'da elektronik imza, başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi ifade eder. Kanun'un 4. maddesine göre, güvenli elektronik imza ise, münhasıran sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğini tespiti sağlayan, imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır. Kanun'un 5. maddesine göre, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonuçları doğurur. Bazı istisnalar dışında güvenli elektronik imza her türlü hukuki işlemde kullanılabilecektir. Bu istisnalar 5. maddenin 2. fırkasında sayılmıştır. Buna göre, kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez. Kanun, güvenli elektronik imza sahibinin korunabilmesini sağlamak açısından çeşitli tedbirler getirmiştir. Her şeyden önce, güvenli elektronik imza sadece Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcıları tarafından verilmektedir. Elektronik hizmet sağlayıcıları, Telekomünikasyon Kurumu'nun izni ile kurulmakta ve izin için, güvenilirliği temin edici hususlar aranmaktadır. Elektronik sertifika sağlayıcısı, elektronik sertifika sahibine karşı, kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutulmuştur. Ancak, kusursuzluğunu ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilmektedir. İstihdam ettiği kişilerin haksız fiillerinden sorumluluğu halinde ise TBK'nin 66. maddesinde yer alan kurtuluş beyyinesinden yararlanamaz. Aynı şekilde, elektronik imza sahibinin zararlarına karşı sigorta yaptırma zorunluluğu da getirilmiştir. Sigorta yaptırma zorunluluğu olan, Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısıdır. Bunun dışında, elektronik imzaları taklit edenler veya haksız yere kullananlara hapis cezası getirilmiştir. Böylece, güvenli elektronik imza kullanıcıları, bir yandan, bu elektronik imzayı veren kurumun sorumluluğu yolu ile bir yandan sigorta yolu ile bir yandan da, haksız yere kullananların cezai ve hukuki sorumluluğunu sağlamak suretiyle korunmaya çalışılmıştır. Öte yandan ispat hukuku ile ilgili olarak da, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile eş duruma getirilmiş ve TBK ve HMK'de değişiklikler yapılmıştır. TBK'nin 15. maddesinin birinci fıkrasına şu cümle eklenmiştir: "Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur." HMK'nin 295. maddesine göre; "(1) Mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemece inkar edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılırlar. (2) Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. (3) Hakim,

55 KESER, s. 208 vd.

mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını resen inceler."

Böylece, çıkarılan bu Kanun ile, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki duruma getirilmiş ve elektronik ortamda işlem yapan tüketicilerin korunması için çok yönlü düzenlemeler getirilmiştir.

2.7. TARAFLARIN HAKLARI VE BORÇLARI

2.7.1. Satıcı-Sağlayıcının Borçları

TKHK'nin 48 maddesinin 3. fıkrasına göre; ***"Satıcı ve sağlayıcı, tüketicinin siparişi kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirir. Mal satışlarında bu süre her halükarda otuz günü geçemez. Satıcı ve sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir."***

Üçüncü fıkrada, mesafeli satışların ifa edilmesi düzenlenmiştir. Mesafeli satışlarda, tüketicilerin yaşadığı problemlerin başında sipariş ettikleri mal veya hizmetlere, satıcı veya sağlayıcıların taahhüt ettiği sürede ulaşamamaları gelmektedir. Bu nedenle, her halükarda otuz günü aşmamak kaydıyla satıcı veya sağlayıcıların taahhüt ettiği süre içerisinde edimini yerine getirmesi zorunlu kılınmış olup, aksi bir durumda tüketicinin sözleşmeyi feshedebileceği düzenleme altına alınmıştır[56].

Kanun'daki bu hüküm Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin ''Sözleşmenin ifası ve teslimat'' başlıklı 16. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında da tekrar edilmiştir. Bunun yanında bir takım başka ayrıntılara da yer verilmiştir. Üçüncü fıkraya göre, ''Sözleşmenin feshi durumunda, satıcı veya sağlayıcı, varsa teslimat masrafları da dahil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri fesih bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde tüketiciye 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 1 inci maddesine göre belirlenen kanuni faiziyle birlikte geri ödemek ve varsa tüketiciyi borç altına sokan tüm kıymetli evrak ve benzeri belgeleri iade etmek zorundadır.''

2.7.2. Tüketicinin Borçları

TKHK'nin 48. maddesinin 2. fıkrasına göre tüketici, mesafeli sözleşme yapmakla, ödeme yükümlülüğü altına girecektir. Bu ödemenin satıcı veya sağlayıcı tarafından kabulü halinde, sözleşme kurulmuş sayılmaktadır. İstisnai durumlar haricinde ödemeyi almayan satıcı veya sağlayıcı sözleşmeyle bağlı olmamakta ve ifada bulunmamaktadır.

Tüketicinin borçları esasen Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin ''Tüketicinin yükümlülükleri'' başlıklı 13. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre tüketici mesafeli sözleşmeden cayma hakkını kullanırsa, bu cayma bildirimini göndermesinden itibaren 10 gün içinde malı satıcı veya sağlayıcıya geri göndermek zorundadır. Mal bunların yetkilendirmiş olduğu kişiye de gönderilebilir. Tabi ki satıcı malı kendisinin geri alacağına dair bir teklifte bulunursa tüketici bu yükümlülükten kurtulmuş olacaktır (m. 13/1).

56 Madde gerekçesinden

Tüketici cayma bildiriminde bulunana kadar malı elinde tuttuğu sürede, malın işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun bir şekilde kullandığı takdirde maydana gelen değişiklik ve zararlardan sorumlu olmayacaktır (m. 13/2).

2.8. TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKI VE SONUÇLARI

2.8.1. Genel Olarak

TKHK'nin 48. maddesinin 4. fıkrasına göre; ***"(4) Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir*** (Yön. m. 9/1'de tekrar edilmiştir). ***Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir*** (Yön. m. 11/1'de tekrarlanmaktadır). ***Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlükârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer*** (Yön. m. 10/1'de tekrar edilmektedir). ***Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutat kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir."***

Dördüncü fıkrada, mesafeli sözleşmelerden cayma hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, tüketici on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin mesafeli sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Bu sürenin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. 9. maddenin 2 ve 3. fıkrasına göre:

''(2) Cayma hakkı süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar. Ancak tüketici, sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içinde de cayma hakkını kullanabilir.

(3) Cayma hakkı süresinin belirlenmesinde;

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

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

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

esas alınır.''

Cayma hakkı süresinin hesaplanmasında, ayrıca, bildirimin satıcı veya sağlayıcılara varması veya onun tarafından öğrenilmiş olması şartı aranmaz.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 5/1.ğ düzenlemesinde cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgilerinin de tüketiciye bildirilmesi gerektiğinin düzenlenmiş olmasından uygulamada ispat bakımından fazla bir sorun yaşanmayacağı kanaatindeyiz. Cayma hakkı konusunda, tüketicinin bilgilendirildiğini ispat yükü, satıcı veya sağlayıcılardadır. Tüketici cayma hakkı konusunda detayları ve şekli Yönetmelik ile belirlenmiş hususlarda gerektiği şekilde bilgilendirilmez ise cayma hakkına ilişkin süre işlemeye başlamaz ve tüketici bu süreye ilave edilecek bir yıl içerisinde cayma hakkını kullanabilir.

Satıcı veya sağlayıcı bu eksikliği sözleşmenin kurulmasından sonraki bir safhada giderirse, o zaman on dört günlük süre o tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Yani satıcı veya sağlayıcının, cayma hakkı konusunda tüketiciyi bilgilendirmemiş olmasının yaptırımı, tüketicinin bu on dört günlük süreye ilaveten bir yıl içerisinde cayma hakkını kullanabilmesidir[57].

2.8.2. Cayma Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

2.8.2.1. Satıcı-Sağlayıcının İade Borcu

Bilindiği gibi, işyeri dışında kurulan sözleşmelerde, cayma süresi sonuna kadar, tüketiciden herhangi bir ödeme ya da borçlandırıcı belge alınması yasaklanmıştır. Ancak, 48. maddenin 2. fıkrasına göre, işyeri dışında kurulan sözleşmeler için geçerli olan bu kural, mesafeli sözleşmelerde geçerli değildir. Bu nedenle, satıcı-sağlayıcının ilk borcu, tüketiciden almış olduğu bedeli, kıymetli evrakı ve tüketiciyi borç altına sokan diğer belgeleri iade etmektir. İade borcunun, cayma bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren, varsa malın tüketiciye teslim masrafları da dahil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri, on dört gün içinde iade etmekle yükümlüdür (Yön. m.12). Satıcı-sağlayıcı bu süre içinde iade borcunu yerine getirdiği takdirde, anaparaya ek olarak faiz ödemek zorunda değildir. Ancak süresinde, iade borcunu yerine getirmediği takdirde, faiz ve tüketicinin uğrayabileceği diğer zararları da tazmin etmek zorunda kalabilir.

Satıcı-sağlayıcının ikinci borcu, malın geri alınmasıdır. Satıcı-sağlayıcı, cayma bildirimi kendisine ulaştığı tarihten itibaren belirli bir süre içinde malı geri almalıdır. TKHK'nin 48. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesine göre, ***"Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutat kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir."*** Cayma süresi içinde tüketici malı doğruluk ve dürüstlük kuralları çerçevesinde saklama yükümlülüğü altındadır. Tüketiciden saklama yükümlülüğü ile ilgili olarak beklenebilecek özen borcu, en çok kendi malları için gösterdiği dikkat ve özen kadardır. Bu süre geçtikten sonra, tüketicinin malı saklama borcu yoktur.

Eğer, sözleşme ile taşıma bedelinin tüketici tarafından verileceği kararlaştırılmış ise, satıcı-sağlayıcının, taşıma bedelini de iade etmesi gerekip gerekmediği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. AB Konsey Yönergesi'nde, malın geri yollanması giderlerinin tüketiciye yüklenebileceğine dair bir hüküm bulunmaktadır, ancak malın tüketiciye gönderilmesi masraflarının cayma halinde kime ait olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, tüketicinin cayma hakkını kullanmasına herhangi bir kısıtlama teşkil etmemesi açısından, eğer, malın nakliye bedeli tüketici tarafından, satıcı-sağlayıcıya ödenmiş ise, bunun da iadesi gerekir. Ancak, çoğu zaman, nakliye bedeli, mal kapıya geldiğinde taşıma firmasının temsilcisine ödenmektedir. Bu durumda, cayma hakkının kullanılmasının, taşıyıcı firmaya karşı da ileri sürülmesi mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

57 Madde gerekçesinden

2.8.2.2. Tüketicinin İade Borcu

Tüketici cayma hakkını kullanmakla, sözleşme konusu malı ve varsa semerelerini satıcıya geri vermek zorundadır. TKHK'nin 48. maddesinin 4. fıkrasına ve Yönetmelik'in 13. maddesinin 2. fıkrasına göre ***"Tüketici, malın mutat kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalarından sorumlu değildir."*** Yukarıda işyeri dışında yapılan sözleşmelerle ilgili olarak bu konuda yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir.

2.8.3. Cayma Hakkının İstisnaları

Bazı uzaktan sözleşmelerde işin doğası gereği tüketicinin cayma hakkını kullanması adalet duygusu ile bağdaşmayacak, tüketicinin gereğinden fazla korunmasına sebep olacaktır. Bunun gerçekleşmesini önlemek için Yönetmelik'in 15. maddesi bazı durumlarda cayma hakkının kullanılamayacağını düzenlemiştir. Buna göre,

"Buna göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tüketici aşağıdaki sözleşmelerde cayma hakkını kullanamaz:

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

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

c) Çabuk bozulabilien veya son kullanma tarihi geçebilecek mallarının teslimine ilişkin sözleşmeler.

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

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

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

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

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

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

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

2.9. KREDİ KARTLARI İLE ÖDEME

BKKKK'nin 15. maddesinin 3. fıkrasında da bu konuda bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; "Bu Kanunun 20. maddesi uyarınca harcama belgesi düzenlemeksizin çeşitli iletişim araçları yoluyla

veya sipariş formu vasıtasıyla yapılan mal ve hizmet alımlarındaki hukuka aykırı kullanımlardan kaynaklanan zararlardan kart hamili sorumlu tutulamaz."

Benzer bir düzenleme AB Konsey Yönergesi'nin "Kartlarla Ödeme" başlığını taşıyan 8. maddesinde de yer almaktadır[58].

Mesafeli sözleşmelerde tüketici açısından en büyük tehlikelerden birisi de, tüketicinin vermiş olduğu bilgilerin üçüncü kişilerce elde edilmesi, özellikle açık ağ ortamlarında mümkün hale gelmektedir. Bu durumda, tüketicinin, kişisel bilgilerinin kullanılmak suretiyle, harcamalar yapılması söz konusu olabilmektedir. Tüketicinin korunması açısından, tüketicinin vermiş olduğu bilgilerin kullanılarak, tüketiciyi borçlandırıcı işlemler yapılması halinde, tüketiciden haksız yere alınan ödemelerin, tüketiciye geri verilmesi gerekmektedir. Bu durum, kredi kartının çalınması, kaybolması gibi durumlardan farklı bir durumdur. Burada, kart çalınmadığı veya kaybolmadığı halde, tüketicinin yapmış olduğu mesafeli sözleşme nedeniyle elde edilen bilgileri kullanılmak suretiyle, tüketicinin kartından harcama yapılmaktadır. Kartın çalınması veya kaybolması gibi hallerde tüketicinin, bir an önce kredi kartını çıkaran kurumu uyarma yükümlülüğü olduğu ve bu yükümlülüğü yerine getirmediği sürece, yapılacak haksız harcamalardan sorumlu tutulabileceği halde, mesafeli satışlarda, kişisel bilgilerin elde edilerek, üçüncü kişilerce harcama yapılması halinde, tüketicinin kredi kurumunu uyarma yükümlülüğünden söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle, böyle bir düzenlemeye gidilmesi tüketicinin korunması açısından yararlı olmuştur.

Kartı çıkaran sorumluluğunun, koşulsuz bir şekilde düzenlendiği anlaşılmaktadır. Yani tüketicinin, kartın kendi rızası dışında ve hukuka aykırı olarak kullanıldığını ileri sürerek ödeme işlemini iptal ettirmesi mümkün görünmektedir. Bu durumda, kartı çıkaran kuruluşun, bu şartlar varsa itiraz etme hakkı bulunmamaktadır. Bu hakkın kullanılmasının tek koşulu, kartın tüketicinin rızası dışında kullanılmış olmasıdır.

2.10. SİSTEM SAHİPLERİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

TKHK'nin 48. maddesinin 5. fıkrasına göre; ***"Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu maddede yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi hâlinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür. Ancak bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur."***

Beşinci fıkrada özellikle internet ortamında oluşturdukları sistem üzerinden satıcı veya sağlayıcıların mal ve hizmet satışına aracılık edenlerin sorumlulukları düzenleme altına alınmıştır.

58 "Üye devletler, aşağıdaki amaçlarla, mevcut bulundurulacak uygun önlemleri dikkate alırlar;

Bu Yönergenin kapsamına giren, mesafeli sürüm yoluyla kurulmuş bir sözleşme çerçevesinde tüketi-ci, kendisine ait bir ödeme kartının hileli ve dolanlı yoldan kullanımı durumlarında, yapılmış ödeme-nin iptalini talep edebilecek,

Bu şekilde hileli ve dolanlı kullanımlar durumunda, yapılan ödemeler kendi kredi hesabına alacak kaydı yapılacak ya da bu ödenen miktar kendisine geri ödenecektir.

Uygulamada satıcı veya sağlayıcılar dışında onlara aracılık eden üçüncü kişiler, oluşturdukları sistem çerçevesinde satıcı veya sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin mesafeli yöntemle tüketicilere ulaşmasına aracılık etmekte, aynı zamanda satıcı veya sağlayıcı adına tüketiciden mal veya hizmetlerin bedelini de tahsil etmektedirler. Bu durumda bu kişilerde satıcı veya sağlayıcılar gibi tüketicilere karşı bu maddede yazan hususlardan dolayı sorumlu olacaklardır. Ancak bedel tahsil etmeden sadece satıcı veya sağlayıcılar ile tüketicilerin iletişime geçmelerine aracılık eden ve genellikle yer sağlayıcı niteliğine haiz olan internet siteleri bu fıkra hükümlerine tabi olmayacaktır[59].

3. MESAFELİ FİNANSAL HİZMET SÖZLEŞMELERİ

3.1. GENEL OLARAK

Finansal hizmetlerin, mesafeli satışının yapılış şekli olarak diğer mesafeli satışlardan bir farkı bulunmamaktadır. Ancak, sonuçları itibariyle diğerlerinden daha yıkıcı olabilirler. Gerçekten, artık bir telefonla kredi kullanmak dahi mümkün hale gelmiştir. Birçok finansal hizmeti telefonla, internet üzerinden veya başka iletişim araçları ile yapabilir duruma geldik. Bu nedenle, doğası gereği maddi olmayan finansal hizmetler özellikle mesafeli yönden satılmaya uygundurlar. Elektronik ticaret gibi, finansal hizmetlerin mesafeli satışına ilişkin yeni tekniklerin kullanılmasında, finansal hizmetlerin mesafeli satışına ilişkin yasal çerçeve oluşturulmalı ve tüketici güveni artırılmalıdır. Bu madde, finansal hizmetlere ilişkin tüketici güvenini artırmak amacıyla yazılmıştır.

Kanun'un 48. maddesinde düzenlenen mesafeli sözleşmelerde olduğu üzere, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde de belirleyici özellik, tarafların fiziki olarak hiç karşılaşmamasıdır. Nitekim bu tür sözleşmelerde sorun genelde çok düşünülmeden, sözleşmeye ve edime ilişkin ayrıntılar hakkında yeterli bilgi sahibi olmadan, piyasada sunulan aynı türden hizmetlere ilişkin sözleşme koşulları ile karşılaştırma yapmadan akdediliyor olmalarıdır. Dolayısıyla, bu hallerde de bilgi eksikliğinin giderilmesi için, tüketicinin sözleşme ve edim hakkında aydınlatılması ve kendisine bir cayma hakkının verilmesi uygun gözükmektedir.

Nitekim Avrupa Topluluğu, mesafeli sözleşmelere ilişkin ilk Yönergesini 1997 yılında yayınlamış (97/7/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi); finansal hizmetleri kapsamayan bu yönergeyi takiben 2002 yılında finansal hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına ilişkin olarak ikinci bir yönerge kabul etmiştir (90/619/AET, 97/7/AT ve 98/27/AT sayılı Yönergeleri Değiştiren 2002/65/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi). Tasarının 64 üncü maddesi ve bu maddeye ilişkin olarak çıkarılacak yönetmelik 2002/65/AT sayılı Yönergeyi iç hukukumuza aktarmak amacına da hizmet etmektedir[60].

TKHK'nin 49. maddesinin 7. fıkrasına göre; ***"Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde, uzaktan iletişim araçlarının kullanılması, kapsam dışı sözleşmeler, kartla ödeme, tüketici ile***

59 Madde gerekçesinden

60 Madde gerekçesinden

sağlayıcının hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı ile diğer uygulama usul ve esasları yönetmelikle belirlenir."

Bu maddenin uygulanmasını sağlamak için Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, 31 Ocak 2015 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış ve yürürlük tarihi 31 Mart 2016 olarak belirlenmiştir. (m. 17).

3.2. TANIM

TKHK'nin 49. maddesinde hem finansal hizmetler hem de mesafeli finansal hizmetler sözleşmesi tanımlanmıştır. Buna göre; ***"(1) Finansal hizmetler, her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme ile ilgili hizmetleri ifade eder. Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme, finansal hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, sağlayıcı ile tüketici arasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir."***

Finansal hizmetlerin tanımına; her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme gibi tüm finansal hizmetler girmektedir. Bu doğrultuda, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, bankacılık, kredi, sigorta, bireysel emeklilik ve yatırım hizmetlerinin dışında kalan ödemelere uygulanmayacaktır. Ayrıca konut finansmanı ile ilgili sözleşmlere de Yönetmelik hükümleri uygulanmaz (Yönetmelik m. 2/5). Zira, konut finansmanı sözleşmeleri için ayrı bir Yönetmelik çıkarılmıştır.

Bir finansal hizmet sözleşmesinin söz konusu olduğunu tespit etmek için bakılacak birden fazla unsur mevcuttur. Öncelikle, sağlayıcının hizmetlerini uzaktan pazarlamak üzere sistemini düzenlemiş olması gerekir. Yani uzaktan pazarlamaya yönelik bir organizasyonunun var olması aranır.

Sağlayıcının aynı zamanda banka şubesi, sigorta acentası gibi mekanlarda hizmetlerini sunuyor olması, bu noktada bir fark yaratmamaktadır. İki pazarlama tekniğinin birbirinin yanı sıra kullanılması mümkündür. Önemli olan uzaktan pazarlamanın tek seferlik, istisnai bir durum olmamasıdır. İkinci unsur, tüketici ile sağlayıcı arasındaki sözleşmenin mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, internet gibi bir uzaktan iletişim aracının kullanılması suretiyle akdedilmiş olmasıdır[61].

Bizim kanaatimize göre, finansal hizmetler tanımında yer alan kredi kelimesinin tüketici kredisi olması ve tüketici tanımıyla bağdaşmayacak olan yatırım kelimesinin de çıkarılması gerekirdi. Nitekim küçük yatırımının korunması, başkaca birçok teknik hususu içeren bir alan olup zaten sermaye piyasasını düzenleyen mevzuat içinde kurala bağlanmış bulunmaktadır. Bunlar yeterli değil ise, gerekli düzenlemenin yine orada yapılması lazımdır. Geniş kitlelerden gelen her türlü şikayetin tüketici mevzuatıyla çözülmeye çalışılması, tüketicilerin gereği gibi korunamamasına da sebep olabilir.

61 Madde gerekçesinden

3.3. ÖN BİLGİLENDİRME

TKHK'nin 49. maddesinin 2. fıkrasına göre; ***"Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradesini açıklamadan önce, cayma hakkı, tüketicinin kabul beyanı vermesi hâlinde yükümlülük altına gireceği ve ayrıntıları Bakanlıkça belirlenen diğer hususlarda, açık, anlaşılır ve kullanılan iletişim araçlarına uygun bir şekilde bilgilendirilmesi zorunludur. Bu bilgilendirmenin ticari amaçla yapıldığı anlaşılır olmalı ve sesli iletişim araçlarının kullanıldığı hâllerde sağlayıcının kimliği ile görüşme talebinin sebebi her görüşmenin başında belirtilmelidir. Tüketicinin sözleşmenin kurulmasına dair kabul beyanı kullanılan iletişim araçlarına uygun olarak fiziki veya elektronik ortamda tespit veya kayıt edilir. Sağlayıcı, cayma hakkının iletilmesi ile fiziki veya elektronik ortamda yapılacak tespit veya kayıtlar için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.***

Bu tip sözleşmelerde tüketicinin, sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradesini açıklamadan önce bilgilendirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Sözleşme öncesinde bilgilendirme, cayma hakkı ve ayrıntıları Bakanlıkça belirlenecek diğer hususlar da, açık, anlaşılır ve kullanılan iletişim araçlarına uygun bir şekilde gerçekleşmelidir. Sözleşme öncesi bilgilendirmenin yazılı olması zorunluluğu yoktur.

Ancak bu bilgilendirmenin ticari amaçla yapıldığının anlaşılır olması gerektiği gibi, sesli iletişim araçlarının kullanıldığı hallerde, satıcı veya sağlayıcının kimliğinin her görüşmenin başında belirtilmesi zorunludur. Bu şekilde tüketiciye dilerse görüşmeyi hemen sonlandırması imkânı verilmektedir.

Tüketicinin sözleşmenin kurulmasına dair kabul beyanı, kullanılan iletişim araçlarına uygun olarak fiziki veya elektronik ortamda tespit veya kayıt edilir. Bu andan itibaren sözleşme kurulmuş sayılır[62].

Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde ön bilgilendirmenin içeriği ayrıntılı bir şekilde belirtilmektedir (m. 5). Bu düzenlemeye göre, tüketicinin finansal hizmete ilişkin mesafeli sözleşmeye kabul beyanını belirtmesinden önce, sağlayıcı tarafından aşağıdaki hususlarda bilgilendirilmesi gerekmektedir:

"a) Sağlayıcının ve varsa temsilcisinin esas faaliyet konusu, MERSİS numarası, açık adresi, elektronik posta adresi, telefon numarası ve varsa diğer iletişim bilgileri.

b) Finansal hizmetin tüketiciye sağlanmasında sağlayıcı ile tüketici arasında bir aracı varsa bu aracının adı, unvanı, açık adresi ve hangi nitelikle işlem yapabilme yetkisine sahip olduğu.

c) Finansal hizmetin temel nitelikleri.

ç) Finansal hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla fiyatı önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa ifaya ilişkin masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceğine ilişkin bilgiler.

62 Madde gerekçesinden

d) Doğası gereği ya da gerçekleştirilecek işlemlere bağlı olarak özel bazı riskler taşıyan veya fiyatları sağlayıcının kontrolü dışında finansal piyasadaki dalgalanmalara göre değişen veya geçmiş verileri gelecekte oluşacak değerler için bir gösterge oluşturmayan finansal araçların finansal hizmetlerde kullanılması halinde, bu araçlara ilişkin bilgiler.

e) Varsa tüketici tarafından ödenmesi gereken diğer vergi ve ücretlere ilişkin bilgiler.

f) Sunulan bilgilerin belirli bir süre geçerli olması halinde, bu süreye ilişkin bilgiler.

g) Ödeme ve ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler.

ğ) Uzaktan iletişim aracının kullanılmasına ilişkin bazı ek masrafların tüketici tarafından karşılanacak olması halinde, bu masraflara ilişkin bilgiler.

h) Cayma hakkının kullanılma şartları, süresi, usulü, varsa tüketicinin 11 inci maddeye göre ödemekle yükümlü olacağı meblağın hesaplanma yöntemi.

ı) Cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, elektronik posta adresi, telefon numarası ve varsa diğer iletişim bilgileri.

i) 13 üncü madde uyarınca cayma hakkının kullanılamadığı durumlarda; tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgiler.

j) Sürekli veya düzenli aralıklarla tekrarlanan bir finansal hizmet ediminin söz konusu olması halinde, sözleşmenin asgari süresi.

k) Tarafların, haklı sebeplerin varlığı halinde, sözleşmeyi tek taraflı feshedebileceklerine ilişkin sözleşme şartları ve bu durumda varsa ödenmesi gereken cezai şartlar hakkında bilgiler."

Yönetmelik'in ''kapsam'' başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrası şu şekilde bir düzenleme getirmektedir: ''Taraflar arasında hizmet tedarikine ilişkin ilk anlaşmanın olmadığı, ancak ardışık işlemlerin veya zaman içinde aynı nitelikteki farklı işlemlerin gerçekleştiği durumlarda 5. madde sadece ilk işleme uygulanır. Bir yıldan daha uzun süre aynı türden işlemlerin gerçekleştirilimesi durumunda ise ilk işlem, bunu takip edecek yeni işlemlerin ilki sayılır ve 5. madde ilk işleme uygulanır.''

Sağlayıcı, 5. maddede yer alan yukarıdaki hususlara ek olarak, ayrıca aşağıdaki hususları içeren bir sözleşme daha düzenlemek ve bu sözlemenin bütün unsurlarını da kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye iletmek zorundadır (m. 7):

a) Tüketicinin adı, soyadı, açık adresi, varsa elektronik posta adresi, telefon numarası ve diğer iletişim bilgileri.

b) Tüketicilerin şikâyet ve itirazları konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilgi.

c) Varsa garanti fonu ya da diğer tazminat düzenlemelerine ilişkin bilgi.

ç) Varsa tüketicilerin başvurabileceği diğer çözüm yollarına ilişkin bilgi.

d) Varsa ödeme planına ilişkin bilgi.

Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmenin sesli iletişim araçları vasıtasıyla veya sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla kurulması halinde tüketicinin ön bilgilendirme kapsamında yalnızca şu hususlar hakkında bilgilendirilmesi yeterlidir: Finan-

sal hizmetin temel nitelikleri; finansal hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, bu fiyatın önceden hesaplanması mümkün değilse hesaplanma yöntemi, varsa ifaya ilişkin masraflar ve buların hesaplanaması halinde bu masraflara ilişkin bilgiler; cayma hakkının kullanma şartları, süresi, usulü, tüketicinin cayma bildirimini kullanması durumunda Yönetmelik m. 11'e göre, varsa, ödemekle yükümlü olacağı meblağın hesaplanma yöntemi; cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, elektronik posta adresi, telefon numarası ve varsa diğer iletişim bilgileri.

Diğer bir ifade ile 5. madde ve 7. maddedeki hususların tamamının ön bilgilendirilmede bulunmasına gerek bulunmamaktadır.

Sesli iletişim aracı veya sınırlı alanda ya da zamanda sunulabilecek bir mecrada kurulan sözleşme bir tüketici kredisi sözleşmesiyse sözleşme kurulmadan makul bir süre önce, ilgili mevzuatta yer alan (Tüketici Kredileri Yönetmeliği) tüm ön bilgilendirmenin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile verilmesi zorunludur (Yönetmelik m. 6/2). Zaten tüketici kredilerine, ön bilgilendirme ile ilgili 5. madde, 6. maddenin 1. fıkrası ve 7. maddenin 1. fıkrası uygulanmayacaktır.

Diğer mesafeli sözleşmelerden farklı olarak, mesafeli finansal hizmetler sözleşmeleri hakkındaki ön bilgilendirme kuralları, daha detaylı düzenlenmiştir. Çünkü tüketicilerin büyük çoğunluğu, ticari amaçla bir sözleşme yaptığını ve ödeme yapmak zorunda kaldığını fark etmeden kabul anlamına gelebilecek ifadeler kullanmakta ve aslında bir sözleşme yaptığını bile anlamadan borç altına girmektedir.

Bu nedenle tüketicinin bir pazarlama yapıldığını, pazarlama yapanın kim olduğunu ne pazarlandığını ve kabul etmesi halinde ne gibi yükümlülükler altına gireceğini tam olarak anlayacağı şekilde görüşme yapılması gerekmektedir. Mesafeli sözleşme olduğu için, ön bilgilendirmenin yazılı yapılması şart değildir, önemli olan bu durumun kanıtlanabilir bir şekilde kayıt altına alınmış olmasıdır. Nitekim bant kayıtları bu nedenle büyük bir önem kazanmaktadır.

3.4. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

TKHK'nin 49. maddesinin 3. fıkrasına göre; ***"Sağlayıcının, sözleşmenin bütün şartlarını ve Bakanlıkça belirlenen diğer hususları, kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla tüketiciye iletmesi zorunludur. Bu yükümlülük, tüketicinin sözleşmeyi kuran iradesini yöneltmesinden önce veya tüketicinin talebi üzerine yazılı bilgilendirmeye elverişli olmayan bir uzaktan iletişim aracı kullanılarak sözleşmenin kurulması hâlinde sözleşmenin kurulmasından hemen sonra yerine getirilir."***

Üçüncü fıkrada, sağlayıcının ayrıca, sözleşmenin bütün şartlarını ve Bakanlıkça belirlenecek diğer hususları kâğıt ortamında yazılı olarak ya da tüketicinin ulaşabileceği diğer bir kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla tüketiciye ileterek teyidini alması zorunluluğu getirilmektedir. Burada sözleşmenin geçerliliğine dair yazılı bir şekil şartı söz konusu değildir. Önem taşıyan nokta sadece, tüketicinin edinememiş olduğu bilgileri yazılı olarak edinmesidir. Ancak internet aracılığıyla yapılan işlemlerde yazılı bir belge yerine, ilgili bilgilerin tüketicinin her an

ulaşabileceği şekilde kalıcı bir veri saklayıcıya yüklenmesi de yeterli sayılmaktadır. Örneğin tüketicinin bilgisayarına, bir diskete, taşınabilir belleğe veya cep telefonuna yüklenmesi de mümkündür.

Önemli olan, tüketicinin bu bilgilere istediği an daha ileriki bir tarihte yeniden ulaşabilmesidir. Bu yükümlülük, tüketicinin sözleşmeyi kuran irade beyanını yöneltmesinden önce veya tüketicinin talebi üzerine yazılı bilgilendirmeye elverişli olmayan bir uzaktan iletişim aracı kullanılarak sözleşmenin kurulması halinde, sözleşmenin kurulmasından hemen sonra yerine getirilmelidir(63).

Böylece tüketicinin, örneğin telefonla yapılan görüşmede, tam anlayamadığı ya da anladığını zannedip sonradan tereddüt yaşadığı konularda tam aydınlanabilmesi ancak bu sayede olabilir. Sözleşmenin yapılış yoluna göre hangisi mümkün olacak ise, önce ya da sonra yazılı olarak ya da kalıcı veri saklayıcısı üzerinde sözleşmenin tüketiciye verilmesi zorunlu hale getirilmiştir. Esasen zaten temel ilkeler gereği sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur.

Sözleşmenin bir örneğine tüketiciye vermeme alışkanlığı o kadar yaygındır ki, Kanun tüketicinin bir sözleşme nüshasını talep etme hakkını özel olarak düzenleme ihtiyacı görmüştür. Nitekim TKHK'nin 49. maddesinin 4. fıkrasında da bu konuda bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; ***"Tüketici, sözleşme ilişkisinin devam ettiği süre içinde herhangi bir ücret ödemeksizin sözleşmenin kâğıt üzerinde yazılı bir örneğini talep edebilir. Ayrıca tüketici, finansal hizmetin niteliğiyle bağdaşması hâlinde kullanılan uzaktan iletişim aracını değiştirme hakkına sahiptir."***

Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde, kanunda düzenlenen bu yükümlülüğün uygulanmasını sağlayacak bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, sözleşmenin bütün şartlarının kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verildiği tarihin sözleşmenin kuruluduğu tarihten sonra olması durumunda, cayma hakkı süresi, tüketicinin sözleşmenin bütün şartlarını edindiği tarihten itibaren başlar. İdari para cezası yaptırımı dışında, bu yaptırıma da Yönetmelik'te yer verilmiş olması son derece isabetli olmuştur.

Dördüncü fıkra gereği bankacılık, sigortacılık gibi hassas bilgilerin yer aldığı finansal hizmetlerin mesafeli satışında tüketiciler istedikleri takdirde sözleşmeleri devam ettiği sürece sözleşme şart ve koşullarını ücretsiz bir şekilde kâğıt ortamında isteyebilecektir. Aynı zamanda herhangi bir uzaktan iletişim aracı kullanan tüketici, finansal hizmetin niteliğiyle bağdaşması halinde bu uzaktan iletişim aracını değiştirme hakkına da sahip olacaktır. Örneğin telefon bankacılığını kullanan bir tüketici daha sonra bu hizmeti almaktan vazgeçerek internet bankacılığı hizmeti almaya başlayabilecektir(64).

63 Madde gerekçesinden

64 Madde gerekçesinden

3.5. CAYMA HAKKI

TKHK'nin 49. maddesinin 5. fıkrasına göre; ***"Tüketici, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerden on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içinde sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispatla yükümlüdür. Sigorta sözleşmelerine ve bireysel emekliliğe ilişkin sözleşmelerde ise cayma süresi hakkında diğer mevzuatta yer alan tüketici lehine olan hükümler uygulanır."***

Beşinci fıkrada, mesafeli sözleşmelerde olduğu gibi finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde de tüketicinin on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Ancak sigorta sözleşmelerinde Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan, bireysel emeklilikte ise bireysel emeklilik mevzuatında yer alan tüketici lehine olan cayma süreleri uygulanacaktır.

Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin on dört veya duruma göre sigorta ve bireysel emeklilik sözleşmelerinde ise ilgili mevzuatta yer alan süreler içerisinde kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yöneltilmiş olması yeterlidir. Ayrıca bildirimin sağlayıcıya varması veya onun tarafından öğrenilmiş olması aranmaz. Cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat yükü sağlayıcıdadır[65].

Görüldüğü gibi, Kanun hükmünde cayma hakkının kullanılmasına ilişkin bir şekil şartı bulunmamaktadır. Sağlayıcıya yöneltilmiş bir irade açıklaması yeterlidir. Ayrıca, varması ya da sağlayıcının öğrenmesi gereği olmadığı gibi, yazılı veya resmi şekilde yapılması gibi zorunlu bir kanuni şekil de öngörülmemiştir. Ancak gerekçede cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile ya da diğer kanunlarda gösterilen şekilde yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Yönetmelik m. 9 hükmünde cayma hakkının kullanımı düzenlenmiştir. Tüketicilerin cayma haklarını kullanmalarına yardımcı olmak için örnek bir form da Yönetmelik Eki'nde mevcuttur. Buna göre cayma beyanı, cayma hakkına konu olan hizmet, bu hizmetin ifa tarihi, sağlayıcın ismi, tüketicinin adı ve soyadı, tüketicinin adresi ve tüketicinin imzası ile tarihi içerdiği sürece geçerli olacaktır.

Demek ki bu form kullanılmadan yapılacak beyanların geçerli olması için de bu içeriğin mevcut olduğuna dikkat edilmesi gerekir. Sağlayıcının kim olduğunun anlaşılabildiği durumlarda, unvanı, adresi, faks numarası veya e-posta adresinin de yer almasına gerek yoktur. Nitekim Ek'te de bu hususların sağlayıcı tarafından doldurulması gerektiği ifade edilmiştir. Fakat sağlayıcının kim olduğunun anlaşılabilmesi gerekir.

Bazı durumlarda cayma hakkının kullanılması, halin icabı gereği, mümkün olmamalıdır. Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde cayma hakkının istisna-

65 Madde gerekçesinden

ları düzenlenmiştir (m. 13). Buna göre, bedeli finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak sağlayıcının kontrolü dışında değişen ve bu değişimin cayma hakkı süresi içinde gerçekleşebildiği finansal hizmetlere ilişkin sözleşmelerde cayma hakkı kullanılamayacaktır. Bu tür sözleşmelere örnek olarak Yönetmelik bazı örnekler vermektedir: Döviz işlemleri, para piyasası araçları, devredilebilir menkul kıymetler, yatırım ortaklığı payları, finansal varlıklara dayalı vadeli işlem sözleşmeleri ve eşdeğer nakdi uzlaşmaya dayalı finansal araçlar, vadeli faiz oranı anlaşmaları; faiz, döviz ve hisse senedi ''swapları'', opsiyon işlemleri ve eşdeğer nakdi uzlaşmaya dayalı finansal araçları bu durumlardan bazılarıdır.

Geçerlilik süresi bir aydan az olan seyahat, bagaj sigortaları veya benzeri kısa süreli sigorta poliçelerine ilişkin sözleşmelerde de cayma hakkı kullanılamaz. Cayma hakkının sözleşmenin kurulmasından itibaren 14 gün içinde kullanılabileceği sebebiyle, bir ay ve daha kısa süreli sözleşmelerde tüketicinin bu hakka sahip olması sağlayıcıları zor durumda bırakabilirdi. Fakat diğer mevzuatlarda tüketicinin lehine olan düzenlemelerin geçerli kalacağı da unutulmamalıdır (m. 13/1.b).

Tüketicinin cayma hakkını kullanmadan önce, kendisinin açık onayı ile taraflarca tamamen ifa edilmiş olan sözleşmelerde de cayma hakkının kullanılması mümkün değildir (m. 13/1.c).

Esasen sözleşmenin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı üzerinde bir kopyası vardır ve tüketiciye yukarıdaki hükümler çerçevesinde verilmesi gerekmektedir. Ancak bunun, sözleşmenin geçerlilik şekli olmadığı, yukarıda belirttiğimiz gibi yine gerekçede bildirilmektedir. Bu durumda, cayma bildiriminin yazılı ya da kalıcı veri saklayıcısı aracılığı ile yapılacağına dair ifadesinin de geçerlilik şekli değil, ispat şekli olduğunun kabulü gerekir.

Cayma hakkının kullanılması ile birlikte, finansal hizmet sözleşmesine ilişkin yan sözleşmeler de sona erer. Ayrıca herhangi bir tazminat veya cezai şart ödeme yükümlülüğü de söz konusu olmayacaktır (Yönetmelik m. 12). Yan sözleşme, '' Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme ile ilişkili olarak; satıcı, sağlayıcı ya da üçüncü bir kişi tarafından sözleşme konusu mal ya da hizmete ilave olarak tüketiciye sağlanan mal veya hizmete ilişkin sözleşmeyi'' ifade etmektedir (Yönetmelik m. 4/g). Şayet yan sözleşmenin tarafı bir üçüncü kişi ise asıl sözleşmenin akdedildiği sağlayıcı, cayma bildiriminin kullanıldığını bu üçüncü kişiye derhal bildirir. Bildirim yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapılmalıdır (Yönetmelik m. 12/2).

3.6. SÖZLEŞMENİN FESHİ

TKHK'nin 49. maddesinin 6. fıkrasında, diğer mesafeli sözleşmelerden farklı olarak, tüketiciye sözleşmeyi istediği zaman ve istediği yöntemle fesih etme olanağı tanınmıştır. Sözleşmenin feshinin tüketici için zorlaştırılması yasaklanmış bulunmaktadır. Buna göre; ***"Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesine ilişkin talebini herhangi bir uzaktan iletişim aracıyla iletmesi yeterlidir. Tüketici, sözleşmeyi sona erdirmek için sözleşmenin tesis edilmesini sağlayan yöntemden daha ağır koşullar içeren bir yöntem kullanmak zorunda bırakılamaz."*** Bu hüküm, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde de tekrar edilmiştir (m. 14).

Altıncı fıkrada tüketiciye, finansal hizmetlerin mesafeli sözleşmelerini sona erdirme talebini istediği uzaktan iletişim aracılığıyla iletebilmesi hakkı tanınmıştır. Böylelikle, sağlayıcıların sözleşmenin sona erdirilmesi hususunda tüketicileri belirli bir uzaktan iletişim aracını kullanmaları hususunda zorlamasının önüne geçilecektir. Bununla paralel bir şekilde tüketiciler hangi yöntemle sözleşme kurmuş ise (internet, telefon, elektronik posta vb) sözleşmenin sona erdirilmesi için bu yöntemden daha ağır bir yönteme zorlanamayacaktır[66].

66 Madde gerekçesinden

BÖLÜM IV

Ayıplı Hizmetler ve Ayıp Nedeniyle Tüketici Hakları

1. AYIP KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

1.1. GENEL OLARAK

Kanun mal ve hizmetlerin ayıplı çıkması durumunda satıcı ve sağlayıcının borçlarını ve tüketicinin haklarını mallar ve hizmetlere göre ayrı hükümlerde düzenlemiştir. TKHK'nin 13-16 maddelerinde ayıplı hizmetlerin sunulması halinin tüketiciye ne gibi haklar sağlayacağı düzenlenmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi bankacılık sözleşmeleri tüketici hizmeti sayıldığından ayıplı hizmetlere ilişkin hükümler de bankacılık sözleşmeleri bakımından uygulanabilir mahiyettedir. Tüketici satın aldığı bir hizmetin ayıplı çıkması halinde neler yapabilir, bu nedenle uğradığı zararları nasıl ve kime tazmin ettirebilir sorularının cevabı, esas olarak bu maddelerde verilmektedir. Burada ayıplı hizmet kavramı ve genel olarak sağlayıcının ayıba karşı tekeffül borcunun şartları üzerinde durulacaktır. Tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklar ve bunların kullanılması ile ilgili ortaya çıkabilecek sorunlar da burada ele alınacaktır.

1.2. AYIP KAVRAMI

Ayıp terimi ile, satılan şeydeki bir veya daha çok vasfın yokluğu kast edilmiştir[1]. Ayıp (bozukluk) terimi, satılanın, aynı çeşitten malların normal durumu ile karşılaştırıldığında, iyi niteliklerinin daha az veya kötü niteliklerinin daha çok olmasına işaret eder[2]. Ayıp kavramının belirlenmesinde o malda, gerek satıcının vaatleri nedeniyle gerekse mahiyeti gereği bulunması gereken "vasıflar" önemli bir rol oynamaktadır. Vasıftan, bir malı diğer mallardan ayıran doğal özelliklerle, o şeyle ilgili olduğu ve onun değerini etkilediği kabul edilen her

1 EDİS, Seyfullah; Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu; Ankara 1963, s.7

2 TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Cilt II, Özel Borç İlişkileri; İstanbul 1977, s.119

türlü iktisadi ve hukuki ilişkileri anlamak gerekir[3]. Bir malın vasıflarının bizzat satıcı tarafından bildirilmiş olması mümkündür. Bunun yanında bir malın niteliği gereği bazı vasıflara sahip olduğu varsayılır. Vasıfların kapsamına, şeyin yapısal nitelikleri, kullanılmasını, gereği gibi ve sürekli olarak işlevini yerine getirmesini sağlayan nitelikleri, bunlara bağlı olmasa bile şeye değerini veren nitelikleri girer[4].

1.2.1. Ayıp Tanımı

Ayıplı hizmetler, TKHK 13(1) maddesinde tanımlanmıştır. Hüküm şu şekildedir: ***"Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir."***

Bu tanıma bakılacak olursa, hizmet tanımında tarafların belirledikleri ya da zaten olması gereken niteliklerdeki eksikler ayıp kabul edilmiştir. Hizmetler açısından orijinallik, hizmetin süresinde başlamamasının da ayıp olarak kabul edilmiş olmasındadır. Gerçekten bir hizmetin gereği gibi görülmesinin yanında belki de en az onun kadar önemli olan diğer bir unsur zamanında görülmesidir. Hizmet zamanında başlamamışsa, zamanında ve gereği gibi görülmeyeceği sonucuna varılabilir.

1.2.2. Ayıp Karinesi

Hizmetlerle ilgili olarak TKHK 13(2) maddesinde bir hizmetin ayıplı olup olmadığının tespiti açısından bazı kriterlere yer verilmiştir. Buna göre; ***"(2) Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır."***

Hüküm, tanımın adeta açıklanması ve tanımda vurgulanan iki hususun, yani taraflarca açıkça kararlaştırılan niteliklerle zaten olması gerektiği, yani zımnen kararlaştırıldığı varsayılan niteliklerin, hangi şekillerde ortaya çıkabileceğini gösteren bir yapıdadır. Bu ifadelerde yer alan hususlar söz konusu olduğunda ayıp varsayılacaktır. Hükümlerde çeşitli durumlar sayılmış ve birbirinden bağımsız bir şekilde düzenlenmiştir:

i) Hizmetler bakımından, ***"sağlayıcı tarafından bildirilen", "internet portalı veya reklam ve ilanlarında bildirilen"*** ifadelerine yer verilmiştir. Dolayısıyla burada sayılan hususlar gayet objektiftir. Sağlayıcı tarafından bildirilen, internet portalı veya reklam ve ilanlar gayet

3 TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C1/1; Ankara 1985, s.164, (Bundan böyle "TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1" olarak kısaltılacaktır) EDİS, s.8

4 TANDOGAN; Borçlar Hukuku C1/1, s.164

nettir. Buralarda hizmetin sahip olduğu bildirilen özelliklerden herhangi birisi eksik ise hizmet ayıplıdır; başka hiçbir araştırmaya gerek bulunmamaktadır.

ii) "tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar (hizmetler 13(2)) da ayıplı olarak kabul edilir." Tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran eksiklikler ayıp kabul edilecektir. Burada "makul olarak beklediği" ifadesinin anlamı; tüketicinin sübjektif beklentisinin değil ortalama bir tüketicinin beklentisinin esas alınacağıdır.

1.2.3. Karineden Kurtuluş

TKHK'nin 14(2) hükmünde yukarıdaki varsayım nedeniyle doğan sorumluluğu ortadan kaldıran bir hal düzenlenmiştir. Buna göre; ***"(2) Sağlayıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin hizmet sözleşmesinin kurulduğu tarihte düzeltilmiş olduğunu veya hizmet sözleşmesinin kurulması kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içermediğini ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağlı olmaz."***

İkinci fıkra 1999/44 sayılı AB Yönergesinin 2 nci maddesinin dördüncü paragrafı esas alınarak kaleme alınmıştır. Reklam veya ilân yoluyla yapılan açıklamalara aykırı hizmet teslim edilmesi halinde bir ayıbın varlığının kabul edilmesinin nedeni, bu açıklamalarda yer alan taahhütlerin taraflarca bilindiği ve dolayısıyla bunların sözleşme içeriği olduğudur. Ancak nadiren de olsa, sağlayıcının, hizmete ilişkin olarak, örneğin ana sağlayıcı tarafından yapılan reklamlardan fiilen haberdar olmaması ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyecek olması ihtimali vardır. İşte bu hallerde satıcının/sağlayıcı ilgili taahhütlerle bağlı tutulması uygun olmayacaktır. Kuşkusuz bu durumda ispat yükü satıcıdadır. Sağlayıcının reklam ve ilânlarda vaat edilenlerden sorumlu tutulmaktan kurtulmak için başvurabileceği ikinci yöntem, gerçeği yansıtmayan reklam veya ilânın, satım sözleşmesinin kurulması anına kadar düzeltildiğini ispat etmesidir. Bu hallerde sözleşme içeriği zaten yeni reklama göre belirlenir. Son olarak satıcı, ilgili reklam ve ilâna rağmen, tüketicinin bunlardan etkilenmediğini, yani buradaki taahhütlere bağlı olarak sözleşme kurma iradesinin oluşmadığını da ispat edebilir. Örneğin ilgili reklamın hiç ulaşmadığı bir bölgede kurulan bir satım sözleşmesi açısından bu imkân mevcuttur. Bu hallerde yine reklamdaki taahhüdün sözleşme içeriği olmadığı kabul edilebilir[5].

1.3. AYIP ÇEŞİTLERİ

1.3.1. Genel Olarak

TKHK 13(2) hükmünün en sonunda maddi, hukuki ve ekonomik ayıp kavramlarına yer verilmiştir. Bunun dışında yukarıda da değindiğimiz gibi satıcının bildirdiği niteliklerle, malda zaten

5 Madde gerekçesi

olması gereken nitelikler de eksikse ayıp söz konusu olacaktır. Bunun dışında tanımda ve diğer fıkralarda yer verilen çeşitli ifadelere göre ayıbın çeşitleri hakkında kısa açıklamalar yapılacaktır.

1.3.2. Maddi Ayıplar

Bir mal veya hizmet, tüketiciler tarafından belirli bir amaç ile alınmaktadır. Bu nedenle malın kendisinden beklenen amaçları gerçekleştirecek vasıflara sahip olması gerekir. Malın hangi amaçla kullanılacağı, tarafların ortak niyetlerinden; bu tespit edilemezse yaygın olan görüşlere göre çıkarılabilir[6]. Bu amaca eşyanın fiziki yapısındaki bazı eksiklikler nedeniyle ulaşılamaması hallerinde malda maddi ayıplar bulunduğu varsayılır. Maddi ayıp çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır.

"Maddi ayıplar, şeyin aynı çeşitten normal parçalara nispetle daha az kıymet veya daha az bir kullanma bahşeden vasıflarıdır".

"Bir eşyada bulunan fiziki eksikliklerdir"[7].

Tüketicinin bir malda bulmayı umduğu fiziki özelliklerin eksikliği halinde maddi ayıp söz konusudur[8]. Bir malın yırtık, kırık, lekeli olması, yeni denilen bir otomobilin kullanılmış olması, halis ceviz denilen mobilyanın çam olması, buzdolabının soğutmaması gibi durumlar hep birer maddi ayıp teşkil eder[9].

Teslim edilen malın, satılan maldan kalitesinin farklı olması duruma göre ayıp veya esaslı hata teşkil edebilir. Hatta bazı hallerde teslim edilen malın, satılan maldan kalite bakımından farklı olması halinde, alıcının hem ayıba karşı tekeffül hükümlerinden, hem de hata nedeniyle aktın feshi hükümlerinden yararlanabileceği kabul edilmektedir. Böyle durumlarda TBK'nin iki ayrı hükmünden kaynaklanan dava haklarının birbiriyle yarışma halinde olduğu, birinin zamanaşımına uğraması nedeniyle kullanılamaması halinde diğerinin kullanılabileceği kabul edilmektedir[10].

Çeşidi belirtilmiş eşya satımında, satıcı orta nitelikten aşağı bir malı ifa olarak öneremeyeceğinden (TBK m.86), satılan orta nitelikten aşağı ise, bu da bir ayıp teşkil eder[11]. Maddi ayıplar, TBK gibi TKHK'de de, hem 8. hem de 13. maddelerde açıkça anılmıştır.

Hizmetlerinde maddi ayıplı olması mümkündür. Örneğin bir otelin oda klimalarının çalışmaması, tüketiciye verilen kredi kartının manyetik alanının bozuk olması ve çalışmaması gibi.

6 TANDOGAN; Borçlar Hukuku C1/1, s.166

7 EDİS, s.13

8 OLGAÇ, Senai; Kazai Ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Akdin Muhtelif Nevileri CİLT 3" 1977 Ankara s.143

9 TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1; s.168, EDİS, s.13

10 BURÇOĞLU, Haluk; "İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine Ya Da Hata Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine ilişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi" İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi No:18 1990 s.89 vd.

11 TUNÇOMAĞ, s.119

1.3.3. Hukuki Ayıplar

TKHK 13. maddesi hukuki ayıplardan da bahsetmiştir. Ne gibi hususların hukuki ayıp olduğunun tespiti özellikle "zapt" halleri ile karışıklıklar çıkması nedeniyle güçlük arz eder[12]. Zapt, üçüncü kişilerin eşya üzerinde sahip oldukları üstün bir haktan kaynaklanır[13]. Böylece alıcının, satılan şeyde tasarrufta bulunma hakkı itiraza uğrar[14]. Örneğin, satılan malın, çalıntı mal olması veya malın üzerinde haciz olması[15] hallerinde hukuki ayıp değil, zapt söz konusudur. Satılan malın, hukuka aykırı bir marka taşıması, başka birisine ait bir sınai veya telif hakkını ihlal etmesi, resmi mercilerce konulan güvenlik kurallarına uymaması gibi haller hukuki ayıba örnek olarak gösterilmektedir[16]. Demek ki hukuki ayıptan, üçüncü şahsın sahip olduğu bir haktan kaynaklanan eksiklikler değil, eşyadan faydalanmayı ve onu kullanmayı sınırlandıran hukuki eksiklikleri anlamak gerekmektedir.

Hizmetler açısından benzer durumlar ortaya çıkma ihtimali oldukça düşük görünmektedir.

1.3.4. Ekonomik Ayıplar

TKHK'nin 13. maddesinde ayıp çeşitleri arasında, maddi ve hukuki ayıplar yanında ekonomik ayıpları da saymıştır. Ancak satıcının ekonomik ayıplardan sorumluluğunun kapsamına hangi çeşit vasıf eksikliklerinin gireceği konusunda tam bir anlaşma yoktur. Bazı yazarlara göre, sadece zikir ve vaat edilen vasıfların eksikliği, bazılarına göre ise hem zikir ve vaat edilen hem de lüzumlu vasıfların eksikliği halinde, satıcının sorumlu tutulması gerekmektedir[17].

Ekonomik ayıpların açıkça kanun hükmünde yer almış olması, Tüketici Hukuku açısından bu tartışmaları ortadan kaldırmıştır. Gerçekten madde metninden de açıkça anlaşılacağı gibi, tüketicinin seçimlik hakları sadece zikir ve vaat edilen ekonomik vasıfların değil, lüzumlu ekonomik vasıflardaki eksiklikler halinde de doğacaktır. Bu ikisi arasında ayrım yapmayı gerektirecek bir açıklık maddede bulunmamaktadır. Ekonomik ayıplar satılan şeyin verimi, getirdiği kar, vergiden muaf olması gibi iktisadi vasıflarının eksik olmasıdır[18]. Örneğin, kullanılmış otomobilin o zamana kadar, aslında daha çok kilometre yaptığı halde, daha azı ihtiva eden, (x) km yaptığının veya kaza yapmış olduğu halde yapmamış olduğunun belirtilmesi gibi hususlar ekonomik ayıp oluşturur[19]. Saatte beş yüz kilogram tahıl öğüttüğü belirtilen makinenin, üç yüz elli kilogram öğütmesi, saatte

12 EDİS, s.14; TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1; s.168

13 OLGAÇ, s.143

14 EDİS, s.15

15 Yargıtay üzerinde haciz olan bir malın satışı halinde şeyin ayıplı olduğunu belirtmiş olmakla birlikte bu durum 3. kişiye zapt yetkisi verdiğinden hukuki ayıp olarak kabul edilemez. bkz. TANDOGAN; Borçlar Hukuku C1/1; s.171. Aksi görüş, ATASOY; TAŞKIN; ACAR, s.45

16 TANDOGAN; Borçlar Hukuku C1/1; s.169

17 TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1; s.168; EDİS, s.17-18

18 EDİS, s.17

19 TANDOGAN; Borçlar Hukuku C1/1; s.164

yüz altmış km. hız yaptığı söylenen aracın yüz on kilometrenin üstüne çıkamaması; koyun sütü yerine düşük dereceli inek sütü teslim edilmesi; az miktarda elektrik tükettiği belirtilen aracın çok elektrik tüketmesi; az yakıt tükettiği belirtilen aracın çok yakıt tüketmesi gibi[20].

Çok ucuz olduğu bildirilen bir tüketici kredisinin bildirilen faizi dışında çok yüksek masraflarının olduğunun anlaşılması, ya da bu tip kredilerden ayrıca vergi kesinti vs gibi kredinin belirtilenden daha pahalıya gelmesine sebep olan hususlar ekonomik ayıp olarak kabul edilebilir.

2. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN HUKUKİ MAHİYETİ

TKHK'nin 9(1) ve 14(1) hükümlerine göre "Satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür." "Sağlayıcı, hizmeti sözleşmeye uygun olarak ifa etmekle yükümlüdür".

Ayıba karşı tekeffül, satılan şeyin satıcının zikrettiği vasıfları taşımamasından veya bu şeyin değerini; yahut akit gereğince ondan beklenen yararları azaltan veya kaldıran eksiklikleri bulunmasından satıcının sorumlu olmasıdır[21]. Tüketici bir malı satın alırken ondan elde etmeyi umduğu bir yarar gözetmektedir. Bu yararın elde edilebilmesi için öncelikle satıcının mülkiyeti devretmesi gerekmektedir. Buna bağlı bir borç olarak satıcı, mülkiyetini devrettiği malın mahiyeti gereği veya kendi vaatleri nedeniyle sahip olması gereken vasıflara sahip olduğunu da tekeffül etmektedir.

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, zikir ve vaat edilen vasıfların veya lüzumlu vasıfların yokluğundan başka, teknik düzenlemelerle (bu ifadenin standartları da kapsadığını düşünüyoruz, özellikle zorunlu standartlar) tespit edilen vasıfların yokluğunu da, hatta ifa etmeme hallerini de içerecek şekilde genişletilmiştir[22].

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu fer'i bir borçtur. Bu nedenle akıbeti asıl borcun akıbetine bağlıdır.

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu kanundan doğan bir borçtur. Bu konuda çeşitli teoriler bulunmaktadır. Bazı yazarlar satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu akdi bir borç kabul ederler[23]. Bir kısım görüşlere göre ise, satıcının tek taraflı borç doğuran bir işlemi söz konusudur. Doktrindeki

20 ZEVKLİLER, s.66

21 TANDOGAN; Borçlar Hukuku C1/1, s.163; EDİS, s.7; OLGAÇ, s.142 Hayvan alım satımında satıcı yazılı olarak garanti vermedikçe veya alıcıyı aldatmış olmadıkça, güvence yükümü altına girmiş olmaz. (BK m.195)

22 Viyana sözleşmesinde satıcının sorumluluğu "belli zaman döneminde malların normal kullanımlarına veya özel kullanımlarına uygun kalacağı veya belirtilen kalite ve nitelikleri koruyacağı teminatı da dahil olmak üzere satıcının herhangi bir borcunun ademi ifasından kaynaklanan tüm ayıpları" kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. m. 36/2 bkz ERDEM, s.74, 121

23 "Ayıptan ötürü sorumluluğun hukuki dayanağının yasal tekeffül (Gewaehrleistung) olmayıp, sözleşmeye aykırılık olduğu için, bu görüş çerçevesinde, alıcı ayıplı malı alacaklı temerrüdüne düşmeksizin geri çevirebileceği gibi, böyle bir malın önerilmesine karşı ödemezlik def'inde de bulunabilir ; ayrıca ayıbın ortadan kaldırılmasını da isteyebilir." SEROZAN, s.590

diğer görüşlere göre ise, satıcının vasıfları zikretmekle bir tasavvur açıklamasında bulunduğu ve kanunun bu tasavvur açıklamasına tekeffül borcu sonucunu bağladığı için satıcının ayıba karşı tekeffül borcu doğmaktadır. Yani burada kanuni bir borç vardır. Bu kuramlar arasındaki fark, özellikle "kabule" lüzum olup olmadığı ve şekle bağlı bir satımda vasıfların zikrinin de şekle tabi olması gerekip gerekmediği bakımından kendisini gösterir. İsviçre'de kabul gören fikre göre, zikir olunan vasıflar için alıcının kabulüne lüzum olmadığı gibi, bu zikrin satımın tabi olduğu şekilde yapılmasına da lüzum yoktur. Bu fikri en iyi üçüncü kurama dayanarak anlatmak mümkündür[24].

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, kusura dayalı bir borç değildir. TBK 219. maddesinin 2. fıkrası "satıcı, bu ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur" demektedir. Eski TKHK'nin 4 ve 4/A maddelerinin 3. fıkralarının son cümlesinde de benzer bir düzenleme getirilmiş idi. Buna göre; "satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz" dolayısıyla ayıba karşı tekeffül borcunun doğması kusurun varlığına bağlı değildir. Kusursuz sorumluluk esası benimsenmiştir[25]. 6502 sayılı Kanun ise böyle bir ifadeye yer vermemiştir. Ancak bu sorumluluğun hangi halde sınırlanacağını kendisi TKHK 9(2) ve 14(2) maddelerinde düzenlemiştir.

TKHK tüketiciye karşı sorumlu olacak kişiler çevresini genişletmiştir. TBK'nin 219. maddesine göre alıcıya karşı "satıcının" sorumluluğu bulunmaktadır. TKHK'nin 9 ve 14. maddelerine göre ayıplı maldan dolayı tüketiciye karşı, satıcı, imalatçı-üretici ve ithalatçı sorumludurlar. Kısacası malın üretiminden başlayarak tüketiciye ulaştırılmasına kadar geçen aşamalarda mala aracılık eden herkes tüketiciye karşı sorumlu olacaktır. Hizmetlerde ise her halükarda sağlayıcı sorumludur. TBK'nin getirdiği sorumluluğa göre, TKHK, sorumlular çevresini oldukça genişleterek tüketicinin seçimlik haklarını kullanabilmesini garanti altına almak istemiştir. Bağlı kredilerde malın veya hizmetin ayıplı çıkması halinde kredi verenin de bazı sorumlulukları bulunmaktadır.

Ayıba karşı tekeffül borcunun anlaşmayla sınırlanması veya kaldırılması ya da genişletilmesi TBK'nin 221. m. hükmüne göre mümkündür[26]. Buna göre satıcı ağır kusurlu olmadıkça ayıptan doğan sorumluluğunu sınırlayan ya da kaldıran anlaşma yapabilir. TKHK'de bu hükme benzer bir hüküm yer almamaktadır. Yani satıcının tüketiciye karşı olan sorumluluğunun, sözleşmeye konacak bir hükümle kaldırılmasının mümkün olup olmadığı konusunda bir boşluk bulunmaktadır. Bu boşluğu doğal olarak, TBK hükümleri ile doldurmak gerekmektedir. Bu boşluğun ne şekilde doldurulacağı aşağıda incelenecektir.

---

24 TANDOGAN; Borçlar Hukuku C1/1; s.165, Kuramların ayrıntısı için bkz. EDİS; s.22vd. OLGAÇ; s.152, YAVUZ, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler; İstanbul 1994 s.90, YAVUZ, Cevdet; Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu; İstanbul 1989 s.19vd (Bu son eser bundan böyle YAVUZ; olarak kısaltılacaktır) Yazar satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu, satıcının sözleşmeden doğan asli borcunun kötü ifa edilmesinden kaynaklandığını ve kötü ifanın kanunda özel olarak düzenlenmiş bir çeşidi olduğunu, bu nedenle akdi bir borç söz konusu olduğunu, Viyana sözleşmesi hükümlerine de dayanarak ileri sürmektedir. Bkz. s.29-33

26 ATASOY / TAŞKIN / ACAR, s.91

3. AYIBA KARŞI TEKEFÜL BORCUNUN ŞARTLARI

3.1. İFA

İfa, tarafları bir sözleşme yapmaya sevk eden sebeptir. İfa, borcu gayesine ulaştırır. İfa, borçlu bulunulan edanın yerine getirilmesidir[27]. Alacaklının ifa talep edebilmesi için her şeyden önce geçerli bir borç olmalıdır. Borç doğmasına sebep olan hukuki işlem herhangi bir nedenle geçersiz ise, ifa talep edilemez.

Tüketici işlemlerinin konusunu, TKHK'nin 3. maddesine göre, menkul mallar, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar, elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar ve hizmetler oluşturur. Bu nedenle, tüketici işlemlerinin konusunu oluşturabilecek her türlü mal ve hizmetin ifasının geçerli olabilmesi için, Medeni Kanun'da ve Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen geçerli ifa şekilleri burada da aynen geçerli olacaktır. TKHK'nin 83. maddesine göre, bu Kanun'da hüküm olmayan hallerde genel hükümler uygulanır. Medeni Kanun'a göre menkullerde satımdan doğan asli borçların yerine getirilmiş olması için, şeyin zilyetliğinin devri gerekir. Menkul mallarda zilyetliğin devri, fiili teslim, fiili hakimiyeti temin edecek vasıtaların teslimi veya eşyanın hak sahibinin hakimiyet sahasına dahil edilmesi ile yapılabileceği gibi; hükmen teslim, kısa elden teslim, eşyayı temsil eden senetlerin teslimi suretiyle de gerçekleştirilebilir[28].

Tüketicinin seçimlik haklarını kullanabilmesi ve satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun doğabilmesi için, satıcının borcunu ifa etmiş olması gerekir. İfa yeri ve zamanına ilişkin hususlar tamamen TBK hükümlerine göre belirlenir.

Bazı hallerde yapılan ifanın ayıplı ifa mı, yoksa başka şeyin ifası mı olduğunu ayırt etmek önemli güçlükler arz eder. Örneğin, pembe renkli banyonuzla uyumlu olması gayesi ile almış olduğunuz pembe banyo dolabı yerine, beyaz renkli olanının gönderilmesi, koşu atı yerine binek atı teslimi, Van Gogh'un bir portresi yerine başkası tarafından yapılmış bir kopyasının teslimi gibi hallerde durum böyledir[29]. Bu gibi durumlarda, eğer, ifa geçersiz sayılırsa, alacaklı ifa etmeme nedeniyle doğan haklarını kullanacaktır. İfa geçerli fakat ayıplı ifa olarak kabul edilirse, ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanılabilecektir.

3.2. SATILANIN AYIPLI OLMASI

Satıcının teslim ettiği malın ayıplı olması halinde, tüketiciye bazı haklar tanınmış bulunmaktadır. Bu hakların kullanılabilmesi için mal veya hizmetin ayıplı olması gerekmektedir. Ayıp vaat edilmiş

27 on THUR, Andreas; Borçlar Hukuku 1-2; (Çev.Cevat Edege) Ankara 1983 s.459

28 Von THUR, s.464; EDİS, s.48; YAVUZ, s.45

29 EDİS, s.11; BURÇOGLU, Haluk; "İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine ya da Hata Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine İlişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi" (Bundan böyle BURÇOGLU; Karar İncelemesi; olarak kısaltılacaktır) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi No:18 İstanbul 1990 s.91vd.

vasıflardaki bir eksiklikten, malın teknik düzenlemesinde belirlenen vasıflardaki eksiklikten veya malın mahiyeti gereği sahip olması gereken lüzumlu vasıflarındaki bir eksiklikten kaynaklanmış olabilir. Öte yandan TBK ayıbın önemli olmasını şart koştuğu halde, TKHK ayıbın önemli olmasını aramamıştır.

Ayıpların satış anında tüketici tarafından bilinmesi halinde veya bilinmesi gerektiği hallerde uygulanacak hükümler farklıdır.

TKHK satılanın ayıplı olduğunun anlaşılması bakımından tüketiciye herhangi bir gözden geçirme ve ayıbı bildirme (ihbar) yükümlülüğü getirmemiştir.

4. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNU SINIRLANDIRAN KAYITLAR

TKHK'nin 12. ve 16. maddelerine göre, satıcının sorumluluğunun genişletilebileceği açıkça kabul edilmiş olmakla birlikte, satıcının sorumluluğunun sınırlanmasına ilişkin kayıtların geçerli olup olmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçekten, bu hükümlere göre, satıcının ve sağlayıcının, iki yıldan daha uzun süre için sorumlu olacağının kararlaştırılmış olması mümkündür.

Ancak, Kanun kendisi satıcının sorumluluğunu ortadan kaldıran bir durumu düzenlemiştir. Buna göre ayıplı olduğu bilinerek alınmış olan mallarla ilgili satıcının sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanmaz. Bu duruma göre, sözleşmede yer alan sorumsuzluk kayıtları eğer tüketicinin ayıbı bilmesini sağlıyorsa, bu durumda geçerli olacaklardır. Bunun dışında kalan durumlarda, ancak satıcının kastının veya ağır kusurunun olmadığı durumlarda sorumluluğu kaldırıcı kayıtların geçerli olabileceği kabul edilmelidir. Bu halde konulan sorumsuzluk kayıtları konusunda, tüketicinin uyarılması ve mahiyeti, sonuçları hakkında bilgi verilmesi gerekir. Yani, tüketicinin "bulanık" bir irade ile sorumsuzluk kaydını kabul ettiği hallerde, örneğin genel işlem şartları arasında yer alan, küçük yazıyla yazılmış kayıtlar, satıcının hilesi nedeniyle geçersiz olacaktır[30]. Burada satıcının hilesi kavramının kapsamının mümkün olduğu kadar genişletilmesi gerekmektedir. Şu kadar ki, tüketicinin gerçekten "serbest ve bilinçli" iradesi ile kabul ettiği sonucuna ulaşabildiğimiz hallerde, sorumsuzluk kayıtları tarafların iradeleri doğrultusunda geçerli kabul edilmelidir. Bu durum ise sadece, "ayıplı mal" satışı olduğu açık olan ve ayıplı mal etiketi içeren veya satış belgelerinde görülebilen durumlarda olacaktır.

Esasen bu yorumların uygulama alanı, TKHK'nin 5. maddesi karşısında oldukça daralmış bulunmaktadır. Burada şu kadarını belirtelim ki haksız sözleşme şartları ile tüketicinin bağlı olmayacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla, satıcının ve sağlayıcının sorumluluklarını sınırlayıcı kayıtlar da bu çerçeve içinde değerlendirilecektir.

30 AKÜNAL, eğer onarım garantisi sağlanmışsa bu sınırlamaların geçerli olabileceğini, Alman Yüksek Mahkemesinin bir kararına dayanarak belirtmektedir. AKÜNAL, Teoman; "Satıcının Onarım Garantisi" İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası c.38 sayı1-4 s.551Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi No:18 İstanbul 1990 s.91vd.

Bu açıklamalar ışığında satıcının borçlarını sınırlayan şartların geçerli olabilmesi için şu koşullar gereklidir[31]:

- Satıcının borçlarını sınırlayan veya ortadan kaldıran bir sözleşme mutlaka yazılı olarak yapılmalıdır.

- Böyle bir sözleşme veya şart "genel işlem şartları" olarak değerlendirilebilecek sözleşme hükümleri içinde yer almamalıdır.

- Böyle bir sözleşme veya şart "garanti belgesi" içinde düzenlenmiş olmamalıdır.

- Böyle bir sözleşmede öncelikle tüketicinin satış sözleşmesi nedeniyle Kanundan doğan haklarının neler olduğu yer almalı ve tüketici bu gibi hakları olduğu konusunda uyarılmalıdır. Çünkü birçok tüketici malın ayıplı çıkması halinde, Kanundan doğan bazı haklarının varlığının bilincinde değildir. Hiç kimse sahip olduğunu bilmediği bir haktan feragat edemez.

- Ve nihayet bu sözleşme veya şart ile yukarıda belirtilen ve Kanundan doğan haklarının kısmen veya tamamen kısıtlandığı, hangi hakların ne ölçüde sınırlandığı da açıkça gösterilmek suretiyle belirtilmelidir.

Ancak yukarıdaki şartlarla tüketicinin "serbest iradesi" ile haklarının sınırlanmasını kabul ettiği sonucuna ulaşılabilir.

5. AYIB NEDENİYLE TÜKETİCİNİN HAKLARI

5.1. GENEL OLARAK

Hizmetlerin ayıplı çıkması halinde, tüketicinin ne gibi haklara sahip olacağı, TKHK'nin 15. maddesinde belirlemiştir. Buna göre; ***"(1) Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir."***

Hizmetlerle ilgili olarak, mallara paralel bir şekilde, dört seçimlik hak kabul edilmiştir. Bunlar hizmetin yeniden görülmesi, eser sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim ve sözleşmeden dönmedir. Eski TKHK, seçimlik haklar arasında ücretsiz onarım hakkını saymamıştı. Özellikle eser sözleşmeleri ile ilgili olarak, uygulama da çok sayıda sıkıntı çıktığından ücretsiz onarım hakkı seçimlik haklara eklenmiştir.

TKHK'nin 15. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde tüketicinin adeta beşinci bir hak olarak seçimlik haklardan biri ile birlikte tazminat talep etmesi de mümkün görünmektedir.

31 ERDOĞAN; "Tüketicinin aldığı mal ve hizmetlerin ayıplı olduğu anlaşılması halinde, tüketicinin teslim tarihinden itibaren 15 gün içinde satıcıya müracaatı halinde, satıcı tüketicinin talebini kabul etmek zorundadır. Bu emredici bir hükümdür. Dolayısıyla satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran sorumsuzluk anlaşmaları geçersizdir." sonucuna ulaşmaktadır. Kanaatimizce bu konuda açık bir hüküm olmadığından bu sonuca ulaşmak oldukça zordur, s.16

5.2. SEÇİMLİK HAKLARIN HUKUKİ MAHİYETİ

Alıcının sahip olduğu seçimlik hakları düzenleyen TBK'nin 227. maddesi ile TKHK'nin 11 ve 15. maddelerinin ifade tarzları birbirinden farklı değildir. Bu hükümlerde sayılan seçeneklerin bir hak olduğunu ve hakların kullanılma yöntemlerinin tümü ile kullanılmasının mümkün olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Nitekim TBK'nin 231. maddesine göre, zamanında ihbar edilmiş olmak kaydıyla, ayıptan doğan haklar kullanılmamış ise zamanaşımı geçtikten sonra satıcının açacağı davalarda def'i olarak ileri sürülebileceğini kabul etmiş olması da bunu doğrulamaktadır.

Bu duruma göre, tüketicinin seçimlik haklarını ne mahkemenin aracılığına, ne de satıcının onayına gerek olmaksızın, yalnızca kendi iradesiyle kullanması mümkündür. Ancak iradesinin bu yönde tecelli ettiğini, süresi içinde satıcıya bildirmesi gerekmektedir. Bu nedenle tüketicinin seçimlik haklarının tek yanlı ve varması gereken bir irade açıklamasıyla kullanılması gerekmektedir. Tüketici bu haklardan hangisini seçtiğini, bir kez bildirmekle, seçim hakkını kullanmış olur ve artık tercihini değiştiremez. Çünkü, satıcı kayıtsız şartsız, bildirilen tercihi yerine getirmek zorundadır. Bu nedenle, tüketicinin seçim hakkı, bir kez kullanılmakla sona ermekte ve onun yerine tercih ettiği hak geçmektedir. Bu özelliği nedeniyle, tüketicinin seçimlik hakkının yenilik doğurucu (inşai) haklardan olduğunu söyleyebiliriz. TBK'nin alıcıya verdiği seçimlik haklarla ilgili olarak, kabul edilen görüşler doğrultusunda, alıcının sahip olduğu seçimlik haklardan, sözleşmeden dönme hakkı, bozucu yenilik doğurucu; satım bedelinin indirimini talep hakkı ve malın onarımını isteme hakkı, değiştirici yenilik doğurucu; yenisiyle değiştirilmesini talep hakkı, aynen ifada ısrar edildiğini gösteren yenilik doğurucu bir haktır[32].

5.3. SEÇİMLİK HAKLARIN SINIRLARI

Tüketici bir kez hangi seçimlik hakkını kullandığını bildirmekle seçme hakkını kullanmış olur, kural olarak satıcı buna aynen uymakla yükümlüdür. TKHK'nin 15. maddesinin 3 ve 4 fıkralarına göre ayıplı hizmetler bakımından tüketici taleplerinin yerine getirilme süreleri açıkça belirlenmiştir.

TKHK'nin 15. maddesine göre, ayıplı hizmet karşısında, tüketicinin sözleşmeden dönme veya bedelden yapılan indirim haklarından birini kullanması halinde, tüketiciye ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelde gerçekleştirilen indirim tutarı derhal iade edilir. Tüketicinin ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesi haklarından birini kullanması halinde ise sağlayıcı; hizmetin niteliği ve tüketicinin bu hizmetten yararlanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içerisinde ve tüketici bakımından ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde tüketicinin talebini yerine getirmelidir. Belirtilen makul süre yinede tüketicinin talebinin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren otuz iş gününü geçemeyecektir. Bu sürenin geçirilmesi halinde tüketici, TKHK'de düzenlenen diğer seçimlik haklarına başvurabilecektir.

32 YAVUZ, s.140

TBK'nin 227 (4) hükmüne göre; ***"Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir."*** Bu hüküm, hakime alıcının iradesini değiştirebilme yetkisi tanımaktadır. Alıcı, satım sözleşmesinden dönmek istediği halde hakim bunu halin icabına uygun bulmayarak satış bedelinden indirilmesine karar verebilecektir. Burada "durum bunu haklı göstermiyorsa" hakime çok geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Hakim bu takdir yetkisini, şeyin ayıplı olmasına rağmen, alıcı için henüz kullanılabilir mahiyette olup olmadığına, feshin satıcıya da tesir edip etmediğine, alıcının elde edeceği menfaat ile satıcıya getireceği zarar arasındaki açık nispetsizliğe bakarak kullanacaktır[33].

Bu hükmün TKHK'nin 15. maddesi çerçevesinde uygulanma imkanı yoktur. Çünkü, Kanun'un 11(1) ve 15(1) hükümlerinin ikinci cümleleri çok nettir. Tüketici bu taleplerden herhangi birini seçebilir. Satıcı bu tercihi yerine getirmek zorundadır. Hükmün tüketiciye dönme hakkı verirken tek şartı, malı geri vermeye hazır olduğunu bildirmesidir. Şu kadar ki tüm hakların kullanılmasında en geniş sınırı, MK'nin 2. maddesi çizmektedir. Tüketicinin seçimlik haklarından dönme hakkını seçmesi, MK'nin 2. maddesine aykırılık teşkil etmemelidir. Eğer hakim tüketicinin seçimlik dönme hakkını bu şekilde kullanmasının MK'nin 2. maddesine aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyse, tüketicinin hakkını bu şekilde kullanmasını önleyerek TBK 227(4) hükmünü uygulayabilir.

5.4. SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILMA ZAMANI

TKHK, hizmetlerle ilgili olarak 16. maddelerde zamanaşımı süresine ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Buna göre; ***"(1) Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı hizmetten sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, hizmetin ifası tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir.***

(2) Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz."

Görüldüğü gibi kanun tüketicinin seçimlik haklarını kullanmasını satıcı lehine olarak iki yıllık bir süre ile sınırlamış bulunmaktadır.

Burada düzenlenen süreler, zamanaşımı süreleridir[34]. Dolayısıyla TBK'nin zamanaşımının durmasına ve kesilmesine ilişkin hükümleri burada da geçerli olacaktır.

Zamanaşımı süreleri tüketiciye malın teslimi veya hizmetin görülmesi tarihinden itibaren işlemeye başlar. Teslim, TBK hükümlerine göre tespit edilir. O halde zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlaması açısından, tüketicinin ayıbı öğrendiği zamanın bir önemi yoktur. Hatta ayıp bu sürenin dolmasından sonra dahi ortaya çıksa bile durum aynıdır.

Burada düzenlenen süre, zamanaşımı süresi olduğuna göre; zamanaşımını kesen ve durduran sebepler burada da geçerlidir. Satıcı ayıpları giderme taahhüdünde bulunduğu hallerde, hatta

33 EDİS, s.100

34 TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1, s.199; TUNÇOMAĞ, s.188; YAVUZ, s.155; EDİS, s.130; OLGAÇ; s.211

zımnen bir taahhüdün bulunduğu hallerde dahi zamanaşımı kesilir; çünkü satıcı, bu taahhüdüyle, ayıba karşı tekeffül borcunu tanımış olmaktadır[35]. Satıcı davranışlarıyla, tüketicide bir dava açılmasının gereksizliği kanısının uyanmasına yol açmış ise zamanaşımı def'inde bulunamaz[36]. Bu durumda zamanaşımı definde bulunması MK'nin 2. maddesi anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Yargıtay'a göre de;

"...Mahkemece de araçtaki gizli ayıbın yenisi ile değiştirilmesini gerektirecek esaslı ayıp olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Oysaki araçta kullanıcı hatasına bağlı olmayan üretimden kaynaklanan gizli ayıp olduğuna, davacı süresinde 11.10.2004 tarihinde satıcı davalı O... A.Ş.'ye aracın değiştirilmesi talebiyle başvurduğuna göre, 4077 sayılı Yasa'nın 4/2. maddesi hükmü gereği davalılar davacının şartları oluşan değiştirme talebini kabul etmek zorundadırlar. Davacının servise iki kez başvurmasına rağmen "fabrikadan bilgi bekleniyor" denilerek, üretim hatası bulunan aracın davacıya iade edilmesi daha sonrada araçtan yararlanmamak süreklilik arz etmiyor denmesi MK'nın 2. maddesi anlamında hakkın kötüye kullanılmasıdır. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine kararverilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."[37]

Hakim zamanaşımı süresinin dolduğunu re'sen dikkate alamaz, zamanaşımı def'i ilk itirazlarla birlikte satıcı tarafından ileri sürülmüş olmalıdır.

Yargıtay aşağıda yer alan kararında servisin oyalayıcı davranışlarla zamanaşımını doldurması, gizli ayıplarda zamanaşımı süresinden yararlanılamayacağından, dava açılmasına engel olmayacağına karar verilmiştir.

"Hemen burada somut olaya baktığımızda; davacının satın aldığı ve davalı tarafından üretilerek satışa sunulan aracın satın alma tarihi olan 05.07.2000'den sonra fren sisteminde arızanın varlığının davalının yetkili servisince tespit edilip, parça değişikliklerinden sonra da aynı arızanın ortaya çıktığı, davacı tarafın aracı götürdüğü yetkili servisçe parça değişiklikleri ve yağlama gibi geçici tedbirlerle sorunun giderilmeye çalışıldığı ancak davacının araçtan beklediği verimi almasını önleyecek ölçüde aynı arızaların toplam beş kere tekrarladığı, davacının fabrikaya başvurusundan da sonuç alamadığı, anlaşılmaktadır. Bu bağlamda; olayın açıklanan gelişimi ve deliller karşısında araçta üretim hatası bulunup, bunun gizli ayıp olduğunda kuşku yoktur. Zira, Davalı üretici onarımı yetkili servis istasyonları eliyle yapmaktadır. Bu istasyonlar satılan araçların teknik özellikleri itibariyle arıza ve ayıbı doğru ve tam teşhis edebilecek, en kısa sürede ve tam anlamıyla giderebilecek elemanlar bulundurmak zorundadır. Deneme yanılma ile aracı tamire çalışan ve parça değişikliği yoluna giden servis çalışanlarının serviste bulundurulmasının sonuçlarının tüketiciye mal edilmesi düşünülemez. Kaldı ki, üretim hatasının varlığını rahatlıkla tespit edebilecek nitelikte olması gereken servisin tüketiciyi sonuç alınamayan tamirlerle oyalaması ve arızanın belli periyotlarla tekrarlaması karşısında davada zamanaşımının varlığından da söz edilemez"[38].

35 YAVUZ, s.157

36 TUNÇOMAĞ, s.195

37 YARGITAY 13. HD. 24.01.2006 - E. 13380 /K. 473

38 YARGITAY HGK. 25.02.2004 - E. 484/K. 99

Satıcı veya sağlayıcı, malın veya hizmetin ayıplı olduğunu tüketiciden hile ile veya ağır kusuru ile gizlemişse, 2 yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz. TBK, "hile" kavramına yer vermeyerek sadece ağır kusurdan bahsetmiştir. Burada "ağır kusur" kavramının "hileli" halleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir. Çünkü hile kasten yapılan bir şeydir ve kastın ağır kusura göre çok daha ağır psişik durumdur. Bu açıdan, satıcının, malın bildiği ayıpları konusunda, tüketiciyi uyarmaması ağır kusur olarak kabul edilmelidir; ayrıca satıcıların malın ayıbını fiilen bilmeseler bile, bilmesi gerekiyorsa yine aynı hüküm uygulanır. Örneğin, meslekten satıcıların malın ayıplarını bilmesi gerektiği kabul edilmelidir[39]. Bu durumda tüketicinin seçimlik hakları genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımına tabidir[40]. Bu süre hem ağır kusur ya da hile ile gizlenmiş ayıp nedeniyle seçilen hakkın ihbarı, hem de dava açılması süresidir. Satıcının ağır kusuru veya hilesi halinde zamanaşımından yararlanamayacağına ilişkin hükmü sadece, bu hükümde yazılı olan zamanaşımından yararlanamayacağı şeklinde anlamak ve genel zamanaşımı süresinden yararlanabileceğini kabul etmek daha adil bir çözüm olacaktır. Aksi halde tüketiciye hiç zamanaşımına uğramayan bir talep hakkı verilmiş olacaktır ki, böyle bir talep hakkının kullanılması hemen her zaman MK'nin 2. maddesine aykırılık teşkil edecektir.

Tüketici, zamanaşımı süresi içinde seçimlik haklarını kullanmazsa bu hakları bir daha kullanamaz. TBK madde 231(1) hükmüne göre; ***"... Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz."*** Bu konuda TKHK'de hüküm yoktur. Bu nedenle TBK 231(1) hükmü, tüketici işlemlerinden doğan seçimlik hakların kullanılmasında da uygulanacaktır. Demek ki tüketici, teslimden itibaren iki yıl içinde ortaya çıkan ayıpları aynı süre içinde satıcıya bildirmişse, bu süre geçtikten sonra bile def'i yolu ile bu haklara dayanabilecektir. Tüketicinin aleyhine açılan davanın satış sözleşmesiyle ilgili bir dava olmasına da gerek yoktur[41].

Gizli ayıp, normal bir muayene ya da kullanım ile hemen ortaya çıkmayan ve anlaşılamayan ayıplardır. Gizli ayıbın varlığına karar verecek makam mahkemedir. Bilirkişinin, ayıbın var olup olmadığını ve varsa, bunun kullanım hatası sonucu olup olmadığını belirtmesi gerekir. Gizli ayıp kavramı teknik değil, hukuki bir kavramdır. Yargıtay, bilirkişinin gizli ayıp bulunmadığı yolundaki beyanına dayanarak davanın reddine ilişkin mahkeme kararını bozarak gizli ayıbın varlığı ve bu ayıbın süresi içinde tamir edilememesi nedeniyle tüketicinin değiştirme hakkına sahip olduğuna karar vermiştir[42].

39 YAVUZ, s.163

40 TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1, s.201; YAVUZ, s.164; EDİS, s.132; TUNÇOMAĞ, s.193

41 TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1, s.201; YAVUZ, 165; Krş. TUNÇOMAĞ, s.198; KARAHASAN (2003), s.312

42 YARGITAY 13. HD. 14.02.2005 - E. 13579/K. 2098

KARAR: Davacı, davalı O. şirketinden 21.10.2002 tarihinde satın aldığı opel vectra otomobilin 5.2.2003 tarihinde power yağı seviye sensörü arızası nedeni ile tamir gördüğünü, ancak çeşitli arızalardan sonra en son aynı arıza nedeni ile serviste bulunduğunu ve halen teslim edilmediğini ileri sürerek, araç bedelinin faizi ile ödetilmesini istemiştir.

TKHK'nin 16. maddesinin 1. fıkrasında ***"sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde"*** demek suretiyle zamanaşımı süresinin uzatılabileceğini kabul etmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, taraflar, anlaşmaya bir şart koyarak satıcının sorumluluklarını sınırlayabilirler. Ancak, zamanaşımı süresinin kısaltılması suretiyle satıcının sorumluluğunun sınırlanması mümkün olmayacaktır, çünkü TBK'nin 148. maddesine göre, bu ayrımda yer alan zamanaşımı süreleri, sözleşme ile değiştirilemez. Ancak 231. maddenin 1. fıkrasına göre satıcı tarafından (ayıbı) daha uzun süre üstlenmek suretiyle zamanaşımı süresinin uzatılması mümkündür. Bu maddede de, zamanaşımı süresinin kısaltılabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. TKHK'nin emredici karakteri dikkate alındığında, burada yer alan zamanaşımı sürelerinin tüketicinin aleyhine olarak kısaltılamaması gerekir. Teknolojinin bu günkü ulaştığı noktada bazı üretici firmalar, 10, 15 hatta 20 yıllık garanti süreleri verebilmektedir. Dolayısıyla, genel zamanaşımı süresini aşacak şekilde de zamanaşımı sürelerinin uzatılması mümkündür[43]. Garantili mallar için dezamanaşımı süresi kısaltılamaz. Çünkü garanti süresinin en az iki yıl olması gerekmektedir.

Zamanaşımının uzatılması halinde, en uzun sürenin 10 yıl olması gerektiği genellikle kabul edilmektedir. Bu durum, tarafların anlaşması veya satıcının daha uzun süre garanti ver-

---

Davalılar imalat hatası bulunmadığını, davacının şikayetinin giderildiğini ileri sürerek, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, araçta gizli ayıbın bulunmadığı, açıklanarak davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafça temyiz edilmiştir.

Dava konusu aracın 23.10.2002 tarihinde trafiğe çıktığı ve 5.2.2003 tarihinde servo pompası, power yağ seviye sensörünün değiştiği, 7.2.2003 tarihinde aracın radyatörünün değiştiği, 11.4.2003 tarihinde aracın arka stop lambasının değiştiği, 25.4.2003 tarihinde de yağ seviye lambası yanıyor şikayeti ile servise başvurulduğu ve serviste alıkonularak, 17.6.2003 tarihinde direksiyon kutusu, arka armatörler, power yağı ve filtrelerinin garantiden değiştiğinin bildirilerek davacıya teslim edildiği, dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda, aracın incelenmesi sonucu, aracın direksiyon sisteminin tekniğe uygun çalıştığı, fonksiyon yönünden herhangi bir olumsuzluğun bulunmadığı, aracın kanal üzerindeki incelemesinde araç rot kollarının direksiyon krameyerine bağlandığı kısımlardan yağ keçelerinin hidrolik yağını sızdırdığı ve bu keçelerin değiştirilmesi gerektiği, aracın direksiyon kuvvetlendirme sisteminde meydana gelen arızanın kullanım sonucu oluşmadığı, aracın serviste tamiratının mümkün olduğu, aracın gizli ayıplı olmadığı benzeri arızanın garanti kapsamında giderilebileceği açıklanmıştır. 4077 sayılı Yasanın 13/3 maddesi gereğince, garanti süresi içerisinde sık sık arızalanması sonucu maldan yararlanamamanın süreklilik arzetmesi veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması hallerinde, tüketici malın ücretsiz olarak yenisiyle değiştirilmesini talep edebilir. Dava konusu araç, yasada belirlenen 30 günlük süre geçirildikten 52 gün sonra davacıya teslim edilmiştir. Onarım hakkını kullanan tüketici, Garanti Belgesi ile Tanıtma ve Kullanma Kılavuzunun Uygulama Esaslarına Dair Tebliğin (TRKGM-95/116-117) 12. maddesindeki şartların oluşması halinde, aracın yenisiyle değiştirilmesini isteyebilir. Dosyadaki delillerden, araçtaki yağ keçelerinin hidrolik yağını sızdırdığı, yani halen bu arızasının devam ettiği, anlaşılmaktadır. Bu arızanın kullanım hatasından meydana gelmediği bilirkişi raporunda açıklandığına göre, bu arızanın imalat hatası olup, gizli ayıplı olduğunun kabulü zorunludur. Açıklanan nedenlerle, yasada belirlenen azami tamir süresinin geçirildiği, aracın halen arızasının giderilmediği, garanti süresi içinde farklı arızaların dörtten fazla tekrarladığı, dolayısıyla yasanın 13/3 ve anılan tebliğin 12. maddesindeki koşullarının oluştuğu, açıktır. Mahkemece davanın kabulü gerekirken, yazılı şekilde reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

43 Krş. YAVUZ, s.160; GEZDER; s.193

mesi hallerinde ortaya çıkabilir. Ancak tüketicinin lehine bir durum olması ve üst sınırın 10 yılı aşamayacağına dair emredici bir hüküm de bulunmadığından, zamanaşımı süresinin 10 yıldan daha fazla olabileceğine ilişkin görüşlere katılıyoruz[44].

6. SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

TKHK'nin hizmetlerde ayıp nedeniyle tüketicinin seçimlik haklarını düzenleyen 15(1) maddesi hükmüne göre; ***"Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, (…) sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir"***

Hem TKHK hem de TBK, tüketiciye (alıcıya) aldığı malı geri vermeye hazır olduğunu bildirmek suretiyle sözleşmeden dönme hakkı tanımış bulunmaktadır[45]. Geri vermeye hazır olduğunu bildirme yükümlülüğü hizmetler açısından vurgulanmamıştır. Kural olarak, hizmet görüldükten sonra onun geri verilmesi düşünülemez. Ancak Kanun'un öngörüsü çerçevesinde eser sözleşmesinde bir mal inşa edilmiş ise onun geri verilmesi düşünülebilecektir.

Sözleşmeden dönme hakkı sözleşmenin feshinden farklı bir durumu ifade etmektedir. Fesih, geçerli olarak yapılan ve yürümekte olan sözleşmenin ileriye yönelik olarak ortadan kaldırılmasını ifade ettiği halde; dönme, sözleşmenin geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırılması, bir çeşit eski halin iadesidir[46]. Bu nedenle hem TBK, hem de TKHK tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı vermiştir. Bu hakkın tek taraflı varması gereken bir irade açıklamasıyla kullanılabileceğini yukarıda belirtmiştik[47].

Demek ki satılan mal veya görülen hizmet ayıplı ise tüketici, iki yıl içinde, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda beş yıl içinde, sözleşmeden dönebilir. Eğer ayıp hile veya ağır kusur ile gizlenmişse, bu durumda zamanaşımı süresi 10 yıldır; tüketicinin bu süre içinde ayıp nedeniyle hangi seçimlik hakkını kullandığını ve bu hakla ilgili davasını ikame etmek zorundadır.

TKHK sözleşmeden dönme halinde tarafların haklarına ve borçlarına ilişkin bazı hükümler getirmiş bulunmaktadır. TKHK 15. (1),(3) hükümleri ayıplı hizmet halinde tüketicinin dönme hakkını kullanmasının sonuçlarını düzenlemektedir. Buna göre; ***"(1) Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici,(…) sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.***

44 GEZDER, s.193; KARAHASAN(2003), s.310; TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1, s.200; TUNÇOMAĞ, s.192, ikinci görüş için bkz YAVUZ, s.159

45 Viyana sözleşmesinde alıcının satıştan dönmesi ve koşulları 49. maddede düzenlenmiştir. bkz. ERDEM, s.82, 125

46 TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1, s.189; TUNÇOMAĞ, s.165; YAVUZ, s.166, bazı yazarlar bu hakkı geniş anlamda fesih olduğunu belirtmek suretiyle teknik anlamda fesihten farklı olduğunu kabul etmektedirler. Bkz. EDİS, s.105 ve orada anılan yazarlar.

47 TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1, s.189; EDİS, s.104; OLGAÇ, s.187; YAVUZ, s.166; TUNÇOMAĞ, s.165

(3) Tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden indirim yapılan tutar derhâl tüketiciye iade edilir."

Sözleşmeden dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle bu sözleşmeye dayanarak edimlerini yerine getirmiş olan taraflar, ortada hiç bir sebep yokken birbirine bazı şeyler vermiş duruma gelmektedirler.

TKHK'nin 15(1) maddesinde, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. Tüketicinin sözleşmeden dönerek ödediği bedeli geri istediğini süresi içinde yöneltmesi yeterlidir[48]. Bu konuda yapılacak her türlü masraf sağlayıcıya aittir[49].

Böylece ayıplı çıkan malı kullanmış olan tüketicinin, yararlanma nedeniyle satıcıya herhangi bir ücret veya tazminat ödemesinin gerekmediği Yargıtay tarafından da en üst düzeyde kabul edilmiş bulunmaktadır.

Tüketici tarafından malların iade edilmesi gerektiği halde hizmetlerin ise iade edilmesi söz konusu olamaz. Bu nedenle yasa koyucu hizmete ilişkin 15. maddede geri vermeye hazır olduğunu bildirme şartını düzenlememiştir[50].

TKHK'nin 15 (1),(3) maddelerinde, tüketicinin sözleşmeden dönmesi halinde, satıcının iade borcunun kapsamı düzenlenmiştir. Bu hükme göre satıcı, tüketicinin tercihini yerine getirmek zorundadır. Ayıplı hizmet halinde tüketicinin dönme hakkını kullanması durumunda, satıcının yükümlülüğü düzenlenmektedir. Buna göre; ***"(1) (…) Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.***

(3) Tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden indirim yapılan tutar derhâl tüketiciye iade edilir."

TKHK'nin yukarıdaki hükümlerine göre tüketici sözleşmeden dönmüşse, satıcıdan ödediği bedelin iadesini, seçimlik hakkın kullanılması nedeniyle yaptığı tüm masrafları ve ayıp nedeniyle başkaca

48 "Temyiz ilamında belirtilen gerektirici nedenler karşısında ve özellikle mahkemenin, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararının kesin delil olduğu şeklindeki kabulü doğru değil ise de davacı tüketicinin garanti belgeli satılandaki ayıplar için onarım yönünden tercih hakkını kullanmış bulunmasına, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanununun 13. maddesi hükmü uyarınca bu durumda davalı satıcının onarımı eksiksiz yapmak ve satılanı onarım süresi sonunda ayıplardan arındırılmış bir şekilde tüketiciye iade etmekle yükümlü bulunmasına, ne var ki, davalı satıcının bu yükümlülüğünü eksiksiz yerine getirmediğinin ayıpların kısmen de olsa dava tarihi itibariyle devam etmekte olduğunun anlaşılmasına böylece davacı tüketicinin aracın yenisi ile değiştirilmesini isteme hakkının doğduğunun kabulünün gerekmesine bu hakkın doğumu için, ayıplı aracın iadesinin ön koşul sayılmayacağına, yenisi ile değiştirme talebinin, ayıplı malın iadesini de içeriğine, aracın yenisi verildiğinde aynı anda ayıplısının da iade edilebileceğine göre usulün 440. maddesinde sayılan nedenlerden hiçbirisine uygun olmayan karar düzeltme isteğinin reddine, usulün 442. maddesi hükmünce 1.000.000 para cezasının karar düzeltme isteyene yükletilmesine, peşin harcın ret harçtan çıkarılmasına, 9.11.1998 gününde oybirliğiyle karar verildi." YARGITAY 13. HD. 09.11.1998 - E.8331/K.8834, YARGITAY 13. HD 09.11.1998 E.6654/K. 8835 sayılı kararıyla kanunda belirtilen 15 günlük sürenin iade süresi değil ihbar süresi olduğu, iadenin BK hükümlerine göre taraflarca aynı anda yapılması gerektiği kabul edilerek, eski içtihattan dönülmüştür. YKD C 25 S. 1 Ocak 1999

49 TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1, s.191,

50 AYDOĞDU, s.170

zararlar görmüş ise onları da talep edebilir. Demek ki üç kalem talep düzenlemiş bulunmaktadır.

TBK'ya göre satıcı almış olduğu satış bedelini faiziyle birlikte iade etmek zorundadır. Aksi kararlaştırılmamışsa ödenecek faiz oranı, kanuni faiz oranı kadardır[51]. Alıcının zararları faiz miktarından fazla ise bu fazlalıklar, tazminat borcu kapsamında olmak üzere, aşağıdaki kurallara göre, ayrıca istenebilecektir. Bizim kanaatimize göre tüketicinin de TBK hükümleri karşısından faiz isteyebilmesi gerekir. Tüketiciyi koruma amaçlı olan bir kanunun adi işleri düzenleyen TBK'den daha geri bir düzenleme yapmış olması düşünülemez. Nitekim 84. maddenin genel hükümlere atfı nedeniyle de aynı sonuca ulaşmak gerekir.

Bundan başka, tüketici, satış bedelinin iadesi için dava açmış ise, bu nedenle yapmış olduğu masrafları da isteyebilir. Tüketicinin, tüketici mahkemelerinde açacağı davalar, her türlü resim ve harçtan muaftır. Ancak, mahkeme masrafları sadece resim ve harçlardan ibaret değildir. Bunlardan başka posta masrafları, bilirkişi ücretleri ve vekalet ücretleri de mahkeme masrafları içinde yer alır. Bu nedenle, tüketici yapmış olduğu bu gibi masrafları da satıcıdan isteyebilecektir. Avukatlık ücreti açısından, HMK'nin kabul ettiği ücret tarifesi değil; tüketicinin fiilen iyi niyetli olarak ödemiş olduğu avukatlık ücreti dikkate alınmalıdır[52].

Yargıtay, bedel iadesi davasında talep edilmeyen faiz alacağının anapara zamanaşımına uğramadıkça iki yıllık zamanaşımı süresi kadar geriye doğru talep edilebileceğine karar vermiştir[53].

---

51 YAVUZ, s.172; EDİS, 113

52 EDİS, s.113; YAVUZ, BK 205/2 hükmünü HUMK'na bir atıf olarak değerlendirerek, alıcının avukatlık ücretini HUMK. çerçevesinde isteyebileceğini düşünmektedir.

53 YARGITAY 13. HD 31.12.2004 - E. 8635/K. 19327

KARAR : Davacı, davalı şirketten 01.09.1997 tarihinde 4.700.000.000 TL bedelle satın aldığı otomobilin ayıplı çıkması üzerine 27.08.1999 tarihinde açtığı davada 29.11.2001 tarihli kararla araçtaki ayıp nedeniyle 897.272.727 TL nin davalıdan tahsiline karar verildiğini, ancak talebi olmadığı için faize hükmedilmediğini belirterek 897.272.727 TL.nin ilk davanın açıldığı 27.08.1999 tarihi ile karar tarihi olan 29.11.2001 arasında geçen dönem için 1.183.403.022 TL işlemiş faiz ile 897.272.727 TL'nin 29.11.2001 karar tarihinden sonraki faizlerinin tahsiline karar verilmesini istemiştir.

2- 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4/4 maddesi ""ayıba karşı sorumlu tutulanlar, ayıba karşı uzun bir süre ile sorumluluk üstlenmemişlerse ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zaman aşımına tabidir."" düzenlemesi getirmiştir. BK.nun 131. maddesi gereğince asıl alacak zamanaşımına uğradığında faiz ve diğer ek haklarda zamanaşımına, uğrar. Diğer bir değişle faiz alacağı esas alacağın tabi olduğu zaman aşımına tabi olur. BK.nun 133/2 maddesince alacaklının dava açmasıyla zaman aşımı kesilir. Ancak zaman aşımının kesilmesi sadece dava konusu alacak için söz konusudur. Bu durumda davacının talebine konu faiz alacağının iki yıllık zamanaşımına tabi olduğu ve faiz alacağının zaman geçtikçe doğan bir alacak olduğunun kabulü gerekir.

Somut olayda davacıya araç 01.09.1997 de teslim edilmiş, faiz alacağına dair bu dava 21.11.2003 de açılmıştır. 4077 sayılı yasanın 4. maddesinde kabul edilen 2 yıllık zaman aşımı süresi geçmiştir. Ne var ki davacı 27.08.1999 da alacağa ilişkin davayı açmakla zaman aşımını kesmiştir. Bu tarihten itibaren davalı temerrüde düşmüş ve davacı bu tarihten itibaren faize hak kazanmıştır. Yukarıda açıkladığı üzere faiz alacağı zaman geçtikçe doğan bir alacak olup kural olarak davacı faiz alacağının doğduğu tarihten asıl alacağın ödendiği tarihe kadar faiz isteyebilirse de davalı zamanaşımı def'inde bulunmuştur. Davacı faiz alacağına ilişkin bu davayı 21.11.2003 de açmak ile iki yıllık zamanaşımı süresini kesmiştir. Bu durumda davacının 21.11.2003 tarihinden geriye doğru iki yıllık süre için faiz alacağını talep edebileceği gözetilmeden davanın tümüyle reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

7. SATIŞ BEDELİNİN İNDİRİLMESİNİ İSTEME HAKKI

TKHK 15(1) hükmü hizmetlerin ayıplı çıkması halinde, tüketicinin sağlayıcıdan bedel indirimi talep edebileceğini düzenlemektedir. ***"(1) Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, (…) ayıp oranında bedelden indirim (…) haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir."*** Tüketicinin bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, bedelden indirim yapılan tutar derhâl tüketiciye iade edilir. İndirilen bedel ile birlikte tüketici ayıp nedeniyle yapmış olduğu masraflar varsa onları da sağlayıcıdan talep edebilir. Ayrıca genel hükümlere göre tazminat da isteyebilecektir.

Tüketicinin seçimlik haklarından ikincisi, ayıplı malın satış bedelinin indirilmesini isteyebilmektir. Bu hak, tüketicinin bu yöndeki iradesini beyan etmesiyle kullanılır. Bu beyan, tek yanlı ve varması gereken bir irade açıklamasıyla yapılır. Bu hak, yenilik doğurucu haklardan olduğundan kullanılmakla sona erer, seçim hakkı bir kez bu yönde kullanılmakla diğer seçimlik haklar düşer, hak değiştirilemez[54].

Satış bedelinin indirilmesi seçimlik hakkının kullanılmasıyla, sözleşme sona ermiş olmaz, sadece sözleşmenin özüne dokunmadan tüketicinin edimi değişir. Burada amaç, satıcı ile tüketicinin edimlerini malın ayıplı çıkması durumuna göre denkleştirilmesidir[55].

Satış bedelinin indirilmesini talep hakkı tazminat değildir. Bu nedenle, tazminatın hesaplanmasına ilişkin kurallar burada uygulanamaz. Burada tüketicinin ediminde bir değişiklik meydana getirilmektedir.

Satış bedelinin indirilmesi bir borcun yenilenmesi değildir[56]. Satış bedelinin indirilmesi, tarafların anlaşması suretiyle olabileceği gibi, taraflar anlaşamazlarsa mahkeme kararıyla olur.

8. HİZMETİN YENİDEN GÖRÜLMESİNİ İSTEME HAKKI

TKHK'nin 15(1) hükmü karşısında tüketicinin hizmetin ayıplı görülmesi halinde, hizmetin yeniden görülmesini isteme olanağı bulunmaktadır. TBK'nin 227 (1)(4) hükmü ile TKHK 11(1)(ç) hükmü aynı şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre; tüketicinin imkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkı vardır. Hizmetlere ilişkin 15(1) maddede ise imkan varsa ifadesine yer verilmemiştir. Buna rağmen imkansızlık varsa artık hizmetin yeniden görülmesinin talep edilemeyeceğini düşünüyoruz. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.

54 YAVUZ, s.180; EDİS, s.122

55 TUNÇOMAĞ; s.173

56 EDİS, 122; YAVUZ, s.180

TKHK 15(2) maddesi hükmüne göre; ***"(2) Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici bu hakları kullanamaz. Orantısızlığın tayininde hizmetin ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır."***

Madde Gerekçesine göre "Üçüncü fıkrada yapılan düzenleme ile ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarının kullanılamayacağı durumlar belirlenmiştir. Her ne kadar tüketici seçimlik haklarından birini kullanmakta serbestse de özellikle ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme haklarının kullanılması bazı hallerde satıcıyı zor durumda bırakabilir. Buna göre onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme imkânsız ise bu taleplerin ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. İmkânsız olmasa bile, ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme satıcı açısından orantısız güçlükleri beraberinde getirecek ise tüketici yine bu haklarını kullanamaz. İmkânsızlığın tespiti kolaydır. Örneğin malın misliyle değiştirilmesi hakkının kullanılması durumunda istenen malın ayıpsız mislini tedarik etmek mümkün değilse bu hak istenemez. Tamir edilmesi objektif açıdan imkânsız olan bir mal için de bu talep kabul edilemez. Buna karşılık satıcı için "orantısız güçlükleri" beraberinde getirecek olmanın ne anlama geldiğini tayin etmek daha zordur. Bu konuda 1999/44 sayılı AB Yönergesi Kanun'a da aynen aktarılmış olan üç kriter belirtmiştir. Bunlar; malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun doğurup doğurmayacağı gibi unsurlardır. Örneğin malın tamir edilmesi, ayıpsız mislinin verilmesi ile mukayese edildiğinde çok daha masraflı olacaksa tüketicinin tamirde ısrarcı olması kabul edilmeyecektir. Satın alınan bir vidanın dişlerinde bozukluk varsa vidanın tamiri yerine ayıpsız misli ile değiştirilmesi daha uygundur. Buna karşılık satın alınan bir çamaşır makinesinin bir vidasının bozulması halinde, başka bir çamaşır makinesi talep edilmesi orantısızlık savunması ile karşılaşır. Bu hallerde vidanın değiştirilmesi uygun olan çözümdür. Burada da tüketicinin önceki kanuna göre haklarına kısıtlama getirilmiş bulunmaktadır.

Hizmetin yeniden görülmesinin seçildiği hâllerde, hizmetin niteliği ve tüketicinin bu hizmetten yararlanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde bu talep sağlayıcı tarafından yerine getirilir. Her hâlükârda bu süre talebin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren otuz iş gününü geçemez. TKHK'nin 15. maddesinin 4. fıkrasında en son cümle olarak aksi taktirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir denilmiştir.

Kural olarak seçimlik haklar kullanılmakla sona ererler ve seçme hakkının yerine seçilen hak geçer. Tekrar geri dönülemez. Ancak hizmetler bakımından tüketiciye diğer seçimlik haklarını kullanma serbestisi Kanun'la sağlandığına göre tüketicinin isterse hizmetin yeniden görülmesinde ısrar etmesi, isterse diğer seçimlik haklarını kullanması da mümkündür.

TKHK'nin 15(1) hükümlerine göre tüketici hizmetin yeniden görülmesini isteme hakkını kullanması nedeniyle yapmak zorunda kaldığı tüm masrafları da talep edebilir.

Tüketici, hizmetin yeniden görülmesi seçimlik hakkını tek yanlı varması gereken bir irade açıklamasıyla kullanır. Bu hak bir kez kullanılmakla sona erdiğinden, değiştirme talep edildikten sonra seçimlik hak değiştirilemez.

Tüketici, zamanaşımı süresi içinde bu hakkını kullanır. TBK satıcıya da ayıplı malı derhal değiştirmeyi teklif etme hakkı tanımıştır (TBK 227(3)). Ancak, TKHK'de böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine, satıcı tüketicinin tercihini yerine getirmek zorundadır, hükmüne yer verilmiştir.

Tüketicinin yenisi ile değiştirme hakkını kullandığı durumlarda, ayıplı malı iade etmesi gerekmektedir. Ancak, tüketicinin iade borcu ile ilgili olarak kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, Kanun'un 83(1) maddesinin atfı nedeniyle, tüketicinin iade borcuna ilişkin hususların, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında olduğu gibi, genel hükümlere göre tespit edilmesi gerekmektedir[57].

9. ÜCRETSİZ ONARIM TALEP HAKKI

Tüketicinin satın almış olduğu ayıplı malın tamirini isteyebilmesi, çağdaş toplumunun bir gereği olarak karşımıza çıkmış bulunmaktadır. Bu nedenle çağdaş ihtiyaçlar doğrultusunda, TKHK bu hakkı, kanuni bir hak olarak tüketiciye tanımış bulunmaktadır[58].

Tüketici bu hakkını tek yanlı ve varması gereken bir irade açıklamasıyla kullanır. Kural olarak bir kez bu yol tercih edildikten sonra, başka bir seçimlik hak ile değiştirilemez. Ancak bu seçimlik hakkın yerine getirilmesinin imkansız olduğu veya tüketicinin makul olmayan bir süre boyunca malından mahrum kalmasına yol açacağı anlaşılırsa, süresi geçmiş olsa bile, tüketicinin diğer seçimlik haklardan birini kullanabilmesi kabul edilmelidir[59].

TKHK'nin 15(1) hükmünde hizmetlerle ilgili olarak ***"hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı"***nı talep hakkını tüketiciye bir hak olarak vermiş bulunmaktadır.

Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.

---

57 "4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 4. maddesinde "ayıplı mal ve hizmet" tanımı yapıldıktan sonra, satılanın ayıplı olduğunun anlaşılması halinde tüketicinin, aldığı malları satıcı firmaya geri vererek kullanabileceği tercih hakları açıklanmış, ancak tüketicinin geri verme borcunun ifa yeri ve zamanı ile borcu ifasında alacaklı temerrüdün hukuki sonuçlarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş, 30. maddede "Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır" şeklinde bir yollama yapılmakla yetinilmiştir. Bu yollama nedeniyle özel yasada hüküm bulunmayan hallerde yasanın tüketiciyi koruma ve kollama amacına aykırı düşünmemek kaydıyla genel hükümlerin, özellikle Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğinde duraksanmamalıdır.

Somut olayda davacı tüketici, ayıplı olduğunu öne sürdüğü malın yenisi ile değiştirilmesini, bunun mümkün olmaması halinde ödediği bedelin iadesini istediğine göre sözü edilen geri verme borcunu ifa edip etmediğinin veya ifa etmiş sayılıp sayılmayacağının da üzerinde durması gerekir. Öte yandan taraflar arasındaki satım hukuki ilişkisi; Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 8. maddesinde tanımlanan "Kapıdan satış" niteliğinden olmayıp aynı yasanın 13. maddesinde açıklanan "garanti belgeli" bir satım bulunduğu dosyada mevcut dayalı satıcı tarafından verilen garanti belgesinden anlaşılmaktadır. Öyle ise uyuşmazlığın çözümünde yasanın 13. maddesi ile garanti belgesi hükümlerinin de gözetilmesi gerekir. Bu nedenlerle karar bozulmalıdır." YARGITAY HGK. 14.10.1998 - E. 19694/K.715, YKD Cilt:26, Sayı:2, Şubat 2000

58 AKÜNAL, Teoman; "Satıcının 'Onarım Garantisi'" İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası C.38 sayı 1-4 s.547 vd

59 AKÜNAL, s.562 vd.

TKHK 15(2) madde hükmüne göre; ***"(2) Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici bu hakları kullanamaz. Orantısızlığın tayininde hizmetin ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır."***

Madde gerekçesine göre "Üçüncü fıkrada yapılan düzenleme ile ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarının kullanılamayacağı durumlar belirlenmiştir. Her ne kadar tüketici seçimlik haklarından birini kullanmakta serbestse de özellikle ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme haklarının kullanılması bazı hallerde satıcıyı zor durumda bırakabilir. Buna göre onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme imkânsız ise bu taleplerin ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. İmkânsız olmasa bile, ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme satıcı açısından orantısız güçlükleri beraberinde getirecek ise tüketici yine bu haklarını kullanamaz. İmkânsızlığın tespiti kolaydır. Örneğin malın misliyle değiştirilmesi hakkının kullanılması durumunda istenen malın ayıpsız mislini tedarik etmek mümkün değilse bu hak istenemez. Tamir edilmesi objektif açıdan imkânsız olan bir mal için de bu talep kabul edilemez. Buna karşılık satıcı için "orantısız güçlükleri" beraberinde getirecek olmanın ne anlama geldiğini tayin etmek daha zordur. Bu konuda 1999/44 sayılı AB Yönergesi Kanun'a da aynen aktarılmış olan üç kriter belirtmiştir. Bunlar; malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun doğurup doğurmayacağı gibi unsurlardır. Örneğin malın tamir edilmesi, ayıpsız mislinin verilmesi ile mukayese edildiğinde çok daha masraflı olacaksa tüketicinin tamirde ısrarcı olması kabul edilmeyecektir. Satın alınan bir vidanın dişlerinde bozukluk varsa vidanın tamiri yerine ayıpsız misli ile değiştirilmesi daha uygundur. Buna karşılık satın alınan bir çamaşır makinesinin bir vidasının bozulması halinde, başka bir çamaşır makinesi talep edilmesi orantısızlık savunması ile karşılaşır. Bu hallerde vidanın değiştirilmesi uygun olan çözümdür." Burada da tüketicinin önceki kanuna göre haklarına kısıtlama getirilmiş bulunmaktadır.

TKHK 15(4) hükmüne göre, Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin seçildiği hâllerde, hizmetin niteliği ve tüketicinin bu hizmetten yararlanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde bu talep sağlayıcı tarafından yerine getirilir. Her hâlükârda bu süre talebin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren otuz iş gününü geçemez. Aksi halde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir.

TKHK'nin 11 ve 15. maddelerinin 4. fıkrasında en son cümle olarak aksi taktirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir denilmiştir. Gerekçeye bakıldığında mallarla ilgili olarak bu ifadenin esasen tamir süresi içinde tamir edilmeyen mallar hakkında olduğu anlaşılmaktadır. Ancak hizmetlerle ilgili olarak gerekçeden bu yönde bir anlam çıkmadığı gibi hükmün kendisinden de bu yönde bir anlam çıkmamaktadır. Aksine hem onarım hem de hizmetin yeniden görülmesini kapsayan bir şekilde yazılmış izlenimi vermektedir. Bizim kanaatimize göre, bu farklılık sanayi malları ile ilgili olarak bir yönetmelik çıkarılarak bu yönetmelikle belirlenecek listeye göre tamir sürelerinin belirlenecek olmasından kaynaklan-

mıştır. Böyle bir liste eser sözleşmesi ile yapılan ve misli mal olmayıp ferden belli mal olan mallar için söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle, mallarla ilgili yönetmeliğe yapılan atıf kısmı çıkarılınca hizmetlerle ilgili böyle bir durum ortaya çıkmıştır. Kural olarak seçimlik haklar kullanılmakla sona ererler ve seçme hakkının yerine seçilen hak geçer. Tekrar geri dönülemez. Ancak hizmetler bakımından tüketiciye diğer seçimlik haklarını kullanma serbestisi kanunla sağlandığına göre, tüketicinin isterse hizmetin yeniden görülmesinde ısrar etmesi isterse, diğer seçimlik haklarını kullanması da mümkündür.

TKHK'nin 11(6) ve 15(1) hükümlerine göre, tüketicinin malın ücretsiz onarımı hakkını kullanması nedeniyle yapmak zorunda kaldığı tüm masrafları da talep edebilir. Aynı şekilde malın ayıplı çıkması nedeniyle zarara uğrayan tüketici bu hakkı ile birlikte genel hükümlere göre tazminat da isteyebilir.

10. TAZMİNAT HAKKI

Eski Kanun zamanında TKHK, tazminata ilişkin bazı hususları kendisi düzenlemişti; ancak yeni kanun TBK'ye atıf yapmakla yetinmiştir. Aynı şekilde TKHK 15(1) hükmünde de hizmetlerle ilgili olarak benzer bir atıf bulunmaktadır. Buna göre; ***"(1) Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir."*** Her iki hükümde de, tüketicinin seçimlik haklarıyla birlikte adeta beşinci bir hak olarak tazminat da talep edebileceği vurgulanmaktadır. Aynı şekilde TBK'nin 227. maddesinde de, alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu belirtilmiştir.

TBK'nin 229. maddesinin (1) ve (3). bentleri, ayıplı maldan doğan doğrudan zararların, (2) fıkra ise kusur varsa dolaylı zararların talep edilebileceğini düzenlemiştir[60].

Görüldüğü gibi TBK, alıcının ayıplı mal nedeniyle uğrayabileceği zararları iki ayrı prensibe ayırmıştır. Doktrinde birincisine doğrudan zararlar adı verilmekte ve satıcının bunlardan sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu kabul edilmektedir. İkincisi ise, dolayısıyla zarar olarak adlandırılmakta ve satıcının bunlardan doğan sorumluluğunun kusura dayalı sorumluluk olduğu kabul edilmektedir[61]. Ancak TBK'nin bu düzenleme tarzı, hangi zararların doğrudan zarar, hangilerinin dolayısıyla zarar olduğu tartışmalarına yol açmaktadır.

Bu tazminat yükümlülüğü, seçimlik hakların ne şekilde kullanıldığı ile ilgili değildir. Seçimlik haklardan ayrı ve onlarla birlikte istenebilecek bir hak olarak düzenlenmiştir. Örneğin

60 Viyana sözleşmesinde alıcının tazminat hakkı olduğu ve bu hakkın diğer hakların kullanılması halinde de devam edeceği belirtilmiştir. (m.45/2) bkz. ERDEM, s.93, 124

61 EDİS, s.115; YAVUZ, s.173vd; TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1, s.191; TUNÇOMAĞ, s.171; OLGAÇ, s.205

satın aldığı arabanın imalat hatası nedeniyle, kaza yapması halinde, bu kazada uğradığı cismani zararların tazminini isteyebilir.

Doktrinde, genellikle tazminat istenebileceği kabul edilmekle birlikte, bu tazminat isteminin eski 205. maddeye değil, genel hüküm niteliğinde olan eski 96. maddeye dayanması gerektiği ileri sürülmüştür(62). Bazı yazarlar ise alıcının satış bedelinin indirilmesini tercih ettiği hallerde de, eski 205. maddenin son fıkrası gibi, eski 205. maddenin 2. fıkrasının son cümlesinin de uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar. Bunlara göre ayıba karşı tekeffül sistemi, bir bütün olarak, satıcının satılanın niteliklerinden sorumlu olması düşüncesine dayanır. O halde satıcı, satılanın ayıplarından kaynaklanan doğrudan zararlardan ve kusurlu olması halinde de dolaylı zararlardan sorumlu olmalıdır. Özellikle alıcının satıştan dönme hakkını kullandığında, hakim tarafından bu hakkın satış bedelinin indirilmesine dönüştürüldüğü hallerde (eski TBK 202/2), alıcıyı bu haktan mahrum bırakmak için hiçbir sebep yoktur(63).

Yeni TBK'nin 227 ve 229. maddelerinin düzenleniş şekli karşısında tüketicinin (alıcının) tazminat talepleri açısından böyle bir tartışmaya yer yoktur.

Burada şunu açıkça belirtmekte yarar vardır, burada talep edilmesi mümkün olan tazminat, malın kendisindeki zararların giderilmesi için gerekli olan masraflar değildir. Onları zaten ücretsiz tamir hakkı kapsamında satıcı üstlenmektedir. Ayıplı malın sebep olduğu (refakat eden) zararlardır. Yoksa, tüketici hem indirim talep edip hem de malın tamiri için gerekli olan masrafları talep edemez(64).

62 TUNÇOMAĞ, s.173; TANDOĞAN; Borçlar Hukuku C1/1, s.196, EDİS'de aynı görüşte olmakla birlikte zamanaşımı bakımından 96. maddedeki taleplerin tabi olduğu genel zamanaşımı süresinin değil, ayıba karşı tekeffül söz konusu olduğu için ayıba karşı tekeffülle ilgili zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir.

63 YAVUZ, s.187 vd ve orada belirtilen yazarlar

64 KARAHASAN(2003), s.293

BÖLÜM V

Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması

1. REKLAM VE HUKUKİ MAHİYETİ

1.1. REKLAMIN TANIMI

Günümüzde dünya ekonomisinin büyük bir bölümü, liberal kapitalist sistemi benimsemiş bulunmaktadır. Özellikle Sovyetler Birliği'nin dağılması ve Sovyet Sosyalizminin sona ermesi sonucunda ortaya pek çok yeni devlet çıkmış, bunlar da açıkça liberal ekonomiyi benimsediklerini tüm dünyaya ilan etmişlerdir. Liberal ekonominin temeli serbest rekabete dayanmaktadır. Rekabet, herhangi bir konuda, kişilerin diğerinden daha iyi, daha önde olma isteğinden kaynaklanır. Ekonomik anlamda pazardan daha fazla pay alarak, rakiplerinden daha önde olma isteği liberal ekonominin dinamizmini sağlamaktadır. Rekabetin üç boyutu bulunmaktadır. Birincisi fiyatta rekabet; ikincisi, kalitede rekabet; ve üçüncüsü, satış arttırma faaliyetlerinde rekabettir. Satış arttırma faaliyetleri çok çeşitli olmakla birlikte, bunların en önemli ve en etkilisi reklamlardır. Hatta piyasaya yeni çıkan bir malın tanıtımı için bir miktar reklam gideri ayrılması zorunlu görülmektedir[1]. Reklam, pazara sürülen yeni bir malın veya mevcut bir malın rakiplerine göre üstünlüklerinin kamuya anlatılmasında en önemli yoldur. Günümüzde, özellikle kitle iletişim araçlarının çok gelişmiş olması reklamların aynı anda yüz milyonlarca kişiye hitap edebilmesi olanağını ortaya çıkarmıştır. Böyle bir güç, daima dürüst ve doğruları yansıtacak şekilde kullanılmalıdır. Bu gücün kötüye kullanılmasını önlemek için; bu yolla tüketicilere, rakiplere, genel olarak kamu düzenine zarar verilmesini önleyici hukuk kurallarına ihtiyaç vardır. Bu amaçla, çeşitli hukuk sistemlerinde bazı düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır. Türkiye'de de bu konuda

1 ÖCAL, Akar; "Reklam ve Haksız Rekabet" Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C.VI S.II, 1970, s.96

çıkarılmış çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır[2].

Reklam, çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. TKHK'nin 61. maddesinde reklamlarla ilgili düzenlemeler getirilmiş, ticari reklamın tanımı yapılmıştır. Bu maddeye göre; "Ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır." Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 4. maddesinde bir tanıma yer verilmektedir. Buna göre; "h) Ticari reklam ve ilân: Mal, hizmet veya marka tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralanmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla reklam veren tarafından herhangi bir mecrada yayımlanan pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruyu, ifade eder."

Bu tanımlamada reklamın yapılış amacı ve şekli ön plana çıkmaktadır. "Aldatıcı Reklamlarla İlgili Üye Devletlerin Hukuki, İdari ve Düzenleyici Hükümlerinin Birbirine Yaklaştırılması Hakkında", Avrupa Topluluğu Konseyi bir Yönerge çıkarmıştır[3]. Bu Yönerge'nin 2. maddesinde reklam tanımlanmıştır. Buna göre; "reklam, bir ticari işle veya meslek ve sanatla ilgili olarak gayrimenkuller, haklar ve borçlar da dahil olmak üzere malların veya hizmetlerin satışını arttırmak amacıyla yapılan herhangi bir şekildeki tanıtım anlamına gelir." Bu tanımlamada daha çok reklamın amacı üzerinde durulmuş ve şekli önemsenmemiştir.

Daha önce, Reklam Kurulu Yönetmeliği'nde de benzeri bir tanım yer almaktaydı; ancak bu tanımda reklamın bir bedel karşılığı yapılması gerektiği belirtilmekteydi. Reklam karşılığı mutlaka bir bedel ödenir; ancak bunun tanımlamada yer almasının reklamın niteliğini açıklamak açısından önemi bulunmamaktadır. Kişinin bazı hallerde reklam için bir bedel ödemediği örnekler de düşünülebilir. Yönetmelik'in daha çok medya aracılığı ile yapılan reklamları düşünerek, bu tanımı yaptığı anlaşılıyor. Reklam araçları sadece medya ile sınırlı değildir. Yaratıcı insan zekası çok çeşitli reklam vasıtaları bulmaktadır. Bu nedenle, 4822 sayılı Kanun'dan sonra çıkarılan yeni Reklam İlkeleri Yönetmeliği'ndeki tanımlamadan bu hususun çıkarılması isabetli olmuştur.

Reklam her şeyden önce, belirli ve çok çeşitli vasıtalarla yapılır. Reklamda, tanıtımı yapılanın kim olduğu anlaşılmak zorundadır; aksi halde reklam hedefine ulaşmaz. Reklam; topluma, en azından bu malla ilgilenen bir kitleye yöneliktir ve belirli bir kişi hedef alınmaz. Dolayısıyla yüz yüze satışlarda malın tanıtımı reklam olarak kabul edilemez[4]. Rekla-

2 Aldatıcı reklamlara karşı tüketicinin korunması ile ilgili olarak kapsamlı bir çalışma, Celal GÖLE tarafından 1983 yılında yapılmış bulunmaktadır. Bu çalışma konuyu esas itibariyle BK ve TTK açısından incelemiş ve çeşitli ülke uygulamaları ve mevzuatlarına yer vermiştir. Burada BK ve TTK açısından konuya girilmeyecek, konunun gerektirdiği hallerde de konular sayın Göle'den özetlene-cektir. Bizim burada ele alacağımız esas itibariyle TKHK'nin getirdiği "yeniliklerin" incelenmesi olacaktır.

3 84/450/AET sayılı ve10 Eylül 1984 tarihli Yönerge 19.9.1984 tarihli O.J. No L 250/17 (Topluluk Resmi Gazetesinde) yayınlanmıştır.

mın amacı, bir mal veya hizmetin veya ticari bir düşüncenin ilgilenmesi, muhtemel kişilere tanıtılmasıdır.

1.2. REKLAMIN HUKUKÎ MAHİYETİ

Reklam, bir mal veya hizmetin satın alınmasını sağlama amacına yönelik olarak yapılır. Dolayısıyla reklam; reklamı yapan ile bu malla ilgilenen kişi arasında bir hukuki işlemin, bir sözleşmenin yapılmasına yol açmaktadır. Sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla tamam olur. Bu iradelerden önce açıklanana öneri (icap), sonra açıklanana ise kabul denmektedir. Bu itibarla; reklam yapanın iradesinin sözleşmede daha önce açıklandığı düşünülerek, reklamın bir öneri olabileceği düşünülebilir[5]; ancak, bir iradenin öneri olarak kabul edilebilmesi için, çeşitli koşullar aranmaktadır.. Her şeyden önce, açıklanan iradenin akdin esaslı unsurlarını içermesi ve ciddi olması gerekir. Eğer açıklanan irade, önerinin unsurlarını taşımıyorsa; buna öneriye (icaba) davet denir. TBK'nin 8. maddesinin 2. fıkrasına göre; "Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır." "Öneri" ve "öneriye davetin" anlamı, karşı tarafı bir sözleşme yapmaya davet etmektir [6]. Reklam da, karşı tarafı teşkil edebilecek kişileri sözleşme yapmaya davet etmek amacını taşıdığı için, hukuki niteliği itibariyle "öneri" veya "öneriye davet" olma ihtimali akla gelmektedir. Eğer, reklamda bir sözleşmenin yapılması için gerekli tüm esaslı unsurlar varsa ve karşı tarafın sadece bunu kabulü ile sözleşmenin hüküm ifade etmesi mümkün ise, bu reklamın bir öneri olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak, genellikle reklamlarda aşırı abartmalara yer verilmesi, reklamı yapanın genellikle satıcı değil üretici veya genel dağıtıcı olması, yani sözleşmenin doğrudan doğruya tarafını teşkil edecek olan kişi olmaması, reklamın öneriden çok öneriye davet olarak kabul edilmesini gerektirmektedir[7]. Böylece, ilgili tüm kişiler, sözleşme yapmak için görüşmeye davet edilmektedir.

Reklam, "öneri" veya "öneriye davet" olabileceği gibi, bazen ilan suretiyle vaat, bazen de piyango niteliğini kazanabilir[8]. Her olayı somut koşullarına göre, ayrı ayrı incelemek ve reklamın hukuki mahiyetinin ne olduğuna ona göre karar vermek gerekmektedir.

---

4 GÖLE, s.37, Ticaret ve Sanayi Bakanlığının " Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ"inin Kapsam başlıklı 2. maddesinde bu vasıtalar şu şekilde sayılmıştır. Kanu-nun 16. maddesindeki hükümler ile bu tebliğde belirlenen ilkeler, gerçek ve tüzel kişi olarak reklam veren, reklam ajansı, reklamcı, mecra kuruluşları, bazın, radyo, sinema, açık hava ana mecraları ile satış geliştirme (promosyon) , doğrudan postalama (direct mail) doğrudan satış ve pazarlama, taksitli, kampanyalı, kapıdan satış yöntemlerinin gerektirdiği reklamları ve satış yeri tanıtım malzemesi, am-balaj, el ilanı gibi destek reklam araçlarını kapsar.

5 GÖLE, s.44; ADAK, Agah; "Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet" Adana iktisadi Ve Ticari ilimler Akademisi Dergisi, 1975, S.4, s.362

6 GÖLE, s.44

7 GÖLE, s.45; ADAK, s.362

8 GÖLE, s.45; ADAK, s.362-363

2. ALDATICI REKLAM KAVRAMI VE BU KONUDAKİ DÜZENLEMELER

2.1. GENEL OLARAK

Aldatıcı reklam kullanan kimse, rakiplerine nazaran müşterileri üzerinde emeğinin neticesi olmayan, layık olmadığı bir tesir temin etmeye çalışmış olur. Bu nedenle, aldatıcı reklamlardan rakipler yanında asıl menfaatleri zarar görenler müşterilerdir[9].

Aldatıcı reklamın kapsamlı bir tanımı hukukumuzda verilmiş değildir; Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nde de çeşitli aldatıcı reklam halleri yasaklanmış olmakla birlikte, "aldatıcı reklam" tanımına yer verilmemiştir. Yukarıda bahsettiğimiz Konsey Yönergesi'nin 2. maddesinde, aldatıcı reklam da tanımlanmıştır. Buna göre; "Mizanseni de dahil olmak üzere herhangi bir şekilde yöneltildiği veya ulaştığı kişileri yanıltıcı olan veya yanıltması muhtemel olan ve bu yanıltıcı niteliği nedeniyle onların ekonomik davranışlarını etkilemesi muhtemel olan veya bu nitelikleri nedeniyle bir rakibe zarar veren veya zarar vermesi muhtemel olan reklamlar anlamına gelir."

Görüldüğü gibi Konsey Yönergesi, bir reklam nedeniyle fiilen zararın doğmuş olmasını değil, doğma ihtimalinin varlığını veya tüketicinin yanılması ihtimalinin varlığını dahi, aldatıcı reklam kabul etmiştir. Ancak, tüketicinin yanılması ihtimali başka bir unsurla desteklenmiştir; reklamın bu niteliği nedeniyle tüketicinin ekonomik davranışlarını etkileme ihtimali de aranmıştır. Yani, abartılı olduğu açıkça belli olan ve bu nedenle tüketicinin pazar davranışlarını etkilemeyecek olan bir reklam aldatıcı sayılmayacaktır.

Türk Hukuku'nda aldatıcı reklamların ilgili olabileceği çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bunların en başında, TBK'nin 57. maddesi ve TTK'nin 54 vd. maddeleri yer almaktadır. TBK ve TTK hükümleri genel olarak haksız rekabeti düzenlemektedirler. Bunlardan başka, 1930 yılında yürürlüğe giren 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 187. maddesinde, 1928 yılında yürürlüğe giren 1262 sayılı İspençiyari Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nda, 1963 tarihli ve 308 sayılı Tohumlukların Tescil, Kontrol ve Sertifikasyonu Hakkındaki Kanun'da, 1981 tarihli Sermaye Piyasası Kanunu'nda aldatıcı reklamlara ilişkin hükümler bulunmaktadır. TTK'nin 54 vd. maddelerin genel nitelikte düzenleme getirmiş olması nedeniyle, TBK'nin 57. maddesinin uygulama alanının pek kalmadığı genellikle kabul edilmektedir[10]. Diğer özel düzenlemeler ise, çok dar alanları kapsamaktadır. Bu nedenle burada

9 KARAYALÇIN, s.459; DOĞANAY, İsmail; Türk Ticaret Kanunu şerhi, C.I, s.291

10 GÖLE, s.153; POROY, Ticari İşletme Hukuku; İstanbul 1991 6. bası s.198, MİMAROĞLU, Sait Kemal; Ticaret Hukuku, Birinci Cilt: İşletme Hukuku; Ankara 1978 3. bası, Banka Ve ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s.382; KARAYALÇIN, s.450; ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını Ankara 1993 s.271; DOMANİÇ, TTK, ile BK. arasındaki ahenksizliğe rağmen BK. 48. maddesinin uygulama alanlarının olabileceğini düşünmektedir. DOMANİÇ, Hayri; Ticaret Hukukunun Genel Esasları; İstanbul 1988, s.242 vd. BK 48. maddesi şu şekildedir: "Haksız rekabet madde 48- yanlış ilanlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayyir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut, bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir." "Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur." Bu hüküm tüketicilere dava imkanı vermediği için de konumuz açısından önemli değildir.

kısaca TTK açısından aldatıcı reklam üzerinde durulacak, daha sonra TKHK'nin getirdiği düzenlemeler incelenecektir.

2.2. HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE ALDATICI REKLAM

2.2.1. Genel Olarak

TTK'nin 54 vd. maddeleri haksız rekabeti düzenlemiştir. 54. madde genel bir tanım getirmiştir. Buna göre, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır. Bu tanım esasen MK 2. maddesinin, özellikle rekabet alanındaki görünümünden ibarettir. 55. maddenin 1(a) bendinde ise özellikle dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar liste halinde ve örnek kabilinden olmak üzere sayılmıştır. Bu örnekler arasında açıkça aldatıcı reklamlar sayılmış değildir. Bununla birlikte geniş anlamda reklam açısından bakıldığında, 55(1/a) maddesinin a1,2,4,5,6,7,8,9,10,11,12. bentleri, reklamlar yolu ile ihlal edilebilir[11]. TTK 55. maddesinin 1. fırkasının a bendinde sayılan haller şunlardır: ***a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;***

1. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek,

2. Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,

3. Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak,

4. Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak,

5. Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek,

6. Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması halinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur,

11 ÖCAL, s.98, Nitekim Ticari Reklam ve İlanlarla İlgili Tebliğin çeşitli maddelerinde haksız rekabet hallerinin reklam yolu ile meydana getirilmesi açıkça yasaklanmıştır. Örneğin 4(a) ve 6. maddeler reklamların doğru ve dürüst olmasını, 11. madde kötülemeyi, 12. madde ticari itibardan haksız yararlanmayı, 13. madde ise taklit reklamları düzenlemektedir.

7. Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak,

8. Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak,

9. Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak,

10. Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek,

11. Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak,

12. İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak."

Dürüstlük kurallarına aykırılık ve diğer hukuka aykırı davranışları içeren reklamlar, haksız rekabet oluşturur. Reklamlar açısından bu durum genellikle, bir reklam yanlış veya yanıltıcı ise aldatıcı reklam sayılır. Bir reklamın aldatıcılığının saptanmasında bu iki kıstas aranacaktır. Eğer bir reklam yanlış ise aldatıcıdır. Eğer bir reklam yanlış değilse, ama yanıltıcı unsurlar taşıyorsa, yine aldatıcı reklam olarak kabul edilecektir. Burada Bankalar yönünden özellikle 11. ve 12. bentler önem taşımaktadır. Bankalar tarafından verilecek kredilere ilişkin ilanlarda Banka'nın unvanın, kredilerin net tutarlarının, toplam giderlerinin, efektif yıllık faizlerinin açıkça belirtmesi gerekmektedir. Aksi durumda; TTK'nin haksız rekabet hükümlerine aykırılık iddiası ile karşılaşılabilecektir. Yine 12. bent kapsamında, Bankalar tarafından tüketici kredisi sözleşmesi sunulması halinde; sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma hakkı, müşterinin fesih hakkı, kalan borcun vadeden önce ödeme hakkına ilişkin bilgiler tüketici kredisi sözleşmesinde tam ve eksiksiz olmalıdır.

2.2.2. Aldatıcı Reklamın Unsurları

2.2.2.1. Yanlış Reklam

Yanlış bir reklam esas itibarıyla aldatıcıdır[12]. Ancak bazı hallerde reklam yanlış olduğu halde, aldatıcı kabul edilmeyebilir[13]. Çünkü bazı hallerde reklamın yanlışlığı herkesçe bilinebilecek şekilde yapılır. Her reklamda bir miktar abartma olmakla birlikte, bazı reklamlarda o kadar barizdir

12 GÖLE, s.62

13 Sanayi ve Ticaret Bakanlığının "Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ" (TRKGM-95/142-143) (bundan böyle sadece "Tebliğ" olarak anılacaktır) 4. maddesinin a bendinde reklamların yasalara, genel ahlaka uygun, doğru, dürüst ve gerçekçi olması zorunlu tutul-muştur. Burada "gerçekçi" sözcüğünün anlamı belirli değildir. Bundan "doğru" olmak dışında başka bir şey kastedilmiş, özellikle reklamlarda abartı kullanılması yasaklanmış olarak kabul edilemez. Aksi halde reklamcılık önemli bir darbe almış olur çünkü her reklamda bir ölçüde abartma olur. Nitekim yeni yönetmelik ile bu durum düzeltilmiştir.

ki, buna hiç kimse inanmaz. Örneğin, "bu yağ o kadar hafiftir ki bunu kullanırsanız uçarsınız". Bu reklamdaki yanlışlık açıkça abartı sınırları içinde kaldığı için, bu reklam aldatıcı sayılmayacaktır[14]. Ancak abartı olduğu anlaşılamayacak şekilde gerçeğe aykırı bilgiler verilmesi aldatıcı reklam teşkil eder. Örneğin, işletmenin kuruluş tarihinin gerçeğe uymaması, satılan malın menşeinin doğru olarak yazılmaması, bir tacirin gerçeğe aykırı olarak piyasanın en eskisi ve en tecrübelisi olduğunu iddia etmesi, gazete veya diğer yayınların baskı adedinin fazla gösterilmesi[15].

2.2.2.2. Yanıltıcı Reklam

Bir reklamın lafzen doğru olması, onun aldatıcı olarak kabul edilmeyeceği anlamına gelmez[16]. Reklamdaki lafzı, reklamdaki vaat ve gösterinin desteklemesi ve reklamın tüketiciyi ilgilendirecek esaslı bazı noktaları belirtmeyi ihmal etmemesi gerekir. Eğer, reklamdaki ifade ile reklamdaki vaat arasında bir ilişki yoksa ve ifade vaadi kanıtlamıyorsa, o reklamı yanıltıcı olarak kabul edebiliriz[17]. Reklamdaki gösterinin, reklamdaki lafzı ifadeyi desteklemediği hallerde, yanıltıcı reklamdan bahsedilebilir[18]. Bir reklamdaki lâfzi açıdan doğru olan ifade tüketici açısından önemli sayılacak yeterli bilgileri ve gerekli açıklamaları kapsamadığı hallerde de, o reklam yanıltıcı dolayısıyla aldatıcı olarak kabul edilebilir[19].

Bazı hallerde reklamın lafzının birden fazla anlamı olabilir; bu gibi durumlarda anlamlardan birinin yanıltıcı olması halinde, reklam aldatıcı reklam olarak kabul edilebilir[20]. Aynı şekilde, reklamlarda kullanılan belirsiz ifadeler de tüketiciyi yanıltabilir. Bu nedenle tüm reklam, kelimeleri, resimleri ve anlamı ile tüketici için anlaşılır olmalıdır[21]. Reklam Kurulu 2008/680 sayılı kararında bir banka tarafından verilen reklamı yanıltıcı reklam olarak nitelendirilmiş ve ilgili reklam ile ilgili idari para cezası ve reklamları durdurma cezasına karar vermiştir. İlgili karara göre;

"..... Bankası ... 'ye ait olup, çeşitli mecralarda yayımlanan "..... Geleneksel Bayram Kredisi" sloganlı reklamlarda; "Bayram Krediniz Hazır %0,89…..... Geleneksel Bayram Kredisi… Ramazan Ayı boyunca,

14 ADAK, s.363, daha fazla örnek için bkz. GÖLE, s.63 vd.

15 ÖCAL, s.99

16 GÖLE, s.67

17 GÖLE, s.67, unlu besin maddeleri reklamında, radyoda geri planda tavuk gıdaklamasının kullanılması, bu besinlerde taze yumurtanın kullanıldığı izlenimini vermektedir. Oysa ki aslında üretimde taze yumurta değil yumurta unu kullanılmaktadır. Bu durumda reklam aldatıcı kabul edilmiştir.

18 GÖLE, s.68, bir otomobil boyasının soğuğa ve sıcağa dayanıklı olduğunun gösterilmesi için otomobil üzerinde benzin yakıldığını buna karşın boyanın bozulmadığını gösteren bir reklam, benzinin 5 saniyede boyaya zarar verebilecek kadar ısı vermeyeceğinin kanıtlanması halinde aldatıcı kabul edilebilir.

19 GÖLE, s.70, örneğin bir ekmek reklamında, reklamı yapılan ekmeğin çocukların büyümeleri için gerekli olan mineral ve vitaminleri kapsadığı iddiası, lâfzı açıdan geçerli olabilir. Ancak bu ekmeğin kapsadığı vitamin ve mineraller, piyasaya sürülen diğer tüm ekmeklerde asgari standart olarak bulunuyorsa, bu reklamı da aldatıcı olarak kabul etmek mümkündür.

20 GÖLE, s.70

21 GÖLE, s.72, Tebliğin 2. maddesinin 2. fıkrasında Tebliğde yer alan ilkelerin reklamların içerdiği sözlü ve yazılı kelimeler, sayılar, görsel sunumlar, müzik ve ses efektleri dahil olmak üzere reklamın tüm içeriğine uygulanacağını belirtmektedir.

bayrama özel %0,89'dan başlayan faiz oranlarıyla Taksitli İhtiyaç Kredisi: TİK… Şimdi her ..... şubesi bir bayram yeri…" şeklinde ifadeler kullanılmasına rağmen, kredi kullanımı sırasında aylık sözleşmesel faiz oranına ek olarak "dosya, haberleşme ve istihbarat ücreti" ve "BSMV" adı altında alınan ekstra masraflardan bahsedilmediği; reklamlarda belirtilen aylık faiz oranına eklenen anılan türden diğer masraf kalemleri ile beraber oluşan kredinin tüketiciye yıllık maliyet oranının (yıllık faiz maliyetinin/yıllık ortalama faiz oranının) açıkça belirtilmediği ve eksik bilgi verilerek tüketicilerin yanıltıldığı gerekçeleriyle söz konusu reklamların Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'e uygun olmadığına,..."

2.2.2.3. Aldatma Kabiliyeti

Bir reklamın aldatıcı sayılabilmesi için tüketicilerin aldanması veya aldanma ihtimalinin bulunması gerekir. Hiçbir tüketiciyi aldatamayacak derecede abartılı olan reklamlar, aldatıcı reklam olarak kabul edilemez. Bu nedenle tüketicilerin aldanması veya aldanma ihtimalinin varlığı aranmalıdır. Bir reklamın aldatıcı sayılabilmesi için, yalnız bir tüketicinin aldanmış olması yeterli midir? Yoksa tüketicilerin ne kadarının aldanmış olması gerekir? Bu konuda kesin kıstaslar koymak mümkün değildir. Her reklam belli kitleyi hedef almaktadır; bazı reklamlar sadece çocukları, bazıları sadece yetişkin kadınları, bazıları ev hanımlarını, bazıları ise belli meslekten olan insanları hedef almaktadır. Bu duruma göre hangi kişilerin aldanması veya aldanma ihtimali göz önüne alınacaktır?

Konsey Yönergesi'nde açıkça, "yöneltildiği veya ulaştığı kişileri aldatıcı veya aldatması ihtimali olan" ibaresi kullanılarak bir reklamın aldatıcılığının saptanmasında sadece yöneltildiği, hedef kitleyi değil ulaştığı herhangi kişileri aldatan veya aldatıcı olan kıstasının uygulanması gerektiğini belirtmiş olmaktadır.

Bir reklamın aldatıcı olup olmadığının saptanmasında, esas itibariyle ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketicilerin göz önüne alınması ve reklamın bu kişiler açısından aldatıcı olup olmadığının belirlenmesi gerekir[22]. Aksi halde, örneğin bilgisiz saf bir tüketici esas alınırsa, neredeyse tüm reklamlar aldatıcı sayılarak yasaklanabilir[23].

Konsey Yönergesi, bir reklamın aldatıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde, tüm niteliklerinin, özellikle belirli konulardaki içerdiği bilgilerin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre; bir reklamda şu konulardaki bilgilerin, onun aldatıcı olup olmadığının tespitinde dikkate alınması gerekir: Mal ve hizmete ulaşma kolaylıkları, cinsi, yapılışı, bileşimi, üretim yöntemi ve tarihi, özellikleri, coğrafî veya ticari menşei, kullanım amacına uygunluğu, kullanımından beklenebilecek sonuçlar, test ve deneme sonuçları, fiyat veya fiyatın tespitine ilişkin bilgiler, reklam yapanın kimliğine, mali durumuna, sahip olduğu haklar ve aldığı ödül ve payeler hakkındaki bilgiler[24].

22 Nitekim daha önceki Reklam İlkeleri Tebliği, 4. maddesinin (e) bendinde "ortalama reklam izleyicisi", 15. maddesinin (f) bendinde "ortalama bir çocuk" kıstasları kullanılmıştır.

23 GÖLE, s.74

24 Daha önceki Reklam İlkeleri Tebliğinin 6. maddesinin (d) bencinde de benzer bir düzenleme getirile-rek belirli konulardaki bilgilerin doğru olması gereği belirtilmiştir.

2.2.3. Mukayeseli Reklam

Reklam endüstrisinde son günlerde, ülkemizde de mukayeseli reklamlar sıkça kullanılmaktadır. Bir reklam, bir kimsenin sadece kendi ürünlerini tanıtması, onun niteliklerinin belirtilmesi şeklinde olabileceği gibi, açıkça veya kapalı olarak rakip ürünlerle karşılaştırmalı olarak da yapılabilir. Bir reklamda, birinci, tek en iyi, en üstün vs. gibi vasıfların kullanılması halinde, diğer ürünler ile zımnî bir karşılaştırma yapılmış olmaktadır. Bu gibi reklamların doğru ve dürüst olması ve yapılan mukayesenin objektif kıstaslara dayanması halinde, aldatıcı sayılmayacağı genellikle kabul edilmektedir[25]. Daha önceki Reklam İlkeleri Tebliği'nin 9. maddesinde de açıkça karşılaştırmalı reklamlara izin verilmişti ve "karşılaştırma içeren reklamlarda, karşılaştırmanın yanıltıcı olmaması ve dürüst rekabet ilkelerine uyulması zorunludur" ilkesi getirilmişti.

"En iyi", "en üstün", "daha ucuz", "en eski", "en büyük", "yegane", "tek", "erişilmez" gibi üstünlük bildirir bir şekilde yapılan reklamlar yanlış veya yanıltıcı olmadıkları sürece, aldatıcı reklam sayılmazlar. Eğer iddia edilen üstünlükler kanıtlanamıyorsa, yanlışsa veya doğru olmakla birlikte yanıltıcı, asalak reklama yol açıcı mahiyette ise, o zaman aldatıcı reklam olarak kabul edilir. Yargıtay bir kararında iddia edilen birinciliğin genel olarak söylenmesini, hangi konuda birinci olduğunun belirtilmemiş olması nedeniyle, aldatıcı reklam olarak kabul etmiştir[26].

Bu karar, doktrin tarafından reklam yapandan her konuda birinci olduğunu kanıtlaması istenmesi gerektiği halde, doğrudan doğruya hangi konuda üstün olduğunun bildirilmemesi gerekçesiyle reklamın aldatıcı kabul edilmesi eleştirilmiştir[27]. Yargıtay bir başka kararında, "karacan reklamda birinci" ilanını ilan metni içinde tam sayfa reklamların esas alındığının gösterilmesi ve bu hususun doğru olması gerekçesiyle, bu reklamın aldatıcı olmadığına karar vermiştir. Yargıtay'ın bu kararda reklamdaki iddianın doğruluğunu araştırırken, "DYO boyada birinci" reklamında iddianın doğruluğunu araştırmamış olması isabetsizdir[28].

Görüldüğü gibi, TTK hükümleri özellikle çok hızlı bir şekilde büyüyen ve gelişen reklam sektörünü düzenleme ve idare etme konusunda yetersiz kalmaktadır. Bu konuda özel düzenleme yapılması gerektiği açıktır. 6502 sayılı Kanun'da bu konuda yeni düzenlemeler yapılmış ve Reklam Kuruluna da yetkiler verilmiştir. Çıkarılan yeni Reklam İlkeleri Yönetmeliği ile de, aynı eğilim gösterilmiştir. Bu hükümler aşağıda, bu kitabın boyutlarının gerektirdiği ölçüde incelenecektir.

25 MOROĞLU, s.3 vd; GÖLE, s.79 vd; ARKAN, s.276; MİMAROĞLU, s.396; ÖCAL, s.98; KARAYALÇIN, s.458; DOĞANAY, s.291

26 Yargıtay 11. HD.nin 22.12.1992 günlü ve E. 1991/4992 K. 1992/11613 sayılı kararı metni için bkz. MOROĞLU, s.18, Reklamda "DYO boyada birinci" sloganı kullanılmıştı.

27 MOROĞLU, s.12 vd

28 MOROĞLU, s.12 vd

3. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA REKLAMLARLA İLGİLİ DÜZENLEMELER

3.1. GENEL OLARAK

TKHK'da reklamlarla ilgili, "Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar" başlığı altında iki madde bulunmaktadır. 61. madde "Ticari Reklam", 62. madde ise "Haksız Ticari Uygulamalar" başlığını taşımaktadır. Bu itibarla, 61. ve 62. maddenin, sadece aldatıcı reklamları düzenlediğini ileri sürmek zordur. 61. madde tüm ticari reklamlar hakkında genel ilkeler koymaktadır. Bu nedenle, 61. maddenin uygulaması, TKHK kapsamından daha geniştir. Bu maddenin TTK'nin 55. maddesine bir ek getirdiğini, bu maddede eksik olan aldatıcı reklamları eklediğini ve genel olarak reklamların uyması gereken ilkeleri belirttiğini kabul edebiliriz. Çünkü, 61. maddede haksız rekabet ilkelerini de aşan düzenlemeler bulunmaktadır.

TKHK , 61. maddesine göre;

"(1) Ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır.

(2) Ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır.

(3) Tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici ticari reklam yapılamaz.

(4) Reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilir. Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır.

(5) Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılabilir.

(6) Reklam verenler ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlüdür.

(7) Reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdür.

(8) Ticari reklamlara ilişkin getirilecek sınırlamalar ile bu reklamlarda uyulması gereken usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir."

Burada görüldüğü gibi, önce bir genel ilke getirilmiş, ikinci fıkrada da bazı reklamlar yasaklanmıştır. Yasaklanan reklamlar şunlardır: Aldatıcı reklamlar, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşüren reklamlar, zayıf insanları istismar edici reklamlar, örtülü reklamlar. Bunlar, aşağıda ayrı ayrı incelenecektir. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, rakip firmaların karşılaştırmalı reklam yapması serbest bırakılmaktadır.

6. fıkra ile reklamda yer alan somut iddiaları ispat etme yükümlülüğü getirilmiştir. İspat yükümlülüğü reklam verene aittir.

7. fıkra ile sorumlular çevresi gösterilmektedir. Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları, 61. maddenin hükümlerine uymakla yükümlüdürler. Bu, şu anlama da gelmektedir; bu maddenin ihlali halinde uygulanacak para cezası dahil tüm yaptırımlar, sadece reklam verene değil, mecra kuruluşları ve reklamcılara da uygulanabilecektir.

TKHK'de reklamlarla ilgili diğer bir hüküm, 63. maddede yer almaktadır. Bu maddeye göre "Ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapma, bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetim yapma, inceleme ve denetim sonucuna göre durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verme hususlarında görevli bir Reklam Kurulu oluşturulur. Kurul, tedbiren durdurma kararı verme yetkisini Reklam Kurulu Başkanına devredebilir. Kurulun kararları Bakanlıkça uygulanır." Reklam Kurulunun kuruluşu, işleyişi ve görev ve yetkileri son bölümde incelenecektir. Reklam Kurulu, ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri tespit ederek Bakanlığa göndermiş, Bakanlık da bunları Reklam İlkeleri Yönetmeliği ile yürürlüğe koymuştur[29].

3.2. TİCARİ REKLAMLARDA UYULMASI GEREKEN GENEL İLKELER

3.2.1. Genel Olarak

TKHK'nin 61. maddesine göre, ticari reklam ve ilanların uyması gereken genel ilke belirtilmiştir. Buna göre; ***"Ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır."***

Burada dikkat edilecek olursa, bir reklamın kanuna ve ahlaka uygun olması zaten bir genel hukuk kuralının tekrarı niteliğindedir. TBK'nin 26. ve 27. maddelerinde yer alan ve akitlerle ilgili bu ilke, reklamlarla ilgili olarak da kabul edilmiş olmaktadır. Burada 26 ve 27. maddelerde yer alan kişisel haklara aykırı olmama ilkesinin açıkça yer almaması bir eksikliktir. Tabi ki, kişilik hakları MK hükümlerince korunduğu için, kişilik haklarını ihlal eden reklam yapılamaz; ancak bunu önleyecek olan kamu gücü değildir. Hakları ihlal edilen kişi bizzat bu reklamları durdurabilir; yayınlanmamışsa, yayınını önleyebilir, böyle bir reklamdan zarar görürse bu zararların tazmin edilmesini isteyebilir. Ancak, burada düzenlenen hususlar kamu gücünün kullanılmasını da gerektirmektedir. Bu nedenle, reklam ve ilanların ulaştığı nokta dikkate alındığında, MK hükümlerinin yetersiz olduğunu, kişilik haklarının burada da sayılması gerektiğini belirtmek gerekir. Bu eksiklik, 4822 sayılı Kanun ile tamamlanmıştır. 16. maddenin birinci fıkrasına, reklam ve ilanların kişilik haklarına uygun olması gerektiği ilkesi eklenmiştir. 6502 sayılı TKHK'da ise bu husus, 61. maddenin 2. fıkrasında belirtilmiştir.

29 14.06.2003 tarih ve 25318 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmış olan "Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik" ekler arasında verilmiştir.

Yine 4822 sayılı Kanun ile, reklam ve ilanların kamu düzenine aykırı olmaması gerektiği yolunda bir değişiklik yapılmıştır. 6502 sayılı Kanun'da da aynı hüküm korunmuştur. Kamu düzeni belirsiz bir kavramdır. Bu gibi belirsiz kavramların Kanun'da yer alması sektörün huzursuz olmasına sebep olacaktır. Aynı zamanda, yasal belirlilik ve güvenlik ilkesine aykırıdır. Öte yandan uygulamacılara, sınırları belli olmayan yetkiler vermesi nedeniyle de her zaman keyfiliğe yol açabilecektir.

Yine 4822 ve 6502 sayılı Kanun'la, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere uygun davranılması gereği de eklenmiştir. Bunun çok pratik bir sebebi bulunmaktadır. Para cezalarına ilişkin hükümler Reklam Kurulu'nun tespit ettiği ilkelere atıf yapmamakta, sadece 16. maddeye atıf yapmakta idi. Bu nedenle, Reklam Kurulu tarafından tespit edilen ilkelere aykırılık halinde, para cezası uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkabilecek idi. Bu değişiklik ile Reklam Kurulu tarafından belirlenen ilkelere aykırılık halinde de para cezası ve diğer yaptırımların uygulanmasında herhangi bir tereddüt kalmayacaktır.

Kanun'a aykırılık nispeten somut bir ilke olduğu için kolayca saptanabilir. Bir reklamın doğru olup olmadığı da çoğu zaman somut bazı verilerle kanıtlanabilir. Ancak, ahlaka aykırılık ve dürüstlük ilkeleri için aynı şeyi söylemek zordur; burada işin içine etik karışmaktadır. Bu kıstasları saptayacak olan hakimin dünya görüşü, yaşadığı yerdeki ahlak anlayışı ve değer yargıları etkili olacaktır. Görüldüğü gibi, 61. maddenin 2. fıkrasında sayılan ilkeler çok genel ve somut olarak uygulandığında değer yargılarına ve hakimin takdirine büyük ölçüde yer veren ilkelerdir.

Fakat Kanun'un 63. maddesinin 1. fıkrasında, Reklam Kuruluna ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme görevi vermiştir. Bu ilkeleri saptarken Reklam Kurulu, ülke koşullarının yanı sıra, reklamcılık alanında evrensel kabul görmüş tanım ve kuralları da dikkate alacaktır. Ancak bu gereklilik, 6502 sayılı Kanun'da yer almamaktadır. Kanaatimize göre, bu değişikliğin bir anlamı yoktur. Reklam Kurulu ülke koşullarını ve reklamcılık alanındaki evrensel kuralları dikkate almayıp da neyi dikkate alacaktır? Reklam Kurulu iletişim özgürlüğünü esas alarak bu ilkeleri tespit etmiş ve 61. maddede yer alan ilkeleri biraz daha somutlaştırmaya çalışmıştır. Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 5. maddesinde "temel ilkeler", 6. maddesinde "ahlaka uygunluk" ve 7. maddesinde "dürüstlük ve doğruluk" başlığı altında 61. maddede yer alan ilkeler açıklanmaya ve somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nde TTK'nin 54 vd. maddelere giren hususların reklamlar yolu ile işlenmesini yasaklayıcı hükümler bulunmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi 61. madde ve Reklam İlkeleri Yönetmeliği, sadece aldatıcı reklamları değil, tüm ticari reklam ve ilanları düzenlemektedir.

3.2.2. Temel İlkeler

Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 5. maddesi "Temel İlkeler" başlığı altında çeşitli hususları reklam ve ilanların uyması gereken temel ilke olarak tespit etmiştir. Bunlar, 61. maddenin 2. fıkrasında sayılan hususların biraz daha somutlaştırılmış şeklidir. Buna göre: "Ticari reklam ve ilânlarda, aşağıda belirtilen temel ilkeler esas alınır.

a) Reklamlar yasalara, genel ahlaka uygun, doğru ve dürüst olmalıdır.

b) Her reklam ekonomik ve sosyal sorumluluk bilinci içinde iş hayatında ve kamuoyunda kabul gören dürüst rekabet ilkelerine uygun olmalıdır.

c) Reklamlar, güvenlik kurallarının gözetilmediği ve insan güvenliği açısından tehlike oluşturabilecek uygulama ve durumlarla ilgili hiçbir sunum ya da tanımlama içeremez.

d) Biçimi ve yayımlandığı mecra ne olursa olsun, bir reklamın "reklam" olduğu açıkça anlaşılmalıdır. Bir reklam haber ve yorum öğeleri içeren bir mecrada yayımlandığında, "reklam" olduğu kolaylıkla algılanacak biçimde belirtilir. Örtülü reklam yapılamaz.

e) Reklamlar, ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanır. Reklamdaki ana vaadin istisnası niteliğindeki ifade ve/veya görüntülerin;

1) Yazılı mecralarda, okunabilir büyüklükte yazılarak,

2) Görsel mecralarda, yalnızca sözle ve/veya okunabilirliğini sağlamak şartıyla yazılı olarak,

3) Sözlü mecralarda, anlaşılabilir biçimde okunarak belirtilmesi zorunludur.

f) Reklamlar, insan onurunu zedeleyici biçimde yapılmamalıdır.

g) Reklamlar, kişilik haklarını zedeleyici biçimde yapılamaz.

h) Reklamlar, önceden izin alınmadan, hiç kimsenin özel veya sosyal hayatını gösteremez ya da anlatamaz. Reklamlarda, hiç kimsenin özel mülkü, önceden izin alınmadan bir kişisel onay etkisi yansıtacak şekilde görüntülenemez veya belirtilemez.

i) Reklamlar, kamu düzenini bozucu nitelikte olamaz; şiddet hareketlerine yol açıcı, göz yumucu, özendirici veya destekleyici unsurlar içeremez; yasadışı veya kınanacak davranışları cesaretlendiremez.

j) Reklamlar, dil, din, ırk, mezhep, felsefi düşünce ve cinsiyete dayalı ayrımcılık üzerine kurulamaz, ayrımcılığı destekleyemez, kötüleme içeremez, istismar edemez."

Reklam Kurulu Başkanlığı tarafından oluşturulan kararlarda ağırlıklı olarak Yönetmeliğin "e" bendinin ihlal edildiği tespit olunmaktadır. Bankalara ilişkin olarak Reklam Kurulu Başkanlığı tarafından oluşturulan bir kaç karara yer vermek gerekir ise, Reklam Kurulu Başkanlığı'nın 2014/4 sayılı dosyasında;

" ..... A.Ş.'ye ait "1000 T.L. Bedava Kredi" başlığıyla, 2013 yılı içerisinde yayınlanan reklamlarda yer verilen alt yazıların tüketicilerin okuyamayacağı denli küçük boyutta olduğu ayrıca hareketli zemin üzerinden geçirilerek fonfigür kontrastı zorunluluğunun ihlal edildiği; dolayısıyla bu durumun,

-Altyazı ve Dipnotların Kullanılmasına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ'in 5,7 ve 8'nci maddeleri,

-Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 5/a,5/b,5/e, 7/a,7/c ve 13 üncü maddeleri,

- 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16 ncı maddesi hükümlerine aykırı olduğuna,[30]*" karar verilmiştir.*

30 http://www.tuketici.gov.tr/index.snet?wapp=reklamkurulukararlari_tr&open=2, 19.03.2014, saat: 15,37

Reklam Kurulu Başkanlığı 2009/146 sayılı diğer bir kararında ise;

".....A.Ş. adlı bankaya ait "Ramazanda sıcak sıcak ..... Puan'lar ..... 'da!" sloganlı kampanya ile ilgili olarak; çesitli mecralarda ve özellikle televizyonda yayınlanan reklam örneklerinde bulunan "5 Ekim 2008 tarihine kadar ..... Kart'ınızla yapacağınız market, turizm, giyim, giyim aksesuarı, ayakkabı, kitap, kırtasiye, oyuncak ve kozmetik alışverişlerinizde 100 YTL ve üzeri toplam 3 alışverişe 50 YTL, toplam 5 alışverişe 100 YTL .....Puan hediye!... Ayrıntılı bilgi:.....com.tr… Kampanya kapsamında kazanılan ilave .....puanların son kullanma tarihi 23 Ekim 2008'dir." ifadelerinin ortalama bir tüketici tarafından kolayca okunamayacak derecede küçük bir şekilde yer alması, özellikle televizyon reklamlarında yukarıda belirtilen kayan yazının çok hızlı geçmesi nedeniyle tüketicilerin kazandıkları puanları harcamadıkları takdirde hesaplarından alınacağı tarihin tüketicilerce anlaşılamayacak olması gerekçeleriyle Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'e uygun olmadığına,"[31] karar vererek, ilgili banka hakkında idari para cezası ve örtülü reklamı durdurma cezasına karar vermiştir.

3.2.3. Ahlaka Uygunluk

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, "ahlaka uygunluk" kişisel değer yargılarına fazlaca yer veren bir kavramdır. Ancak, Reklam Kurulunun oluşum şekli bu konuda çıkabilecek çelişkili durumları çözebilecek niteliktedir. Ayrıca, Reklam İlkeleri Yönetmeliği ile ahlaka aykırılık halleri somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Buna göre; "Reklamlar, ahlaka uygunluk açısından aşağıdaki hususlara aykırı olamaz.

a) Genel ahlak kurallarına aykırı ifadeler ya da görüntüler içeremez.

b) Cinselliğin istismarı ile pornografi içeren ifadeler ya da görüntüler taşıyamaz.

c) Korku ve batıl inançlar istismar edilemez.

d) Toplumun acıma duygularını istismar edecek şekilde, hasta, bebek, çocuk, yaşlı ve özürlülerle ilgili ifadeler ya da görüntüler kullanılamaz.

e) Hastaların tedavi öncesi ve sonrasına ait görüntü veya ifadelere yer verilemez."

Daha önceki Reklam İlkeleri Tebliğinde korku ve batıl inançların reklamlarda yer alamayacağı belirtiliyordu, şimdi ise "istismar edilemeyeceği" belirtilmektedir. "Hastaların tedavi öncesi ve sonrasına ait görüntü veya ifadelere yer verilemez" ilkesi ise yeni eklenmiştir.

Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin, reklamların temel ilkelerini düzenleyen 5. maddesinin (a) bendinde de, ahlaka aykırı olmama ilkesi bir kez daha vurgulanmaktadır.

3.2.4. Dürüstlük ve Doğruluk

Reklamların dürüst ve doğru olması, Kanun'un 61. maddesinde belirtildiği gibi, Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 7. maddesinin başlığı da "Dürüstlük ve Doğruluktur". Doğruluk ve dürüstlük kuralı, Özel Hukuk'un en temel kurallarındandır. Somut bir ilkedir. Genel esası MK'nin 2. maddesinde düzenlenmiştir. Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, dürüstlük

31 http://www.tuketici.gov.tr/index.snet?wapp=reklamkurulukararlari_tr&open=2, 19.03.2014, saat: 15,41

ve doğruluk ilkelerine uygun davranmak zorundadır. Doğruluk ve dürüstlüğün kıstası ise, kişiden kişiye göre değişmez, ortalama bir insanın davranış biçimi, genel kıstas olarak kabul edilir. Rekabet hakkı da Anayasal bir haktır. Ancak bu hakkın da diğer haklar gibi dürüstlük ve doğruluk ilkelerine uygun bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Nitekim Kanun'un 61. maddesinde bu ilke belirtilmiş, Reklam İlkeleri Yönetmeliğinin "Temel İlkeler" başlıklı 5. maddesinin (a) bendinde de vurgulanmış ve aynı Yönetmelik'in 7. maddesinde de aynı başlık altında düzenlenmiştir. Daha önceki, Reklam İlkeleri Tebliği'nde reklamların dürüst ve doğru olması yanında, bir de gerçekçi olması isteniyordu ancak; reklamların abartı sanatı üzerine kurulu olduğu düşünülecek olursa, bunun çıkarılmış olmasının isabetli olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 7. maddesine göre; "Reklamların aşağıda belirtilen hususlara göre doğru ve dürüst olması esastır.

a) Reklamlar, tüketicinin güvenini kötüye kullanacak ya da onun tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar edecek biçimde olamaz.

b) Çok kısa sürelerle imaj veren elektronik aygıt ya da başka bir araç kullanılarak ya da yapılarını, izleyenlerin fark edemeyecekleri ya da bilemeyecekleri bir biçime sokarak bilinçaltıyla algılanmasını sağlayan reklamlar yapılamaz.

c) Reklamlar, özellikle aşağıda belirtilen konularda, eksik bilgi vererek, anlam karışıklığına yol açarak veya abartılı iddialar ileri sürerek yanlış izlenimler yaratmak suretiyle tüketiciyi doğrudan ya da dolaylı olarak yanıltabilecek ifadeler ya da görüntüler içeremez. Bunlar;

1) Malın yapısını, bileşimini, üretim yöntemi ve tarihini, amaca uygunluğunu, kullanım alanları ve imkanlarını, verim ve performansını, miktarını, ticari ya da coğrafi veya jeolojik kökeni, çevreye etkisi gibi özelliklerini,

2) Mal veya hizmetin değeri ve ödenecek gerçek toplam fiyatını,

3) Kiralama yoluyla satış, kiralama, taksitle satış ve kredili satış gibi diğer ödeme şartlarını,

4) Teslim, değiştirme, geri alma, garanti, bakım ve onarım şartlarını,

5) Telif haklarını; patent, marka, faydalı model, endüstriyel tasarım, coğrafi işaretler gibi sınai mülkiyet haklarını ve ticaret unvanlarını,

6) Resmi tanınma ya da onay, madalyalar, ödüller ve diplomalarını,

7) Sosyal amaçlı yardımları,

8) Hizmetlerin niteliklerini,

kapsar.

d) Reklamlarda, alıcının satın alma işleminden doğan mevcut yasal haklarının fazlasını sağlamayan bir garantiye yer verilemez. Ancak, garantinin ayrıntılı şartları ve alıcının zararını karşılayıcı önlemler açık biçimde reklamlarda belirtildiği ya da alıcı bu bilgileri satış yerinde yazılı olarak veya mal ile birlikte sağlayabildiği takdirde, "garanti", "garantili", "teminat", "teminat altında" veya aynı anlamı taşıyan başka kelimeler kullanabilir.

f) Kira yoluyla satış, taksitle veya diğer tüketici kredisiyle satış şartlarını içeren reklamlar, malın peşin fiyatı, teminat, ödeme takvimi, faiz oranı, malların toplam maliyeti ya da diğer satış şartları konusunda yanlış anlamaya yer verecek biçimde sunulamaz.

g) Kredi vermeye ilişkin reklamlarda; kredinin türü ve vadesi, istenen teminatlar ya da aranan diğer özellikler, geri ödeme koşulları, gerçek faiz ödemeleri ve olası diğer ödentiler konusunda tüketiciyi yanıltabilecek türde hiçbir ifade yer alamaz.

h) Reklamlar, araştırma sonuçlarını veya teknik bilimsel yayınlardan yapılan alıntıları çarpıtamaz. İstatistikler gerçekte olduklarından farklı sonuçlar doğuracak biçimde sunulamaz. Bilimsel terimler yanıltıcı biçimde kullanılamaz. Reklamlarda yer alan iddiaları, gerçekte sahip olmadıkları bir bilimsel temele sahipmiş gibi göstermek üzere bilimsel terminoloji ve yersiz bilimsel ifadeler kullanılamaz.

h) Zehirli, yanıcı, parlayıcı ya da patlayıcı olan malların taşıdığı tehlike ve risklerin, tüketicinin ve çevrenin güvenliği açısından, ambalaj ve/veya tanıtma ve kullanma kılavuzlarında açıkça belirtilmesi zorunludur."

Bu ilkeler, eski düzenlemede de aynen vardı, ufak tefek kelime değişiklikleri yanında bir hüküm çıkarılmış, bir hüküm eklenmiştir. Eski düzenlemede yer alan, "tasarruf edenlere ve yatırımcılara" yönelik reklamlarla ilgili bir düzenleme çıkarılmıştır. Bunun yerine, mahiyeti icabı tehlikeli olan mallarla ilgili uyarı yapma zorunluluğu getiren bir fıkra eklenmiştir. Ancak, ambalaj ve tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alması gereken bu uyarının, reklamlarla ilgisinin ne olduğu çok açık bir şekilde anlaşılamamaktadır.

Reklam Kurulu 2010/1064 sayılı kararında tüketicilerin reklamda eksik bilgilendirdiğini ifade ederek ilgili bankaya idari para cezası ve reklamları durdurma cezaları uygulamıştır. Kararın gerekçesine göre;

"..... Bankası A.Ş.'ye ait "İnternet Şubesi'nden Western Union'la para gönderin, alın, anında 20 TL para kazanın" sloganlı kampanyaya ilişkin olarak www.....com.tr adresli internet sitesinde kampanya detaylarına yer verilmesine rağmen; muhtelif adresli internet sitelerinde yayınlanan flash reklamlar içerisinde yer alan ".....com.tr'den Western Union ile para gönderin ya da alın, anında 20 TL ..... kazanın!", "Üstelik 5 kişiye 1.000 TL değerinde ..... hediye" ifadelerinde, kampanyadan Western Union ile ilk defa para gönderme veya para alma işlemi yapan ilk 2500 kişinin yararlanabileceği bilgisinin belirtilmemesi nedeniyle tüketicilerin eksik bilgilendirildiği ve bu durumun mevzuata aykırı olduğu gerekçeleriyle söz konusu reklâmların, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 5/a, 5/b, 5/e, 7/a, 7/c maddeleri hükümlerine uygun olmadığına,"[32]

3.2.5. Satışı Özendirici Reklamlar

Bu başlık altında düzenlenen konular daha çok, "promosyonlu satışlarla" ilgilidir. Promosyonlu satışlarla ilgili olarak özellikle, süreli yayınların yaptığı promosyonları düzenleyen, Kanun'un 55. maddesi çerçevesinde gerekli açıklamalar yapılacaktır. Ancak burada şu kadarını belirtelim ki; Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nde düzenlenen hususlar süreli yayınlarla sınırlı değildir, daha geniş bir alan düzenlenmektedir. Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 8. maddesinde yer alan bu düzenlemeden, satışı özendirici reklamın, "mal ve hizmetlere yönelik pazarlama tekniklerini uygulamak ve yarışmalar düzenlemek suretiyle yapılan satışlarla" ilgili reklamlar olduğu anlaşılmaktadır. An-

32 http://www.tuketici.gov.tr/index.snet?wapp=reklamkurulukararlari_tr&open=2,

cak, bu tanımlama içine her reklamın girmesi mümkündür. Yönetmelik'in 8. maddesinde yer alan bu hüküm şu şekildedir; "Mal veya hizmetlere yönelik pazarlama tekniklerini uygulamak veya yarışmalar düzenlemek suretiyle yapılan satışları özendirici reklamlarda:

a) Reklamı yapılan mal veya hizmetlerin satın alınması halinde müşteriye ayrıca hediye mal veya hizmetlerin veya ikramiyelerin de verileceği belirtiliyorsa, hediyeli veya ikramiyeli mal veya hizmetlerin piyasa değeri ve bunun uygulanma süresinin açıklanması, hediye mal veya hizmetlerin veya ikramiyelerin verilmesine ilişkin reklam veya ilânda süre ile ilgili açıklamanın dışında herhangi bir koşulun ileri sürülmemesi,

b) Reklamı yapılan mal veya hizmetlere ait belli sayıda kupon, etiket, kapak veya benzeri unsurların biriktirilip piyango veya ikramiye çekilişine katılma hakkını veren pazarlama tekniklerinin duyurulması halinde, promosyon süresi, ikramiye çekiliş sonuçlarının duyuruluş şekli, malın teslimi ile hizmetin yerine getirilme tarihinin açıklanması,

c) Reklamı yapılan mal veya hizmetlerle birlikte karşılıksız olarak verilen mal veya hizmetlerin ya da ikramiyelerin gerçek durumu yansıtması ya da taahhüt edilenden farklı olmaması,

gerekir."

3.2.6. Doğrudan Satış Reklamları

Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 9. maddesi, "Doğrudan Satış Reklamları" başlığını taşımaktadır. 10. maddede ise sipariş edilmeden gönderilen mallarla ilgili bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeler daha çok Kanun'un 48. maddesinde yer alan mesafeli satışlarla ilgilidir. Bu nedenle gerekli açıklamalar ilgili bölümde yer almıştır. Burada, mesafeli satışların reklamları ile ilgili olarak getirilen düzenlemeler yer almakta, 10. maddede ise çeşitli ülke kanunlarında düzenlenen sipariş edilmeden gönderilen mallara ilişkin bir düzenleme yer almaktadır (TKHK m. 7). Bu son düzenleme sadece reklamını değil, konunun kendisini de ilk defa düzenlemiş olmaktadır.

Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 9. maddesine göre, doğrudan satış reklamları, "Reklamı yapılan mal veya hizmetlerin alım satımının, kiralanmasının reklama cevap veren kişinin adresinde gerçekleştirileceği veya sağlanacağı mesajını veren" reklamlardır.

Bu gibi reklamlarda şu hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir:

"a) Reklama konu olan mal veya hizmetin, reklama cevap verenin adresine ulaştırılacağının belirtilmesi,

b) Reklama konu olan mal veya hizmetin tanımının yapılması ve fonksiyonlarının ve satış fiyatının açıklanması,

c) Reklama cevap verenin, satış temsilcilerinin adresine getirdikleri mal veya hizmeti geri çevirme hakkı olduğunun belirtilmesi,

zorunludur."

Yeni TKHK'nin 7. maddesinde konu özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre; ***"Sipariş edilmeyen malların gönderilmesi ya da hizmetlerin sunulması durumunda, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri sürülemez. Bu hâllerde, tüketicinin sessiz kalması ya da mal veya hizmeti kullanmış olması, sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanı olarak yorumlanamaz. Tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur."***

Bu madde TBK'nin 7. maddesi ile paraleldir. Buna göre; ***"Ismarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir."***

Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 10. maddesi ise, yine tüketicinin adresine gönderilen, ancak tüketicinin sipariş etmediği mallarla ilgili bir düzenleme getirmektedir. Tüketicinin sipariş etmediği malı göndererek, malı reddetmediği ya da geri yollamadığı takdirde parasını ödemek zorunda kalacağına dair reklam yapılamayacağı, bu hükümle belirtilmektedir. Yabancı hukuklarda, bu gibi durumlarda tüketicinin, bu malı kabule zorunlu olmadığı, sessiz kalmasının kabul anlamına gelmeyeceği, bu malın saklanması veya geri gönderilmesinden sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. 10. madde hükmünden, dolaylı olarak, aynı sonuçlara ulaşma imkanı bulunmaktadır. Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin "Sipariş Edilmeden Gönderilen Mallar" başlığını taşıyan 10. maddesine göre; "Reklamlar, tüketiciye sipariş etmediği malı göndererek, bunları reddetmediği ya da geri göndermediği takdirde bedelini ödemeye zorlayan ya da söz konusu malı kabul etmeye zorunluymuş izlenimini veren, dürüst olmayan satış yöntemleri için kullanılamaz."

3.2.7. Karşılaştırmalı Reklamlar

TKHK, karşılaştırmalı reklamları serbest bırakmıştır. Buna göre; ***"Aynı ihtiyacı karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir."*** Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 11. maddesi de "Karşılaştırmalı Reklamlar" başlığını taşımaktadır. Buna göre, karşılaştırmalı reklamların uyması gereken kurallar şunlardır:

"a) Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi,

b) Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi,

c) Dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması,

halinde yer verilebilir."

Önceki düzenlemede, rakiplerin kimliği belli olacak şekilde karşılaştırmalı reklam yapmak açık bir biçimde yasaklanmamıştı. Ancak, yukarıda, (a) bendinde de anlaşılacağı gibi, biraz dolambaçlı bir ifade ile de olsa, rakiplerin "mal, hizmet veya marka adının" belirtilmemesi gerekmektedir. Örneğin, rakibin ticaret unvanı veya işletme adı bu sayılanlara girmemektedir, bu durumda mukayeseli reklamda rakiplerin ticaret unvanı veya işletme adı belirtilebilecek midir? Kanaatimize göre, Bakanlık, karşılaştırmalı reklamlarda açıkça rakibin gösterilmesini önlemek istemiştir. Açık ifadeler olmasa bile, reklamdan kiminle karşılaştırma yapıldığı zımnen anlaşılabiliyorsa, bunu da yasaklamak, hükmü fazla geniş yorumlamak anlamına gelir. O zaman mukayeseli reklam yasaklanmış sonucu dahi çıkabilir. Kanaatimizce böyle bir yasaklama yersizdir. Çünkü, reklamda ileri sürülen hususların zaten kanıtlanması zorunluluğu olduğuna göre, yalan, yanlış veya aldatıcı reklamlar yapılamayacağına göre, isim dahi zikretmenin bir sakıncası olmaması gerekir. Kanun'un ifade şeklinden, serbestlik getirdiği anlaşıldığı halde, Yönetmelik'le yasaklamalar getirilmesinin isabet derecesi de tartışılabilir.

Rakibin ismi belirtilerek yapılan karşılaştırmalı reklamlarla ilgili tereddüt oluştuğu açıktır. Bu durumda, en azından rakibin uzun süreler çabalayarak yarattığı isimden haksız yere yararlanılma

sonucunun doğmaması istenmektedir[33]. Reklam İlkeleri Yönetmeliği de, aşağıda inceleyeceğimiz özel düzenlemelerle gerekli tedbirleri almıştır. Bir üreticinin, hiçbir yanlış bilgiye yer vermeden, örneğin bir bilimsel tarafsız kuruluşun yapmış olduğu mukayeseli deneyleri, esaslı noktaları da açıklamak suretiyle reklamında kullanması halinde, bu durum tüketicinin aydınlanmasını sağlar; bu nedenle aldatıcı olarak kabul edilmemesi gerekir[34]. Ancak bilimsel araştırma sonuçlarının bir kısmının yanlış anlaşılmalara yol açacak şekilde verilmesi, aldatıcı reklam olarak kabul edilir[35]. Nitekim Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 7. maddesinin (g) bendine göre; "Reklamlar araştırma sonuçlarını veya teknik ve bilimsel yayınlardan yapılan alıntıları çarpıtamaz. İstatistikler gerçekte olduklarından farklı sonuçlar doğuracak biçimde sunulamaz. Bilimsel terimler yanıltıcı biçimde kullanılamaz. Reklamlarda, yer alan iddiaları, gerçekte sahip olmadıkları bir bilimsel temele sahipmiş gibi göstermek üzere bilimsel terminoloji ve yersiz bilimsel ifadeler kullanılamaz." Aynı şekilde, tanıklı reklamlarda da benzer esaslar yer almaktadır. Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 12. maddesine göre; "Reklamlar, gerçek olmayan ve tanıklığına başvurulan kişinin tecrübesine dayanmayan hiçbir tanıklık ya da onay ifadesine yer veremez veya atıfta bulunamaz. Geçerliliğini yitiren veya başka nedenlerle uygulanamaz duruma gelen tanıklık ya da onay ifadeleri kullanılamaz."

Karşılaştırmalı reklamlarda tüketicinin aldatılmasının önlenmesi, rakiplerin isminin istismarının önlenmesi, söylenecek hususların doğru olması zorunluluğu gibi çeşitli tedbirler alınmış olduğuna göre, reklamın tüketicinin bilgilendirilmesi işlevini tam olarak yapabilmesi için rakibin ismini kullanmak gerekiyorsa, kullanılmasında bir sakınca olmaması gerekir. Bu nedenle, getirilen düzenleme bu yönden uygun olmamıştır.

3.2.8. Reklamlar ve Başka Firmalar

Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nde haksız rekabet hükümlerine paralel hükümler de yer almış bulunmaktadır. Yönetmelik'te yer alan haksız rekabet halleri bakımından Hukuk Mahkemeleri yanında, idari makamların da, doğrudan müdahale yetkisine olanak tanınmış olmaktadır. Bu hükümler açısından tüketicinin korunması ikinci planda kalmaktadır. Bu hükümler rakipleri korur duruma geçmiştir. Bu nedenle, tartışma konusu olabilecek niteliktedir. Şöyle bir durumla karşılaşmak mümkün olabilecektir: Örneğin, kötüleme nedeniyle rakip dava açmadığı halde, Reklam Kurulu reklam yapan firmaya Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin "Kötüleme" başlıklı 14. maddesine uygun davranmadığından para cezası verebilecektir. Ya da, kötülemeye dayalı olarak açılmış bir haksız rekabet davası devam ederken, Reklam Kurulu bir reklamı bu hükme göre yasaklayıp para cezası uygulayabilecektir. Bu başlık altında incelenmesi gerekli olan üç ayrı hüküm bulunmaktadır. Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 14, 15 ve 16. maddeleri, sırasıyla "kötüleme", "ticari itibardan haksız yararlanma" ve "taklit" başlıklarını taşımaktadırlar. Bu hükümler aşağıdaki gibidir: "Reklamlar, hiçbir firmayı, kurum veya kuruluşu, hiçbir endüstriyel, ticari veya diğer bir faaliyeti veya mes-

33 ARKAN, s.276; MOROĞLU, s.6

34 GÖLE, s. 83, 87 vd.

35 GÖLE, s.89,

leği, hiçbir malı veya hizmeti aşağılayarak ya da alay konusu ederek veya benzer herhangi bir biçimde kötüleyemez."

"Reklamlarda;

a) Bir başka firma, kurum ya da kuruluşun adı veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurları, tüketicinin aldanmasına yol açacak şekilde kullanılamaz.

b) Bir kişi adından veya bir başka firma, kurum veya kuruluşa ait ticari unvan ya da fikri mülkiyete sahip olunan yahut bir reklam kampanyası ile sağlanmış bulunan itibardan, haksız olarak yararlanılamaz."

"Reklamlar, başka reklamların genel düzenini, metnini, sloganını, görsel sunumunu, müzik ve ses efektlerini ve benzerlerini tüketiciyi yanıltacak ya da karışıklığa yol açacak biçimde taklit edemez."

3.2.9. Küçüklere Yönelik Reklamlar

Reklam İlkeleri Yönetmeliği çocuklara veya reşit olmayanlara, gençlere yönelik reklamlarla ilgili olarak da bazı kurallar getirmiştir. Buna göre, çocuklara veya reşit olmayan gençlere yönelik reklamların uyması gereken ilkeler şunlardır: "Çocuklara veya reşit olmayan gençlere yönelik olan veya onları etkileme olasılığı bulunan reklamlar ile içinde çocukların veya reşit olmayan gençlerin kullanıldığı reklamlar;

a) Saflıklarını, bilgi eksikliklerini ve tecrübesizliklerini istismar edemez.

b) Fiziksel, zihinsel, ahlaki, psikolojik ve toplumsal gelişim özelliklerini olumsuz etkileyecek hiçbir ifade ya da görüntü içeremez.

c) Bir mala veya hizmete sahip olmalarının ya da kullanmalarının veya yararlanmalarının tek başına yaşıtlarına göre fiziksel, sosyal ve psikolojik bir avantaj sağlayacağını veya bu mala veya hizmete sahip olmamanın veya yararlanmamanın aksi yönde bir sonuç yaratacağını ileri sürecek mesajlar içeremez.

d) Taklit edebilecekleri şiddet unsurlarını taşıyamaz.

e) Malın veya hizmetin fiyatı veya gerçek değerinin yanlış bir biçimde algılanmasına yol açacak şekilde verilemez. Reklamı yapılan malın veya hizmetin her aile bütçesine uygun olduğunu ifade edemez. Malın veya hizmetin kendilerine alınmasını ya da kiralanmasını sağlamak üzere ana-babalarını veya başkalarını ikna etmelerine yönelik doğrudan bir çağrıyı içeremez.

f) Malı veya hizmeti kullanmanın veya yararlanmanın gerektirdiği beceriyi, olması gerekenden az gösteremez. Malın veya hizmetin kullanma veya yararlanma sonuçları gösterilir veya tanımlanırken, hedef alınan yaş grubundaki ortalama bir çocuğun veya reşit olmayan bir gencin ulaşabileceği sonucu esas almak zorundadır.

g) Tehlikeli durumlara sokabilecek veya tanımadıkları kişilerle ilişki kurmaya ya da bilmedikleri veya tehlikeli yerlere girmeye teşvik edebilecek hiçbir ifade ya da görsel sunum veya hemen eyleme yönlendirici, emredici ifadeler içeremez.

h) Önlem alınmadığı takdirde kendilerinin yahut çevrelerinin sağlığına zarar verebilecek mal veya hizmetlerin reklamları, gerekli önlemlerin alınmasını sağlayan hatırlatıcı simge ve uyarıları kullanmak zorundadır.

i) Reklamı yapılan malın gerçek boyutları, değeri, özellikleri, dayanıklılığı ve performansı hakkında yanıltılmalarına neden olabilecek ifade veya görsel sunumlar içermemek; malın kullanımının ek malzeme gerektirmesi halinde ya da gösterilen veya tarif edilen sonucu alabilmek için başka malzemelere gerek duyulması halinde ise, bu durumun açıkça belirtilmesine ilişkin hususları içermek zorundadır.

j) Mal veya hizmetlerin satış veya kiralanmaları için sözleşme yapmalarını ima edecek ifadelere yer veremez.

k) Kendileri veya çevreleri için tehlikeli araç, gereç ve nesneleri kullanır veya oynarken gösteremez.

l) Ana-babalarına, öğretmenlerine veya diğer kişilere duyduğu özel güveni kötüye kullanılmasına yönelik ifade veya görsel sunumlar içeremez. Ana-baba ve öğretmenlerin otoritesini ve sorumluluk duygusunu veya yargılarını yahut zevklerini zayıflatacak veya ortadan kaldıracak biçimde olamaz.

m) Ana-babanın çocuklarına yönelik sevgi, şefkat, bağlılık gibi hassasiyetleri istismar edemez.

Bu tarz detaylı düzenlemeler yapmanın bazen sakıncaları da ortaya çıkabilir. Gençleri ve çocukları reklamların zararlı etkilerinden koruma endişesi, reklam sektörünün gereğinden fazla sınırlanması sonucunu da doğurabilir. Örneğin, yukarıdaki hükümlerden, (e) bendinde yer alan her aile bütçesine uygun olduğu ifade edilemez kuralı; (g) bendinde yer alan tanımadıkları kişilerle ilişki kurmaya ve tehlikeli yerlere girmeye teşvik edemez kuralı; (j) bendinde yer alan sözleşme yapmalarını ima edemez kuralı; (l) bendinde yer alan ana-baba ve öğretmenin zevklerini zayıflatamaz kuralı nasıl uygulanacaktır?

Her reklamın amacı, reklamı yapılan malın satışını sağlamaktır. Bu da sözleşmeler yapmak suretiyle olur. Tehlikeli yer ne demektir? Özellikle sosyal bakımdan tehlike anlayışı herkese göre değişir, tanımadığımız kişiler ile ilişki ne demektir? Örneğin, reklamda bir çocuğun, tanımadığı bir yaşlı ya da kör kişiyi karşıdan karşıya geçirse, bu durum, tanımadığımız kişilerle ilişki anlamına gelir mi? Ülkemizdeki tüm ana-babaların ve öğretmenlerin zevkleri aynı mıdır? Örneğin, klasik müzik veya arabesk müzik dinlemeyi aşağılayan bir reklam, klasik müzik veya arabesk müzik dinleyen ana-baba veya öğretmenlerin zevklerini zayıflatmak olarak yorumlanabilir mi?

Bu gibi düzenlemelerde tek tip olmaya yöneltmek yerine, "farklı" olmayı, özgür düşünmeyi ve yaratıcılığı özendirmeye çalışmak daha uygun bir tutum olurdu. Ana-babaların veya öğretmenlerin zevklerinin de aynen çocuklara geçmesini sağlamaya yönelik tedbirler almak, yaratıcılığı önleyici etkiler yaratacaktır.

3.3. CAN VE MAL GÜVENLİĞİNİ TEHLİKEYE DÜŞÜRÜCÜ REKLAMLAR

Kanun'un 61. maddesinin 3. fıkrasında, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu reklam yapılamayacağı belirtilmiştir. Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 5. maddesinin (c) bendinde ve 16. maddesinde aynı yönde hükümler bulunmaktadır. Burada şiddet hareketleri ve suç işlenmesi genellikle güvenlikle ilgili hususlar olduğu ve kamu sağlığı da bir çeşit can güvenliği olarak düşünülebileceğinden, Kanun'da ayrı ayrı sayılan bu üç husus aynı başlık altında toplanmıştır. Burada can ve mal güven-

liğinin tehlikeye düşürülmesi, şiddet hareketlerinin ve suç işlemenin özendirilmesi, kamu sağlığının bozulması, reklamın doğrudan kendi etkisiymiş gibi bir anlam çıkmaktadır. Burada anlatılmak istenenin, iki ayrı hususu kapsadığını kabul etmek lazımdır. Birincisi, reklamı yapılan malın bu etkileri doğurucu mahiyette olmasıdır. İkincisi ise, reklamdaki malın böyle bir etkisi olmasa bile, reklamın verilişinin bu etkileri doğurmasıdır. Örneğin bir çikolata reklamında bu çikolatayı yiyen çocukların arkadaşlarını dövebilecek güçte olduğunun reklamda vurgulanması böyle bir reklamdır. Çikolata, kendisi, şiddet eylemlerini özendirici olmadığı halde, reklamın mesajı şiddet eylemini özendiricidir. Öte yandan, bir tabanca reklamında, en etkili ve öldürücü silah falanca marka tabancadır, şeklindeki bir reklam, reklamı yapılan malın niteliği gereği güvenliği tehlikeye düşürücüdür. Tabi ki, bu kıstasın kullanılması her zaman yukarıdaki örnekler kadar net olmaz. Bu durumda, TKHK'nin 61. maddesinin 3. fıkrasında yer alan bu kıstasın nasıl uygulanacağı çok net değildir. Burada, sanırım güvenliği bozucu tehlikenin ciddiyeti, yakınlığı gibi hususlar incelenecektir. Ayrıca bir mal bir yandan yararlı, bir yandan da zararlı etkilere sahip olabilir. Örneğin, bir ilaç bir hastalığı iyileştirirken, öte yandan sağlığı bozucu yan etkiler doğurabilir. Bu gibi durumlarda da, bu kıstasın nasıl uygulanacağı belli değildir. Ancak her halde, malın zararlı etkileri ile olumlu etkilerinin karşılaştırılması ve olumlu yönlerinin daha fazla ve zararlı etkilere rağmen vazgeçilemez olduğu hallerde bu kıstas uygulanarak, o malın reklamının engellenmemesi gerekir. İlaç reklamları zaten kısıtlıdır. Ancak, ilaç örneği, en çarpıcı şekilde, çıkabilecek sorunu göstermektedir.

3.4. ZAYIF KİŞİLERİ İSTİSMAR EDİCİ REKLAMLAR

6502 sayılı Kanun'un 61. maddesinin 3. fıkrasında, bilgi ve tecrübesi noksan tüketicileri istismar edici reklamlar yanında hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklamlar da yasaklanmıştır. Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 6. maddesinin (d) bendinde, toplumun acıma duygularını istismar edecek şekilde, hasta, bebek, çocuk, yaşlı ve özürlülerle ilgili ifadeler ya da görüntüler kullanılmaz denmektedir. Aynı maddeye yeni eklenen (e) bendinde de, hastaların tedavi öncesi ve sonrasına ait görüntü ve ifadelere yer verilemeyeceği belirtilmektedir. Ayrıca Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 18. maddesinde küçüklere yönelik reklamlara ilişkin ilkeler özel olarak düzenlenmiştir. Yaşlılar, çocuklar, hastalar ve özürlüler diğer insanlara göre çeşitli açılardan eksiklikleri ve zayıflıkları olan kişilerdir. Bu kişilerin diğerlerine göre daha fazla sevgi, şefkat ve ihtimama ihtiyaçları vardır. Bu nedenle, bu kişilerin diğerlerinden farklı bir şekilde, özel olarak korunmaları yerinde olmuştur. Bu hükmün amacını da iki şekilde anlamak gerektiğini düşünüyoruz. Birincisi, burada sayılan kişilere yönelik reklamlarda, reklamın aldatma kabiliyetinin araştırılmasında ölçü olarak normal insanların değil, burada sayılan kişilerin kullanılmasıdır. Örneğin, çocuklara yönelik bir reklamın, yetişkin bir kişiyi aldatma kabiliyeti değil, vasat bir çocuğu aldatma kabiliyeti araştırılmalıdır. Bunun gibi çeşitli açılardan zayıf olan hastaların, yaşlıların, özürlülerin ve çocukların, reklamlar suretiyle aldatılarak istismar edilmeleri engellenmelidir. Aslında bu reklamlar da aldatıcı reklamdır. Kanun bu kişilere yönelik aldatıcı reklamları özel olarak düzenleyerek, yargıçlara, uygulayacakları kıstasları açıkça göstermek istemiştir. İkincisi, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu kişilere karşı toplumda genel bir hassasiyet vardır. Bu acıma hissi, vicdan, hakkaniyet duygusu, adalet ve diğer toplumsal değerlerden kaynaklanmaktadır. Belirli zayıflıkları olan kişilerin reklamlarda kullanılmak suretiyle ve onların bu zayıflıkları ön plana çıkarılarak,

toplumda onlara karşı oluşan, yukarıda belirttiğimiz hisleri, belirli bir malın veya hizmetin satışını arttırmaya yöneltmek de bu kişilerin istismar edilmesi anlamına gelir. Tabi ki bu kişilerin zayıflıkları ön plana çıkarılmadan, toplumda onlara karşı oluşan duyguları istismar etmek amaçlanmadan, bir mal veya hizmetin tanıtılması amacıyla bu kişilerin reklamlarda rol almasında herhangi bir sakınca yoktur. Burada ince bir ayrım vardır. Her olayın somut koşuluna göre, bu kişilerin kullanıldığı reklamlarda, zayıflıklarının vurgulanarak bu durumdan yararlanma kastının olup olmadığı veya reklamın böyle bir etkisinin olup olmadığı araştırılmalıdır.

3.5. ALDATICI REKLAM KISTASI

Aldatıcı reklamların, TTK açısından ne olduğu, yukarıda açıklanmıştır. TKHK; aldatıcı reklam tanımı yapmadan, doğrudan doğruya aldatıcı reklamın yasak olduğunu belirtmiş olduğundan, yukarıda yapılan tanımlama ve açıklamalar burada da geçerlidir. 61. maddenin 3. fıkrasında ayrıca, yanıltıcı reklamdan ve tüketicinin bilgi ve tecrübe noksanlıklarını istismar edici reklamlardan da bahsedilmektedir. Yanıltıcı reklamın aldatıcı reklam kabul edildiğini yukarıda belirtmiştik. Bilgisi ve tecrübesi eksik olan tüketicileri istismar eden reklamların da yasaklanmış olması, yine aldatıcı reklam kavramı içine girmektedir. Ancak aldatıcı reklamın saptanmasında, aldatma kabiliyetinin araştırılmasında, yukarıda ortalama bilgi ve tecrübeye sahip bir tüketicinin esas alınması gerektiğini belirtmiştik., Kanun açıkça, "bilgi ve tecrübe bakımından eksik tüketiciden" bahsettiği için, burada uygulanan kıstasın biraz daha düşürülmek istendiği sonucuna varabiliriz[36]. Amerikan Federal Ticaret Dairesi'nin "bilgisiz ve dikkatli olmayan tüketici" ölçütünü kullandığı bazı kararları bulunmaktadır; Alman Hukuku'nda da gelişmeler bu yöndedir[37]. İsviçre, İtalya ve Türkiye'de genellikle "vasat alıcı" kıstası kullanılmaktadır[38]. Ancak, TKHK'nin 61. maddesinin 3. fıkrası açıkça, tecrübe ve bilgisi eksik tüketicileri istismar edici reklam ve ilanların yapılamayacağını amirdir. Bu nedenle bir reklamın aldatma kabiliyetinin olup olmadığını araştırırken, kıstas olarak "bilgisiz ve tecrübesiz" bir tüketiciyi aldatabilip aldatamayacağı kullanılacaktır. Ancak, bu kıstasın uygulanmasında çok dikkatli olmak gerekmektedir. Bu kıstasın çok geniş olarak kullanılması halinde, tüm reklamların yasaklanması gibi istenmeyen bir sonuçla karşılaşılabilir. Somut olayın koşullarına göre, bu kıstasın mümkün olduğu kadar dar yorumlanması ve ortalama bir tüketici ölçüsüne yaklaştırılması gerekir. Çünkü saf, hiç düşünmeden karar veren bir tüketicinin aldanması, diğer tüketicilere oranla çok daha yüksektir[39]. Esasen Reklam İlkeleri

36 Yargıtay iltibasla ilgili bir davada ölçü olarak "malın bilhassa perakende alıcıları olan kimselerin normal içtimai durumu ve bilgi ve ayırt etmek seviyesini", esas alırken, bir diğerinde "orta seviyedeki müşterileri" bir başka kararında ise "vasat bir alıcıyı" ve 1973 yılında verdiği son bir kararda ise "orta-lama dikkat edenleri" göz önüne almıştır. GÖLE, s.76; GÖLE, aldatıcı reklamlarla ilgili olarak da haklı olarak Yargıtay'ın iltibasla ilgili davalarda benimsediği ve uyguladığı "ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketici" ölçüsünü, aldatıcı reklam iddialarında da benimsenmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak 16/1 maddedeki bu ibarenin kıstasın biraz daha düşürülmesi ve bilgisiz ve tecrübesiz kişilerin ölçü alınmasını gerektireceğini düşünüyoruz.

37 GÖLE, s.77-78

38 GÖLE, s. 78

39 GÖLE, s. 75

Yönetmeliği'nin çeşitli hükümlerinde ortalama tüketici ölçüsüne yer verilmiştir. Örneğin; 5. maddenin (e) bendine göre, "reklamlar, ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanır", 18. maddenin (f) bendine göre, "malın veya hizmeti kullanmanın gerektirdiği beceriyi, olması gerekenden az gösteremez. Ürünün kullanımının sonuçları gösterilir veya tanımlanırken, hedef alınan yaş grubundaki ortalama bir çocuğun ulaşabileceği sonucu esas almak zorundadır." Özellikle 5. maddenin (e) bendi temel ilke niteliğinde olduğu için önemlidir. Ancak TKHK'nin 61. maddesinin 3. fıkrasının açık ifadesi karşısında, Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin, bu hükmünün nasıl uygulanacağı mahkeme içtihatlarıyla ortaya çıkacaktır.

3.6. REKLAMLARDA YER ALAN İDDİALARIN İSPATI

6502 sayılı Kanun'un 61. maddesinin 6. fıkrasında, reklamlarda yer alan somut iddiaların ispatlanması zorunluluğuna ilişkin bir yeni fıkra eklenmiştir. Buna göre, ***"Reklam verenler ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlüdür."*** Buna paralel olarak, Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nde de bir düzenleme yer almıştır. Esasen aynı düzenleme eski Tebliğ'de de bulunmakta idi. Reklam İlkeleri Yönetmeliği'nin 13. maddesine göre:

"Doğrulanabilir olgularla ilgili tanımlamalar, iddialar ya da örnekli anlatımlar kanıtlanmak zorundadır.

Reklam verenler, bu Yönetmelikte belirlenen ilkelerin uygulanışını denetlemekle yetkili ve görevli olanlara böyle bir kanıtı hemen göstermekle yükümlüdür."

Böyle bir düzenlemenin Kanun'a girmiş olması yararlı olmuştur. Özellikle 77. maddedeki yaptırımların uygulanabilmesi, böylece ispat yükümlülüğünün idari bir yaptırıma bağlanması olumlu sonuçlar doğuracaktır.

3.7. REKLAMLARIN UYGUNLUĞUNDAN YÜKÜMLÜ OLANLAR

6502 sayılı Kanun'un 61. Maddesinin 7. fıkrasına göre; "Reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdürler". Böylece kanuni düzenlemelere, reklamlarla ilgili tüm tarafların uymak zorunda oldukları kurallar belirtilmek suretiyle, iki yönlü etki yaratılmış olmaktadır. Birincisi, reklama, kanuna aykırı hususları kimin koyduğunun belirlenememesi ve bu nedenle yaptırım uygulanamaması ihtimali ortadan kalkmıştır. İkincisi ve daha önemlisi, bu hüküm sayesinde reklama katılanlar birbirlerini denetleyeceklerdir. Aksi halde, her biri reklamlara ilişkin kurallara uymamak nedeniyle idari yaptırımlarla karşılaşabileceklerdir. Reklam İlkeleri Yönetmeliği de, "Yükümlülük" başlığını taşıyan 21. maddesinde, hem bu ilkeyi düzenlemiş hem de reklama katılanların kendi arasındaki ilişkiyi de belirlemiştir. Buna göre; "Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları veya aracıları Kanunun 16. (yeni 61) maddesi ile bu Yönetmelikte belirtilen ilkelere uymakla yükümlüdür."

Reklamcılar ya da reklam ajansları, Kanun'un 61. maddesine ve bu Yönetmelik'te belirtilen ilkelere uygun reklam hazırlayarak reklam verenin yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayacak biçimde çalışmak ve bu konuda onu uyarmak zorundadır.

Reklam veren, mal veya hizmetleri konusunda reklamcıya doğru ve gerçeklere uygun bilgi ve belge vermek zorundadır.

Reklam verenin, Kanun'un 61. maddesine ve bu Yönetmelik'te belirlenen ilkelere uygun olmayan reklamını daha sonra düzeltmesi ve telafi etmesi kendisinden beklenilen bir davranış olmakla birlikte, bu Yönetmelik'te belirlenen ilkelere aykırı hareket edilmesine mazeret oluşturamaz.

Reklamı yayımlayan, nakleden veya dağıtan veya sunan mecra kuruluşları veya aracıları reklamın kabulünde ve kamuoyuna sunulmasında gereken dikkat ve özeni göstermek zorundadır.

Bu düzenlemelerle, reklam veren, reklamcı ve reklam kuruluşlarının sorumluluklarının dayanacağı ilkeler belirlenmiş olmaktadır.

3.8. BANKA REKLAMLARININ İÇERİĞİ

Banka reklamlarının da bu kısımda yer alan kurallara tabi olacağına hiç şüphe bulunmamaktadır. Ancak bankalar özellikle tüketicilere yönelik olarak yaptıkları kredi reklamlarında belirttikleri kredi faizleri ile fiilen uygulanan ve diğer masraflarla birlikte hesaplanan faizler daha yüksek olabilmektedir. Bu konuda alınan şikayetlerin dikkate alınması sonucunda, 6502 sayılı kanunun 31. Maddesinin 4. Fıkrasına bu konuda bir hüküm koyulmuştur: Buna göre; "(4) Sözleşme öncesi bilgilendirme, sözleşmenin zorunlu içeriği, kapsam dışı sözleşmeler, tüketici ile kredi verenin hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, erken ödeme, efektif yıllık faizin hesaplanması, tüketici kredilerine ilişkin reklamların zorunlu içeriği, fesih hakkının kullanılması, temerrüt, kredinin devri, bağlı kredi ile diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir."

Çıkarılacak bir yönetmelik ile bankaların tüketici kredileri ile ilgili olarak yapacakları reklamların içeriklerine ilişkin düzenlemeler yapılacaktır.

4. TÜKETİCİNİN ALDATICI REKLAMLARA KARŞI BAŞVURABİLECEĞİ YOLLAR

4.1. TKHK ÇERÇEVESİNDE BAŞVURULABİLECEK YOLLAR

4.1.1. Ayıplı Maldan Doğan Seçimlik Haklar ve Tazminat

Reklamlarda bir malın belirli özelliklere sahip olduğu veya sahip olmadığı belirtilmekte ise, bunun bir vasıf vaadi olarak kabul edilmesi ve bu vasıflardaki noksanlıkların, malın ayıplı sayılması sonucunu doğurması söz konusu olacaktır. TKHK'nin 8. maddesi satıcı tarafından reklam ve ilan edilen vasıfların malda olmamasını, ayıp saymıştır. Yukarıda 3. bölümde, bu hususta verilen bilgiler çerçevesinde, tüketicinin orada belirtilen seçimlik hakları kullanması söz konusu olabilir.

Tüketici, maldaki vaat edilen vasıfların yokluğu nedeniyle maldan zarar görmüş ise, yukarıda 4. bölümde açıklandığı şekilde, bu zararların tazmini için dava açabilir. Ancak her aldatıcı reklam, 8. madde anlamında vasıf vaadi olarak değerlendirilmeyebilir, bu nedenle aldatıcı reklamlarla mücadelede, 8. madde ile verilen haklar yeterli değildir.

4.1.2. Reklam Kuruluna Şikayet

Tüketiciler bir reklamın, Reklam Kurulu tarafından incelenerek TKHK 63. ve 77. maddesinde yazılı tedbirlerin uygulanmasını isteyebilirler. Reklam Kurulu ticari reklamların uyması gereken ilkeleri belirlemek ve bunlara göre kanunun 61. maddesi çerçevesinde bunları incelemek ve denetlemekle görevlidir. Reklam Kurulu bu görevini, bir reklamı re'sen incelemek suretiyle yerine getirebileceği gibi, bir tüketicinin başvurusu üzerine de yapabilir.

Tüketici örgütlerinin, Reklam Kuruluna başvuru yapabileceklerine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, TTK 56. maddesi çerçevesinde tüketici örgütlerinin, haksız rekabet davaları açabileceğini belirtmiştik. 6502 sayılı Kanun'un 73 ve 74. maddelerine göre de tüketici örgütlerinin tüketici mahkemelerinde, tüketicileri ilgilendiren konularda dava açabilecekleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Tüketici örgütleri, tüketiciyi ilgilendiren konularda dava açabildiklerine göre, tüketiciyi aldatıcı olabilecek bir reklam ile ilgili olarak, Reklam Kuruluna da başvuruda bulunabilecekleri sonucuna ulaşmak gerekir.

Reklam Kurulu Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (b) bendinde bu husus açıkça yer almış bulunmaktadır. Ayrıca, Aynı Yönetmeliğin 9. maddesinde de, başvurulara ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre; "Kurula başvurular yazılı olarak yapılır. Başvuru sahibi gerçek ve tüzel kişinin adı veya ticari unvanı ve adresini içermeyen başvurular, Kurulca kabul edilemez. Şikayet edilen reklamın, yazılı ya da basılı olanlarının asılları dilekçesine eklenir. Eklenecek nitelikte olmayanların fotoğrafları başvuru sahibi tarafından sağlanır. Televizyon filmleri ve radyo reklamları kayıtları 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 28 inci maddesi uyarınca Kurulca Radyo Televizyon Üst Kurulundan temin edilir.

Ticari reklam ve ilanlarla ilgili olarak, Kurula intikal ettirilmek üzere, illerde Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüklerine de başvuru yapılabilir.

Kurul dışında reklamlarla ilgili olarak, Kurul'a intikal ettirilmek üzere illerde Sanayi ve Ticaret İl Müdürlükleri'ne de başvuru yapılabilir."

Reklam Kurulu, incelediği bir reklamın, kanuna veya kendi tespit ettiği ilkelere aykırı olduğu kanaatine ulaşırsa, reklamın geçici olarak durdurulması, kesin olarak durdurulması ve para cezası uygulanması ve aynı yöntemle düzeltilmesine karar verebilir. Reklam Kurulunun alabileceği kararlar ve bu durumda şikayeti reddedilenin veya aleyhine karar verilenin haklarının neler olduğu son bölümde, Reklam Kurulu başlığı altında incelenmiş olduğundan, burada tekrar edilmeyecektir. Ancak şu kadarını belirtelim ki Reklam Kurulu, 6502 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler nedeniyle, eskisine göre çok daha güçlü ve etkili bir kurul olarak faaliyet gösterecektir.

4.2. GENEL HÜKÜMLER ÇERÇEVESİNDE BAŞVURULABİLECEK YOLLAR

4.2.1. Borçlar Kanunu'nun Hileye İlişkin Hükümleri

TBK'nin 36. maddesine göre; "Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir." Tüketici, satıcının yaptığı aldatıcı bir reklam sonucunda, satıcı ile işlem yapmış ve satıcı bu reklamı, bu sonuca ulaşmak için yapmış ise, akdin feshi mümkündür. Burada dikkat edilecek olursa, iki önemli husus bulunmaktadır. Birincisi, aldatıcı reklamın satıcı tarafından yapılmış olmasıdır. Çoğu zaman reklam, satıcı tarafından değil,

üretici veya dağıtıcı firma tarafından yapılır Bu durumda, 36. maddenin 1. fıkrası uygulanamaz. İkincisi, hileden bahsedilebilmesi için aldatıcı davranışların kasten yapılmış olması gerekir. Reklam satıcı tarafından yapılsa bile, aldatma kastının varlığını kanıtlamak oldukça zordur[40].

Öte yandan, TBK'nin 36. maddesinin 2. fıkrasına göre; "Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir." Aldatıcı reklamın üçüncü bir kişi tarafından yapıldığı hallerde, ki yukarıda belirttiğimiz gibi durum genellikle böyledir, tüketicinin akdi fesih edebilmesi için satıcının bu durumu bildiğini veya bilmesi gerektiğini kanıtlaması gerekmektedir. Hile halinde dahi, tüketicinin yaptığı işlem geçerli olmakta, ama tüketiciye hileyi öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi fesih etme hakkı verilmektedir (TBK m. 39). Bu durumda tüketici bu akde dayanarak verdiklerini, sebepsiz zenginleşme veya istihkak davası hükümlerine göre geri isteyebilecektir. Ayrıca, varsa uğramış olduğu zararları da TBK'nin 49. vd maddelerine göre isteyebilir. Görüldüğü gibi, tüketicinin hileye dayanarak akdi fesih etmesi, özellikle ispat yükü açısından tüketici lehine kullanılabilir gibi görünmemektedir[41].

4.2.2. Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri

4.2.2.1. Genel Olarak

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, aldatıcı reklamlar aynı zamanda TTK'nin 55. maddesinin 1(a) fıkrasına göre haksız rekabet oluşturmaktadır. Haksız rekabet hükümleri çerçevesinde tüketicinin, aldatıcı reklamlar nedeniyle zarar görmesi durumunda dava açabilmesi mümkündür. Bu davalar, sadece aldatıcı reklamlara özgü değildir, 54. ve 55. maddede düzenlenen haksız rekabet hallerinin tümü için tüketicinin dava hakkı bulunmaktadır. TTK'nin 56. maddesi, haksız rekabet davalarını açma yetkisini, rakipler yanında müşteriler ve mesleki ve ekonomik birliklere de tanımış bulunmaktadır.

4.2.2.2. Haksız Rekabet Halleri

Haksız rekabet, TTK'nin 54. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır; "Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır."

TTK 55. maddesinde ise "Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar" 12 bent halinde sayılmıştır. Buna göre şu hususlar hüsnüniyet kaidelerine aykırı ve haksız rekabettir:

a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;

1. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek,

40 GÖLE, s. 147 vd.

41 GÖLE, s. 151

2. Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,

3. Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak,

4. Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak,

5. Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek,

6. Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur,

7. Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak,

8. Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak,

9. Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak,

10. Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek,

11. Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak,

12. İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak.

55. maddeye göre diğer haksız rekabet halleri ise şunlardır:

b) Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle;

1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek,

2. Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, hak etmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,

3. İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek,

4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek.

c) Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle;

1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak,

2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği halde, yararlanmak,

3. Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak.

d) Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

e) İş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur."

Aldatıcı reklamlar açısından 55 (1,a) bendi önem kazanmaktadır; çünkü, yukarıda da açıkladığımız gibi, genellikle aldatıcı reklamların bu bendin kapsamına girdiği kabul edilmektedir.

Haksız rekabet halleri, bu sayılan örneklerden ibaret değildir. Bunlar sadece örnektir, sınırlayıcı olarak sayılmış değildir.

4.2.2.3. Haksız Rekabet Nedeniyle Açılabilecek Hukuk Davaları

TTK'nin 56. maddesi, haksız rekabet nedeniyle açılabilecek davaları belirtmiş bulunmaktadır. Buna göre; haksız rekabet nedeniyle açılabilecek hukuk davaları şunlardan ibarettir.

(1) Tespit davası: Fiilin haksız olup olmadığının tespiti gayesi ile bir dava açılabilir. Bu davanın açılabilmesi için haksız rekabet fiilinin devam etmekte olması gerekir. Bu davanın arkasından genellikle durdurma ve tazminat davaları gelecektir[42].

(2) Men Davası: Devam etmekte olan bir haksız rekabetin durdurulması, önlenmesi için açılır. Eğer haksız rekabet bir kez yapılıp bitmiş ise bu dava açılamaz. Bu dava ile haksız rekabeti yapan kişiye, bu duruma son verilmesi emredileceği için bir edim davasıdır[43].

42 Ayrıntısı için bkz. MİMAROĞLU, s. 413; ARKAN, s. 281; GÖLE, s. 175; KARAYALÇIN, s. 468

43 GÖLE, s. 177; MİMAROĞLU, s. 414; ARKAN, s. 282; KARAYALÇIN, s. 469

(3) Ref'i davası: Bu davanın amacı haksız rekabet yapılmadan önceki halin iadesinin sağlanmasıdır. Haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet, yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini istemek mümkündür[44].

Özellikle aldatıcı reklamlar açısından, bu davanın çok önemli olduğu açıktır. Aldatıcı reklamlarla verilen mesajlar, reklamın durdurulmasına karar verilmiş olsa bile, bir süre daha etkisini sürdürecektir. Bu etkilerin silinmesi, eski halin iadesi için şarttır. 56. maddenin (c) bendi hakime açıkça "haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması", "haksız rekabet, yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanın düzeltilmesi" görevini vermiştir. Bu düzeltmenin ne şekilde yapılacağının belirtilmemiş olması, bir boşluk olarak değerlendirilemez[45]. Her ne kadar 59. maddede davayı kazanan tarafın talebiyle, masrafları haksız çıkan taraftan alınmak üzere hükmün kesinleşmesinden sonra ilan edilmesine karar verilebilirse de bu, yeterli değildir. Kanun, davanın amacını ve bu dava ile elde edilmesi gereken sonucu açıkça belirtmek suretiyle, bu sonuca ulaşılacak uygun yolu bulma konusunda hakime geniş bir "takdir yetkisi" vermiştir. Kanun koyucu 59. maddede, ilanın ne şekilde yapılacağı konusunda hakime açıkça bir takdir yetkisi vermiş bulunmaktadır. Burada da zımnen bu takdir yetkisinin verildiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla; yukarıda belirttiğimiz gibi, düzeltici reklamlar yolu ile aldatıcı reklamın devam eden etkilerinin ortadan kaldırılarak, eski halin iadesinin sağlanmasına karar verilmesi mümkündür. Bugüne kadar bu yola başvurulmamış olması, bundan böyle de başvurulamayacağı anlamına gelmez. Kanaatimizce; davada düzeltici reklam yapılmasına karar verilmesine 56. maddenin (c) bendinin hem lafzı hem de ruhu uygundur.

(4) Maddi tazminat davası: Haksız rekabet sonucunda bir zarar doğmuşsa ve haksız rekabette bulunan kusurlu ise, maddi tazminat davası açılabilir[46]. Tazminat olarak fiilen uğranılan zararın kanıtlanmasında zorluk olan hallerde hakim, haksız rekabet neticesinde, davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir.

(5) Manevi tazminat davası: TBK'nin 58. maddesinde gösterilen şartlar varsa, manevi tazminat davası da açılabilir[47].

Tazminat davaları dışında kalan diğer haksız rekabet davalarının açılabilmesi için, haksız rekabette bulunanın kusurlu olması aranmaz.

Bu davalar; davaya hakkı olan tarafın, bu hakkın doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her halde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki; ceza kanunları gereğince daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi olan cezayı müstelzim bir fiil işlenmiş bulunursa, bu müddet hukuk davaları hakkında da geçerlidir. Men davaları, mahiyeti gereği olarak zamanaşımına tabi değildir[48].

44 MİMAROĞLU, s. 414; ARKAN, s. 282; GÖLE, s. 179; KARAYALÇIN, s. 468

45 GÖLE, s. 181'de bu durumu boşluk olarak değerlendirmektedir.

46 GÖLE, s. 182; MİMAROĞLU, s. 415; ARKAN, s. 282; KARAYALÇIN, s. 469

47 MİMAROĞLU, s. 415; GÖLE, s. 184

48 GÖLE, 200; MİMAROĞLU, s. 414; ARKAN, s. 288

Bazı hallerde dava açmak yeterli bir çözüm olmayabilir. Çünkü dava sonuçlanıncaya kadar reklam amacına ulaşır veya haksız rekabet nedeniyle, ileride telafi edilmesi mümkün olmayacak zararlar doğabilir. Bu nedenle, haksız rekabetin bir an önce önlenmesi gerekebilir. TTK'nin 61. maddesinde, bu gibi durumlar için, belirli koşullarla ihtiyati tedbir kararı verilebileceği kabul edilmiştir[49]. Buna göre "Dava açma hakkını haiz bulunan kimsenin talebi üzerine mahkeme, mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde öngörüldüğü gibi haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin önlenmesine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve diğer tedbirlere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre karar verebilir."

Men ve ref'i davalarının sonucunda bir kimse aleyhine verilmiş olan hüküm, haksız rekabete mevzu olan malları, doğrudan doğruya veya dolayısıyla ondan elde etmiş olan şahıslar hakkında da icra olunur. Kural olarak, bir ilam kimin aleyhinde alınmışsa, onun aleyhine icra olunur. 58. maddenin son fıkrasında bu kurala bir istisna getirilmiş bulunmaktadır[50].

4.2.2.4. Davacılar

56. maddeye göre bu davaları;

(1) haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimseler açabilirler. Bu kimseler rakipler veya rakip olmayan tacirler olabilir.

(2) Ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler de birinci fıkradaki davaları açabilirler, ancak araçların ve malların imhasını isteyemezler.

(3) Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da birinci fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davaları açabilirler."

Tüketiciler, müşteri sıfatıyla yukarıdaki tüm davaları açabilirler. Tüketicilerin bu davaları açabilmeleri için, haksız rekabetten ya da konumuz açısından, özellikle aldatıcı reklamdan zarar görmüş olmaları ya da böyle bir tehlikenin varlığı yeterlidir[51]. Avrupa Toplulukları Konseyinin Aldatıcı Reklamlar Hakkındaki Yönergesi'nde, tüketicinin zarar görme ihtimalinin varlığı, dava açabilmesi veya idari makama başvurabilmesi için yeterli görülmüştür.

Nitekim tüketici örgütlerinin dava açabileceği 56. maddede açıkça belirtilmiştir [52]. Tüketici örgütlerinin dava açabilmesi için tüzüklerinde tüketicinin ekonomik menfaatlerini korumayı amaç-

49 GÖLE, s.172; MİMAROĞLU, s. 417; KARAYALÇIN, s. 467

50 ARKAN, s. 287; POROY, Ticari İşletme Hukuku, s. 205

51 GÖLE, s.187; MİMAROĞLU, s. 407

52 Tüketici örgütleri mesleki veya iktisadi birlik olmadıkları halde, bu sonuca yapılan yorumla ulaşılmaktadır. Tüketicinin korunması açısından tüketici örgütlerine dava açma hakkının verilmesi yerinde olacağı gibi kanun esnaf derneklerine dava açma hakkını açıkça tanımış olduğundan tüketici örgütlerinin de dernek olarak bu hakkı kullanmalarında bir sakınca görülmemektedir. Bkz. GÖLE; s. 189; KARAYALÇIN, s. 473; ARKAN, s. 286

ladıklarının belirtilmiş olması gerekir. İkincisi, kendi veya şubelerinin üyelerinden en az birinin haksız rekabet davalarını açma hakkının doğmuş olması gerekir[53]. Tüketici örgütleri yukarıda belirtilen davalardan sadece tespit, men ve ref'i davalarını açabilirler. Tazminat davalarını açamazlar.

4.2.2.5. Davalılar

Haksız rekabet davaları, haksız rekabetin oluş şekline göre çeşitli kişilere yöneltilebilir.

(1) Her şeyden önce doğrudan doğruya haksız rekabeti yapan "fail" hakkında açılabilir. Nitekim TTK'nin 58. maddesinin (1). fıkrasına göre; ***"Haksız rekabet, her türlü basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleriyle, ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmişse, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, ancak, basında yayımlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayımlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir",***

(2) Bundan başka, eğer haksız rekabet fiili bir müstahdem veya işçi tarafından vazifesinin yerine getirilmesi sırasında işlenmişse, müstahdem veya işçi yanında, istihdam edene karşı tespit, men ve ref'i davaları açılabilir. Bu davalarda istihdam eden, TBK'nin 66. maddesinde belirtilen kurtuluş beyyinesinden yararlanamaz. Buna karşılık, tazminat davalarında TBK'nin 66. madde hükümlerine göre hareket edilir[54].

(3) Haksız rekabet fiilinin basınla işlenmesi halinde tespit, men ve ref'i davaları, yazı sahibi veya ilan veren aleyhine açılır. Ancak, yazı veya ilan, ilgilinin haberi olmaksızın ya da rızalarına aykırı olarak yayınlanmışsa; yazı sahibi veya ilan verenin kim olduğunun açıklanmasından kaçınılırsa ya da diğer nedenlerden ötürü yazı sahibi veya ilan verenin ortaya çıkarılması, aleyhlerine bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa; bu davalar, yazı işleri müdürü, ilan söz konusu ise ilan servisi şefi, bunlar belli değilse yayımcı, bu da gösterilmemişse matbaacı aleyhine açılabilir. Yazı işleri müdürü, yerine göre ilan servisi şefi, yayımcı ve matbaacının kusurları yoksa bunlar aleyhine tespit, men, ve ref'i davaları, ancak kanundaki sıra gözetilerek açılabilir. Ancak yazı işleri müdürü, ilan şefi veya matbaacının kusuru varsa dava, sıraya bakılmaksızın kusurlu olan aleyhine açılır. Bunlar aleyhine açılacak tazminat davaları TBK hükümlerine tabidir (TTK m.58). Nitekim TTK'nin 58. maddesinin 1. fıkrasının ikinci bölümüne göre; "ancak;

a) Yazılı basında yayımlanan şey, program, içerik, görüntü, ses veya ileti, bunların sahiplerinin veya ilan verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanmışsa,

b) Yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılırsa,

c) Başka sebepler dolayısıyla yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, sesin, iletinin sahibinin veya ilan verenin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa,

53 GÖLE, s. 188 vd

54 GÖLE, s. 192; ARKAN, s. 286; MİMAROĞLU, s. 410

Yukarıda anılan davalar, yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine açılabilir.

(2) Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, aynı fıkrada sayılan kişilerden birinin kusuru hâlinde sıraya bakılmaksızın dava açılabilir.

(3) 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentlerinde yazılı davalarda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

(4) Haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, bu maddenin birinci fıkrasındaki davalar hizmet sağlayıcısı aleyhine açılamaz; tedbir kararı verilemez. Mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir."

(4)Belirtmek gerekir ki, iki durumda üçüncü kişiler aleyhine dava açılması kabul edilmiştir. Birincisi 55. maddenin 2. fıkrasının son kısmında yer alan durumdur. Buna göre; üçüncü kişiler hakkında onların durumları hakkında yanlış veya yanıltıcı beyanlarda bulunarak, rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek haksız rekabettir. Bu durum da, bu beyanlarda bulunanlar yanında, üçüncü kişiler hakkında da haksız rekabet davası açılabilir[55]. Burada özellikle aldatıcı reklamlarla ilgili olarak, reklam veren kişi üçüncü kişi durumunda olacağından, bizim konumuz açısından bu hüküm önem taşımaktadır. Aldatıcı reklamı yapan reklam ajansıdır. Ancak ona bu reklamı yapmasını emreden, reklam veren ve reklamı yapılan kişidir. Reklam ajansı, aldatıcı reklamı yapması nedeniyle fail durumundadır. Reklam veren ise üçüncü kişi durumundadır. Burada istihdam eden ilişkisi varsa, TTK'nin 57. maddesinin 1. fıkrasına göre reklam veren aleyhine de haksız rekabet davaları açılabilecektir. Eğer koşulları varsa tazminat davası da açılabilir[56]. İkincisi, TTK'nin 55. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen durumlardır. TTK'nin 55. maddesinin 5. fıkrasına göre, iltibasa yol açan malları, durumu bilerek ya da bilmeyerek satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak, bir haksız rekabet halidir. Haksız rekabet davası, burada iltibasa yol açan malları elinde bulunduran üçüncü kişi aleyhine açılacaktır [57].

4.2.2.6. İspat Yükü

Tüketicilerin aldatıcı reklamlara karşı açacakları haksız rekabet davalarında ispat yükünün dağılımı nasıl olacaktır? MK'nin 6. maddesine göre, herkes iddiasını ispat etmek zorundadır. Bu durumda bir reklamın aldatıcı olduğunu iddia eden tüketicinin, bu reklamın aldatıcı olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Ancak tüketicinin bir reklamın aldatıcı olduğunu kanıtlayabilmesi için, elinde

55 MİMAROĞLU, s. 410

56 Ayrıntısı için bkz. GÖLE, s. 195 vd

57 GÖLE, s. 194; MİMAROĞLU, s. 410

ne reklamla ilgili herhangi bir belge, ne de bu reklamın özelliklerini gösterebilecek teknik bilgi vardır. Bir reklamın gerçeği yansıttığını ve yanıltıcı olmadığını ispat edecek deliller ve teknik bilgi reklam yapan kişinin elindedir. Reklam yapan için bu hususların kanıtlanması çok daha kolaydır[58]. Bu durumda ispat yükünün tüketici üzerinde bırakılması, daha başlangıçta tüketicinin davayı kaybetmesi anlamına gelecektir.

Avrupa Toplulukları Konseyi'nin Aldatıcı Reklamlarla İlgili Yönergesi'nin 6. maddesine göre "Üye Devletler 4. maddede düzenlenen hukuk davalarında veya idari incelemelerde mahkemeleri ve idari makamları aşağıdaki hususlarda yetkilendirirler;

(a)reklam yapanın ve davadaki diğer tarafın meşru menfaatleri dikkate alındığında gerekli görülüyorsa veya böyle bir gereklilik olayın şartlarına göre ortaya çıkmışsa reklam yapana reklamdaki iddiaların doğruluğunu kanıtlamasının istenmesi,

(b)(a)'ya göre gerekli delillerin verilmemesi veya verilen delillerin mahkemece veya idari makamca uygun kabul edilmemesi halinde iddiaların yanlış kabul edilmesi."

Görüldüğü gibi Topluluk Hukukunda açıkça ispat yükü reklam yapanın üzerine bırakılabilecektir. Yargıca bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanınmış bulunmaktadır. Aynı şekilde, Türk Hukuku açısından bakıldığında da reklamın aldatıcı olduğunun kanıtlanmasının tüketici için imkansız olduğu hallerde, reklamın aldatıcı olmadığının, reklam veren tarafından kanıtlanmasının istenebilmesi gerekir. Adil çözüm tarzı budur. Aksi halde kanunda yazılmış olan hakların fiilen kullanılamaması gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Kanun koyucunun böyle bir sonucu istemiş olması mümkün değildir.

4.2.2.7. Ceza Davaları

TTK'nin 62. maddesinde haksız rekabet fiiline bazı cezai yaptırımlar uygulanacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre;

(1) 55. maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler,

(2) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerininkine tercih edilmesi için, kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler,

Burada, yanlış veya yanıltıcı bilgide mevsuf kast aranmıştır, gaye, teklif veya icabın tercihini sağlamak olacaktır[59].

(3) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştıranın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar,

(4) Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler,

56. madde gereğince hukuk davası açmaya hakkı olanlardan birinin şikayeti üzerine, ceza mahkemesince, iki yıla kadar veya adli para cezası ile cezalandırılırlar.

58 GÖLE, s. 204

59 POROY, Ticari İşletme Hukuku, s. 206

Görüldüğü gibi, 62. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen cezai yaptırımlar şikayete bağlı suç niteliğindedir. Aldatıcı reklamların, kendi teklif veya icaplarının kabulü gayesi ile yapıldığı hallerde, tüketicilerin ve tüketici örgütlerinin, aldatıcı reklam yapan hakkında şikayette bulunmaları mümkündür.

5. HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALAR

TTK 54 maddesi haksız ticari uygulamaları genel olarak haksız rekabet olarak kabul etmiştir. Nelerin haksız ticari uygulama sayılacağına ilişkin olarak ise özel bir ayrıma gitmeden genel olarak haksız rekabet sayılabilecek davranışlar arasında 55 maddede saymıştır. Burada genel haksız rekabet düzenlemelerine değinilmeyecektir.

TKHK'nin 62. maddesinde haksız ticari uygulamalar düzenlenmiştir. Hükmün 1. fıkrasına göre; ***"Bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Özellikle aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar ile yönetmelik ekinde yer alan uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir. Tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamalar yasaktır."***

Birinci fıkrada, tüketici işleminde tüketicinin karşısında bulunan, satıcı, sağlayıcı, kredi veren, üretici, ithalatçı gibi ticari uygulamada bulunanlar tarafından, tüketicinin kararını etkileyebilecek her türlü haksız ticari uygulama yasaklanmıştır. Tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamaların yasaklanmasının amacı, tüketicinin hukuki işlemler yaparken özgür iradelerini tam olarak kullanmalarını ve etki altında kalmadan karar verebilmesini temin etmektir. Ticari uygulamada bulunanın, tüketicilere yaptığı uygulamalarda mesleki özenin gereklerine uymaları gerekmektedir.

Ayrıca ticari uygulama, ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin, mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini bozmamalıdır. Özellikle aldatıcı veya saldırgan nitelikteki ticari uygulamalar haksız olarak nitelendirilmektedir. Haksız ticari uygulamaların yasaklanması ile tüketicilerin bilinçli olarak karar vermelerine imkân tanınacak ve aksi halde vermeyeceği bir satın alma kararının önüne geçilmesi sağlanacaktır. Örneğin; tüketiciye mal veya hizmetin niteliği veya menşei hakkında veya müteşebbisin özellikleri hakkında yanlış bilgi verilmesi veya tüketicinin karar vermesi için gerekli olan bazı bilgilerin kendisinden saklanması hallerinde, haksız ticari uygulamaların varlığı kabul edilecektir[60].

Haksız ticari uygulamalar AB mevzuatında da tanımlanmış ve düzenlenmiştir. Ancak, 6502 sayılı Kanun'a sadece tanım alınmış diğer hususlar yönetmeliklerle düzenlemek üzere Bakanlık yetkisine bırakılmıştır. Bu şekilde sınırları tam olarak gösterilmeden idareye verilen yetkilerin kullanılması, adeta yasama yetkisinin devri gibi olmaktadır. Bu itibarla, hukuk

60 Madde gerekçesinden

devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile ne ölçüde bağdaşacağı tartışılabilir. Hükmün tanım kısmı, tek başına oldukça soyuttur. Bunu somutlaştıran diğer hükümler olmadığında, başlı başına bu soyut hükümlerin uygulanması dahi sorun yaratabilecek niteliktedir.

Bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ne demektir? Mesleki özenin sınırlarını kim belirleyecektir? Bu hükmün Reklam Kurulu tarafından uygulanacağı düşünülürse, idareye böyle belirsiz kavramlar aracılığı ile çok geniş yetkiler verilmiş olur. Haksız ticari uygulamanın ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin, mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Birçok reklam ve tanıtım tüketicinin ekonomik davranış biçimini etkiler ve değiştirir. Bu hükmün bu cümlesi, haksız ticari uygulama diye başlayıp haksız sayılır diye bitmektedir. Yani, tüketiciyi etkileyen her davranışın ve uygulamanın haksız sayılması mümkün görünmektedir. Özellikle, aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar ile yönetmelik ekinde yer alan uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir. Birçok firmanın kendisini agresif ya da saldırgan politikalar izleyerek örneğin ucuz fiyat politikalarıyla, hakim veya lider şirketleri zorlayıp onlardan müşteri almaları ve böylece piyasada rekabet yaratmaları dahi bu kapsama girebilir. Dolayısıyla, bu hükmün uygulanması gerçekten çok titizlik gerektirecektir.

Aynı hükmün ikinci fıkrasıyla ispat yükü ters çevrilmektedir. Bu hükmü uygulayacak makamın idare olduğu düşünüldüğünde, ispat yükünün ters çevrilmesi tüm temel hukuk kurallarına aykırıdır. Hükme göre; "Ticari uygulamanın haksız olduğunun iddia edilmesi hâlinde, ticari uygulamada bulunan, bu uygulamasının haksız ticari uygulama olmadığını ispatla yükümlüdür." Hükmün gerekçesinde ise, Reklam Kurulu tarafından yapılacak incelemeler ve araştırmalarda, ticari uygulamada bulunanın, bir ticari uygulamaya ilişkin somut iddialarının doğruluğuna ilişkin delil sunmak zorunda olduğu belirtilmektedir. Bu delillerin sunulmaması ya da yetersiz bulunması halinde, somut iddiaların doğru olmadığı kabul edilecektir. Burada, aldatıcı reklamlarla ilgili olarak getirilen düzenlemeye benzer bir düzenleme getirilmiş olmaktadır. Ancak, haksız ticari uygulamalar aldatıcı reklam değildir. Öyle olsa idi, zaten ayrıca böyle bir düzenlemeye gerek olmayacaktı. Aldatıcı reklamlardan farklı olarak, haksız ticari uygulamaların da haksız olmadığının ilgili kişi tarafından kanıtlanacak olması, ciddi hukuki sorunlar yaratmaya gebe gibi görünmektedir. Bu tabi ki Bakanlık'ın nasıl bir ikincil düzenleme yapacağı ve Reklam Kurulu'nun hükmü nasıl uygulayacağı ile de ilgilidir.

Doğal olarak, haksız ticari uygulamanın reklam yoluyla gerçekleştirildiği hâllerde bu Kanun'un 61. maddesi hükümleri uygulanır.

TKHK'nin 62. maddesinin (4). fıkrasına göre; "Haksız ticari uygulamaların tespit edilmesine ve bunların denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile her hâlükârda haksız ticari uygulama olarak kabul edilecek uygulamalar yönetmelikle belirlenir."

Bakanlığın, konu hakkındaki Konsey Yönergesi'nin ekinde yer alan haksız ticari uygulama örnekleri ile aldatıcı ve saldırgan nitelikteki uygulamalara ilişkin ayrıntılara bu yönetmelikte yer vermesi beklenmektedir.

BÖLÜM VI

Tüketici Sorunlarının Çözümü

1. GENEL OLARAK

4077 sayılı ve 23.2.1995 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair 4822 sayılı ve 6.3.2003 tarihli Kanun ile değiştirilmiş ve 14.03.2003 Tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Yapılan değişikliklerin en önemli ve en çarpıcı yönü, Bakanlık'a hemen her konuda çeşitli yetkiler vermiş olmasıdır. Kanun adeta bir çerçeve kanun gibi düşünülerek, hemen hemen her konuda bakanlığa bu çerçevenin içini doldurma yetkisi verilmiştir. 6502 sayılı Kanun'da ise eski kanunlara göre daha kapsamlı esasa ilişkin düzenlemeler yapılmış bulunmaktaysa da, yine pek çok yönetmelik ve düzenlemelerle idari makamlar tarafından doldurulacak boşluklar bırakılmıştır. Kanun'da, her ne kadar önceki Kanun kadar tanımını yapıp gerisini Bakanlık'a bıraktığı müesseseler bulunmuyorsa da, Bakanlık'a verdiği çok geniş yetkiler nedeniyle, halen çerçeve Kanun niteliğinden söz etmek mümkündür. Aşağıda idari makamların Kanun'un uygulanmasında oynayacağı rolleri üzerinde durulmadan sadece reklam Kurulu, Tüketici Hakem Heyetleri, Tüketici Mahkemeleri ve para cezaları üzerinde durulmuştur. Ayrıca tüketici örgütlerinin de tüketici sorunlarının çözümünde önemli bir rolü olduğundan kısaca bunlara da değinilmiştir.

2. REKLAM KURULU

2.1. GÖREVLERİ VE YETKİLERİ

2.1.1. Genel Olarak

TKHK'nin 63. maddesi ile bir Reklam Kurulu kurulmuştur. Reklam Kurulunun görevleri Kanun'da şu şekilde sayılmıştır.

- Ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme ve
- haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapma,
- bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetim yapma,

- inceleme ve denetim sonucuna göre durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verme

- ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme; eski Kanun zamanında, reklam kurulu bu ilkeleri belirlerken ülke koşullarını ve reklamcılık alanında evrensel kabul görmüş tanım ve kuralları dikkate alacaktır şeklinde bir düzenleme vardı. Bu hüküm çıkarılmıştır. Çıkarılma gerekçesini anlamak zordur. Reklam Kurulu, en genel anlamda takdir yetkisi kullanırken zaten bu hususları dikkate almayacak mıdır? Bunlar çıktığına göre artık bunlara dikkat etmeden reklam ilkeleri belirleyebilir mi? Bizce belirleyememesi gerekir.

- haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapma, bu yetki daha önceki Kanun zamanında yoktu; çünkü Kanunda haksız ticari uygulamalar düzenlenmemişti; ancak şimdi düzenlenmiştir ve bu hükmün uygulanması da Reklam Kuruluna bırakılmıştır.

- inceleme ve denetim sonucuna göre üç ayrı yaptırım uygulama hakkı ve yetkisi olduğu anlaşılmaktadır: 1. durdurma veya 2. aynı yöntemle düzeltme veya 3. idari para cezası. Gerekli olması halinde bir de geçici tedbir niteliğinde bir karar alma yetkisi vardır. Buna göre, Reklam Kurulu gerekli görülen hâllerde üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verme yetkisine de sahiptir.

2.1.2. Geçici Durdurma

Reklam kurulu, inceleme sonucunda ve Kanun'un 61 veya 62. maddesine aykırılık tespit edilirse; reklam veya haksız uygulamayı üç aya kadar tedbiren durdurma kararı verilebilir. Durdurmanın tedbiren ve üç aya kadar bir süre ile olacağı belirtildiğine göre, Reklam Kurulu'nun bir reklamın kesin olarak yayımdan kaldırılmasını isteme hakkının olup olmadığı belli değildir. Üç aya kadar tedbiren durdurma yetkisinin, durdurma ve/veya aynı yöntemle düzeltmeyi isteme yetkisine ek bir yetki olarak getirildiği anlaşılmaktadır. Ancak bu yetkinin ne zaman, hangi şartlarla kullanılabileceği net değildir. Eğer inceleme sonuçlanmış ve bu sonuca göre karar verilecek ise, ki madde ifadesi bu şekildedir, niçin sadece durdurma verilmeyecek de, üç aya kadar geçici durdurma verilecektir? Bu üç ay içinde ne değişecektir? Bizim kanaatimize göre, bunu bir çeşit ihtiyati tedbir olarak kabul etmek gerekmektedir. Metin içinde tedbiren denmesi de bu yaklaşımı destekler niteliktedir. Ayrıca durdurma yetkisi olduğuna göre, inceleme sonuçlandıktan sonra geçici durma kararı vermek anlamlı değildir. Buradan, Reklam Kurulu'nun henüz incelemesini tamamlamadan, ilk inceleme sonucunda, bir reklamın, inceleme sonuçlanıncaya kadar, tedbiren ve geçici bir süre için durdurulabileceğini anlamak gerekmektedir. Bu süre üç aydır. Üç aylık bir süre içinde Reklam Kurulu incelemesini tamamlayarak, reklam veya ilanın kesin olarak durdurulmasına ve/veya aynı yöntemle düzeltilmesine karar verebilecektir.

TKHK'nin 63. maddesinin 1. fıkrasının sonuna eklenen bir ifade ile, "Kurul tedbiren durdurma kararı verme yetkisini Reklam Kurulu Başkanına devredebilir." hükmüne yer verilmiştir.. Böylece, geçici durdurma verme yetkisi Kurul'dan başkana geçmektedir. Madde gerekçesinde bu hükme niçin ihtiyaç duyulduğu şu şekilde açıklanmaktadır: "Tasarı ile Reklam Kurulu ile ilgili getirilen önemli düzenlemelerden bir tanesi Kurulun istemesi halinde tedbiren durdurma cezası verme yetkisini Başkana devredebilmesidir. Bu yetki devri gerek duyulan hallerde Reklam Kurulunun

standart bir toplantıyı bir ay beklemeden hızlı bir şekilde karar almasını sağlayacaktır. Bazı durumlarda tüketicilerin sağlık ve güvenliğini tehlikeye düşürecek bir reklam, Reklam Kurulu toplantısından hemen sonra yayınlanmakta olup en iyi ihtimalle o reklamla ilgili bir karar alabilmek için bir sonraki Reklam Kurulu toplantısı beklenmekte ve bu süreç yaklaşık otuz günü almaktadır. Reklam yayınlanıp tüketiciler üzerindeki etkilerini oluşturduğu için bir ay sonra karar alınsa da bu karar tüketiciler açısından geç alınmış bir karar olacağından, Tasarı ile tedbiren durdurma yetkisinin Başkana devredilebilmesi bu problemleri engelleyecektir."

Gecikmede sakınca olacağına ilişkin iddiaların yerinde olmadığını düşünüyoruz. Nitekim, aynı maddenin 4. fıkrasında "Kurul ayda en az bir defa veya ihtiyaç duyulduğu her zaman Başkanın çağrısı üzerine toplanır." denmektedir. Bu durumda Başkan, rutin toplantıları beklemek zorunda olmayıp, her zaman toplantı yapma hakkına sahiptir. Ayrıca, takip eden 5. fıkraya göre de; "Kurul, Başkan dâhil en az on bir üyenin hazır bulunması ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir. Oyların eşit olması hâlinde Başkanın oy kullandığı taraf çoğunluğu sağlar." On dokuz kişiden oluşan Kurul'un; on birden fazla üyesi, sürekli Ankara'da olan kişilerden oluşmaktadır. Acil durumlarda; aynı gün bile toplanma, imkan dahilindedir. Karar alma da kolaylaştırılmış olduğuna göre, böyle bir yetkiye neden gerek duyulduğunun izahı bulunmamaktadır.

2.1.3. Durdurma

Reklam Kurulu yapacağı inceleme sonucunda reklamın, Kanun'un 61 ve 62. maddelerine aykırı olduğunu tespit ederse, ilgili haksız uygulamanın ya da reklamın durdurulmasına karar verebilir. Böylece reklam, Reklam Kurulu kararı ile yasaklanmış olur.

Genel olarak tüketiciyi ilgilendiren konularda, tüketici örgütlerinin Mahkeme'ye başvuru yetkisi bulunmaktadır. Kanaatimize göre, tüketici örgütleri aldatıcı reklamların durdurulması ile ilgili olarak hem mahkemeye, hem de Reklam Kurulu'na başvurabilirler.

Avrupa Toplulukları Konseyi'nin yukarıda adı geçen Yönergesi'nde, üye devletlere bu konuda görev verilmiştir. 4. maddeye göre; "Üye devletler rakiplerin ve genel olarak kamunun olduğu kadar, tüketici menfaatlerinin korunması amacıyla, aldatıcı reklamların kontrolü için uygun ve etkili araçları sağlayacaklardır."

"Bu araçlar, milli hukuka göre meşru menfaati olan kişilerin veya örgütlerin aldatıcı reklamların yasaklanması için;

(a) "bu gibi reklamlara karşı dava açabilmesi ve/veya

(b) bu gibi reklamları, şikayet üzerine karar vermeye veya dava açmaya yetkili bir idari merciye şikayet edebilmesini, sağlayıcı yasal hükümleri içermelidir."

Bu hüküm, üye devletlerde bulunması gereken "en az" hakları göstermektedir.

2.1.4. Aynı Yöntemle Düzeltme

Reklam Kurulu, yapacağı inceleme sonucunda reklamın durdurulmasına karar verebileceği gibi, durdurma kararı ile birlikte ya da durdurma kararı vermeksizin tek başına, reklamın aynı yöntemle düzeltilmesine de karar verebilir. Reklamın aynı yöntemle düzeltilmesi, reklamın yarattığı

olumsuz etkinin silinerek, olumsuzluğun düzeltilmesi ve reklam yapılmadan önceki hale dönülmesi anlamına gelmektedir. Bir çeşit eski halin iadesi olarak görmek mümkündür.

Konsey Yönergesi'nde aldatıcı reklamları denetleyecek olan merciye bu konuda şöyle bir yetki verilmesi istenmiştir: "Üye Devletler nihai bir kararla durdurulması emredilen bir aldatıcı reklamın süren etkilerini ortadan kaldırmak amacıyla mahkemelere veya idari makamlara aşağıdaki tedbirleri almaları konusunda yetki verebilirler;

- Uygun gördükleri bir şekilde kararın kısmen veya tamamen yayınlanması,
- Buna ek olarak düzeltici bir beyanın yayınlanması."

"Aynı yöntemle düzeltme" ibaresinden, aldatıcı reklamın yarattığı olumsuz etkilerin, reklam yapılmadan önceki halde olduğu gibi tamamen ortadan kaldırılması anlaşılmalıdır. Bu durumda "aynı yöntemle düzeltme" reklamdaki aldatıcı hususların yarattığı olumsuz ve reklam durdurulduğu halde devam eden etkileri ortadan kaldırmak anlamına gelmektedir. Bu amaçla Reklam Kurulu, reklamdaki aldatıcı hususların doğrularını koydurarak, belki de kendi tespit edeceği bir metin çerçevesinde hazırlanacak bir reklamı, aldatıcı reklamın yayınlandığı süre ile orantılı bir süre ve aynı araçlarla yayınlanmasını isteyebilecektir. Bu istek ilgililerce yerine getirilmediği takdirde, para cezası verilmesi söz konusu olabilecektir.

Düzeltici reklam yapılması suretiyle, aldatıcı reklamın süren etkilerinin ortadan kaldırılması yöntemi, ABD'de Federal Ticaret Komisyonu tarafından da uygulanmaktadır[1].

2.1.5. Para Cezası Vermek

Reklam Kurulu yapacağı inceleme sonucunda, 61 ve 62. maddeye aykırı olduğunu tespit ettiği bir reklamın durdurulmasına ve/veya düzeltilmesine ve/veya para cezası ile cezalandırılmasına da karar verebilir[2]. Reklam Kurulu, durdurma ya da düzeltme kararı ile birlikte para cezası verebileceği gibi, sadece para cezası da verebilecektir.

2.1.6. Kararların Aleniyeti

63. maddenin 10. fıkrasına göre, Reklam Kurulu kararları, tüketicinin bilgilendirilmesi, aydınlatılması ve ekonomik çıkarlarının korunması amacıyla Reklam Kurulu Başkanlığı'nca açıklanır. Burada "açıklanır" sözcüğünü, kararların aleni olduğu ve isteyenlere verilebileceği şeklinde anlamak gerekmektedir. Aleniyeti sağlamak için kararların yayınlanması en iyi yol olacaktır. Tüm kararların yayınlanması olanağı bulunamazsa, en azından birbirine benzer kararlardan birinin yayınlanması cihetine gidilmesi halinde, hem Reklam Kurulu kararlarının ilgililerce izlenmesi, böylece onlara yol göstermesi, hem de kararların halk tarafından denetlenmesi sonucunu doğurur ki her ikisi de kararların etkinliği ve amacına ulaşması bakımından önemlidir.

1 Bu konudaki örnekler için bkz. GÖLE, age, s. 133 vd

2 Reklamcılar Derneği tarafından kanun tasarı halindeyken Bakanlığa gönderilen görüşte Reklam Kurulunun önerisi ile para cezası verilmesi eleştirilmiştir. Dernek para cezalarının tüketici mahkeme-lerince verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

2.2. REKLAM KURULU KARARLARININ UYGULANMASI

Reklam Kurulu kararları, Bakanlık tarafından uygulanır. Bu hükmün şu şekilde yorumlanması gerekmektedir; Reklam Kurulu; geçici durdurma, durdurma, düzeltme ve ceza yaptırımlarını uygulama konusunda yetkilidir. Ancak, Bakanlık teşkilatı içinde yer alan ve tüzel kişiliği bulunmayan bir kurul olduğundan, kararları üçüncü kişiler tarafından, Bakanlığın kararı olarak algılanacak ve açılacak davalar da Bakanlık aleyhine açılacaktır. Bu durumda, Reklam Kurulu kararlarının Bakanlık tarafından uygulanmasını düzenleyen hükmün, açıklanmaya muhtaç olduğu ortaya çıkmaktadır. Acaba Bakanlık, Reklam Kurulu kararlarını olduğu gibi uygulamak zorunda mıdır? Yoksa değiştirme veya uygulamama yetkisine de sahip midir? Bizim kanaatimize göre, Bakanlık Reklam Kurulu kararlarını olduğu gibi uygulamak, daha doğru bir ifade ile icrai bir idari karar niteliği vermek için imzalamak zorunda olmalıdır. Eğer istediği gibi değiştirme ya da uygulamama hakkına sahip olacak ise böyle bir Kurul oluşturulması anlamını yitirmektedir. Gerçekten, Reklam Kurulu'nun oluşumuna dikkat edilecek olursa, adeta bağımsız bir idari organ gibi oluşturulmuş bulunmaktadır. Ayrıca daha önce yasada bulunan ve Reklam Kurulu'nun Bakanlık'a önerilerde bulunacağını düzenleyen hüküm de Kanundan çıkarılmış , onun yerine Reklam Kurulu kararları Bakanlık tarafından uygulanır hükmü getirilmiştir. Bu değişikliğin bir anlamı olması gerekmektedir.

2.3. REKLAM KURULU KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ

TKHK'nin 77. maddesine göre; ***"(12) Bu Kanunun 61 inci maddesinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket eden reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası ve gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası uygulanır. Reklam Kurulu, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. Aykırılık;***

a) Yerel düzeyde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise on bin Türk Lirası,

b) Ülke genelinde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise iki yüz bin Türk Lirası,

c) Süreli yayınlar aracılığıyla gerçekleşmiş ise (a) ve (b) bentlerinde belirtilen cezaların yarısı,

ç) Yerel düzeyde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise beş bin Türk Lirası,

d) Ülke genelinde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası,

e) İnternet aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası,

f) Kısa mesaj aracılığı ile gerçekleşmiş ise yirmi beş bin Türk Lirası,

g) Diğer mecralar aracılığı ile gerçekleşmiş ise beş bin Türk Lirası,

idari para cezası verilir. Reklam Kurulu, idari işleme konu ihlalin bir yıl içinde tekrar edilmesi hâlinde yukarıda belirtilen idari para cezalarını on katına kadar uygulayabilir.

(13) Bu Kanunun 62 nci maddesinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında haksız ticari uygulamanın üç aya kadar tedbiren durdurulması veya durdurulması yaptırımı veya beş bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır. Kurul, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. İdari para cezası, aykırılık ülke genelinde gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası olarak uygulanır. Aykırılığın reklam yoluyla gerçekleştirildiğinin tespiti hâlinde bu maddenin on ikinci fıkra hükümleri uygulanır."

TKHK'nin 63. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesine göre, Reklam Kurulu kararlarını Bakanlıkça uygulanır.

TKHK'nin 78. maddesinin 1. fıkrasına göre; ***"Bu Kanunun 77 nci maddesinin ikinci, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve on birinci fıkralarındaki idari yaptırımlar Bakanlık tarafından verilir; on ikinci ve on üçüncü fıkraları uyarınca Reklam Kurulu tarafından karar verilen idari yaptırımlar Bakanlık tarafından uygulanır. Diğer fıkralarındaki idari yaptırımlar ise yaptırım uygulananın merkezinin bulunduğu valilik tarafından verilir."***

Görüldüğü gibi, aldatıcı reklamlar ve haksız ticari uygulamalarla ilgili idari yaptırımları verme yetkisi Reklam Kurulu'nda olmasına rağmen uygulama yetkisi Bakanlık'tadır. Bu durumda açılacak davaların Bakanlık aleyhine açılması gerekecektir. 78. maddenin 2. fıkrasında iptal davaları düzenlenmiştir. Buna göre; ***"Bu Kanun hükümlerine göre verilen idari yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabilir. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz."*** Dava açmak kararın yerine getirilmesini engellemese de bu hüküm mahkeme tarafından yürütmenin durdurulmasına karar verilmesine engel değildir. Reklam Kurulu'nun Ankara'da olması nedeniyle davaların,Ankara İdare Mahkemeleri'nde açılması gerekecektir. İdare mahkemesi kararlarına karşı temyizen Danıştay'a gidilmesi mümkündür.

TKHK'nin 78. maddesinin 2. fıkrasında, "bu Kanun hükümlerine göre verilen idari yaptırım kararlarına karşı" ifadesi kullanılmıştır. Yani, sanki yargı yoluna gidilebilmesi için bir idari yaptırım kararı alınmış olması gerekirmiş gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak aldatıcı bir reklamı şikayet eden tüketicinin başvurusu, Reklam Kurulu'nca yerinde bulunmayarak açıkça veya zımnen reddedilirse, tüketicinin bu red kararı aleyhine yargı mercilerine başvurabilecek midir? Bu hususta Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmadığına göre, genel hükümler uygulanacaktır. Bu da demektir ki tüketici, idari bir makama başvurusu reddedilen herhangi bir vatandaş gibi idare mahkemelerine başvurarak red kararının iptalini isteyebilecektir. Ancak red kararı iptal edilse bile, para cezası verme yetkisi münhasıran Reklam Kurulu'na verildiğinden; mahkemenin idarenin kararı yerine geçecek bir karar vermesi de mümkün olmadığından, bunun pratik sonucu olmayacaktır. Ancak en azından; yetkili Kurul tarafından konunun tekrar incelenmesi sağlanmış olacaktır.

Reklam Kurulu, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bünyesi içinde oluşturulmuş; ancak kararları Bakanlık tarafından uygulanacak olan bir idari kuruldur. İdare Hukuku kuralları çerçevesinde idarenin tüm eylem ve işlemleri yargı denetimine tabi olduğundan, Reklam Kurulu kararları aleyhine idari davalar açılabileceğine de hiç şüphe bulunmamaktadır.

2.4. OLUŞUMU VE ÜYELERİN NİTELİKLERİ

Reklam Kurulu on dokuz üyeden oluşmaktadır. Reklam Kurulu'nun üyeleri, çeşitli kamu ve özel hukuk tüzel kişileri tarafından seçilen kişilerden oluşacaktır. TKHK'nin 63. maddesinin 2. fıkrasına göre, Reklam Kurulu'na üye gönderecek kurum ve kuruluşlar şunlardır.

"(2) Başkanlığı, Bakanın görevlendireceği ilgili Genel Müdür tarafından yürütülen Reklam Kurulu;

a) Bakanlığın ilgili Genel Müdür yardımcıları arasından görevlendireceği bir üye,

b) Adalet Bakanlığının, bu Bakanlıkta idari görevlerde çalışan hâkim veya savcılar arasından görevlendireceği bir üye,

c)Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının görevlendireceği bir üye,

ç) Sağlık Bakanlığının görevlendireceği bir üye,

d) Kültür ve Turizm Bakanlığının görevlendireceği bir üye,

e) Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun görevlendireceği bir üye,

f) Türk Standartları Enstitüsünden bir üye,

g) Ankara, İstanbul ve İzmir büyükşehir belediyelerinin kendi aralarından seçeceği bir üye,

ğ) Yükseköğretim Kurulunun, reklamcılık, iletişim veya ticaret hukuku alanında uzman öğretim üyeleri arasından görevlendireceği bir üye,

h) Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin, Türkiye Medya ve İletişim Meclisi üyeleri arasından görevlendireceği bir üye,

ı) Türkiye Esnaf ve Sanatkârları Konfederasyonunun görevlendireceği bir üye,

i) Tüketici Konseyinin Konseye katılan tüketici örgütü temsilcileri arasından seçeceği bir üye,

j) Reklam verenler derneklerinin veya varsa üst kuruluşlarının seçeceği bir üye,

k) Reklamcılar derneklerinin veya varsa üst kuruluşlarının seçeceği bir üye,

l) Türk Eczacıları Birliğinin görevlendireceği eczacı bir üye,

m) Türk Diş Hekimleri Birliğinin görevlendireceği diş hekimi bir üye,

n) Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin görevlendireceği doktor bir üye,

o) Türkiye Barolar Birliğinin görevlendireceği avukat bir üye,

olmak üzere başkan dâhil on dokuz üyeden oluşur."

Görüldüğü gibi 6 üye hükümetten, 2 üye hükümete bağlı TSE ve RTÜK'ten, 4 üye patronlardan, 1 üye YÖK'ten, 1 üye İzmir, İstanbul ve Ankara belediyelerinin seçimi ile, 4 üye serbest meslek odalarından ve sadece 1 üye tüketici örgütlerinden seçilecektir. Tüketici örgütlerinin üye sayısının çoğaltılması gerektiğini düşünüyoruz. En azından, en çok üyesi olan üç tüketici derneğinden birer tane üye olması dengelerin korunması ve katılımcı demokrasi açısından daha yararlı olurdu.

Üyelerin görev süresi üç yıldır. Süresi biten üyeler tekrar görevlendirilebilir veya seçilebilir. Üyelik herhangi bir nedenle boşaldığı takdirde, boşalan üyelikler için ikinci fıkradaki esaslar dahilinde, bir ay içinde görevlendirme veya seçim yapılır. Süresi biten üyeler yerine atananlar göreve başlayıncaya kadar göreve devam ederler.

2.5. KURULUN ÇALIŞMA USUL VE ESASLARI

TKHK'nin 63. maddesinin 3 vd. fıkralarına göre; Kurul ayda en az bir defa veya ihtiyaç duyulduğu her zaman, Başkanın çağrısı üzerine toplanır. Kurul, Başkan dâhil en az on bir üyenin hazır bulunması ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir. Oyların eşit olması hâlinde Başkanın oy kullandığı taraf çoğunluğu sağlar. Bakanlıkça, Kurulun karar vermesine yardımcı olmak üzere sektörel alanlarda ihtisas komisyonları kurulur. Komisyonlar, başkan dâhil en az üç en fazla beş kişiden oluşur. Kurul Başkan ve üyeleri ile ihtisas komisyonu başkan ve üyelerine ödenecek huzur hakkı ve huzur ücreti ile buna ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı'nın

uygun görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenir. Kurul, incelemesini ilgili belgelerin yer aldığı dosya üzerinden yapar. Kurulun sekretarya hizmetleri Genel Müdürlük tarafından yerine getirilir. Kurul, gerekli gördüğü takdirde özel uzmanlık gerektiren hususlarla ilgili olarak ihtisas sahibi üniversiteler, özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin görüşlerine başvurabilir. Kurul kararları, tüketicilerin bilgilendirilmesi, aydınlatılması ve ekonomik çıkarlarının korunması amacıyla Bakanlıkça açıklanır.

Reklam Kurulu'nun ve ihtisas komisyonlarının kuruluşu, görevleri, çalışma usul ve esasları ile sekretarya hizmetleri ve diğer hususlar yönetmelikle belirlenir.

Kurul kararlarının gerekçeli olması gerektiğini düşünüyoruz. Kurul, karar almadan önce mutlaka aleyhine karar vereceği şirket veya kişilere, görüş ve savunmalarını bildirme fırsatı tanımalıdır. Bunun için iddiaların ne olduğunu etraflıca kendilerine bildirerek uygun bir süre içinde görüşlerini bildirmelerini istemelidir. Her ne kadar, Kanun'da bu yönde bir açıklık yoksa da, bu durum hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak görüleceği gibi, kararların adil olabilmesi muhatabı olanları ikna edebilmesi ve yargısal denetime kolaylık sağlaması bakımından da önemlidir.

3. TÜKETİCİ HAKEM HEYETİ

3.1. GENEL OLARAK

Tüketici sorunlarının çözümünde adli yargı mercilerinin ve yargılama usullerinin etkili olmadığının görülmesi üzerine, TKHK, tüketici sorunlarının çözümünü kolaylaştırmak ve böylece tüketicilerin haklarını aramalarını teşvik etmek amacıyla, Tüketici Hakem Heyetleri kurulmasını istemiştir[3]. TKHK'nin 66. maddesinin (1). fıkrasına göre; "Bakanlık, il ve ilçe merkezlerinde, bu Kanun'un uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla en az bir "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti" oluşturmakla görevlidir." Gümrük ve Ticaret Bakanlığı bir yönetmelik çıkararak bu görevini yerine getirmiştir[4]. Tüketici Hakem Heyetleri bugüne kadar görevlerini başarılı bir şekilde yerine getirmiş olmasına rağmen çeşitli aksaklıklar da meydana gelmiştir. Özellikle heyetlerin esasen yarı zamanlı yapıda olması nedeniyle sürekliliğin sağlanmasında sıkıntılar yaşanmıştır. Bunun dışında biraz da yargı makamlarının kararlarının yarattığı belirsizlik ve boşluklar nedeniyle tüketiciyi istismar edebilecek bazı çıkar gruplarının doğmasına yol açılmıştır. Özellikle bankalar hakkında verilen kararlar bir anda içinde hukukçuların da olduğu bazı çıkar gruplarının oluşmasına, bunların çabaları sonucunda THH'lere de binlerce başvurunun yapılmasına ve böylece zaten ayda iki gün yarı zamanlı olarak çalışan heyetlerin bloke olmasına sebep olmuştur. Bu gibi nedenlerle, 6502 sayılı Kanun'la, bunların aksaklıkları ve sorunları giderilmeye çalışılmıştır. Bu amaçla bir raportör atanması, üye atamalarındaki aksaklıkların çözülmesi ve pratikleştirilmesi, mali sıkıntıların aşılması ve masraflar ile bilirkişi ücretlerinin karşılanması gibi pek çok konuda, yeni ve detaylı düzenlemeler getirilmiştir.

3 ZEVKLİLER'e göre TSHH önceki düzenleniş şekli işleri uzatacak niteliktedir. s. 229 BAYKAN'da TSHH'lerinin başarılı olamayacağını düşünmektedir. s.203. Ancak o hali ile bile gerçekten önemli sayıda sorun TSHH tarafından çözülmüştür. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayınlanan yıllık raporlarda bu durum açıkça görülmektedir.

4 Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği; Resmi Gazete, 27 Kasım 2014, Sayı 29188

Avrupa Birliği Komisyonu da tüketici sorunlarının mahkeme dışı yollardan çözümünü teşvik etmektedir. Bu amaçla, 1998 yılında bir duyuru ve tavsiye kararı yayınlamıştır[5]. Komisyon bu amaçla, Avrupa Mahkeme Dışı Ağı kuruluşunu 05.05.2000 tarihinde Lizbon'da başlatmıştır (EEJNet).

3.2. TÜKETİCİ HAKEM HEYETLERİNİN OLUŞUMU

THH'leri oluşturma görevi Bakanlığa verilmiştir. TKHK'nin 66. maddesinin (1). fıkrasına göre; ***"Bakanlık, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla il merkezlerinde ve yeterlilik şartları yönetmelikle belirlenen ilçe merkezlerinde en az bir tüketici hakem heyeti oluşturmakla görevlidir."***

Mevcut düzenlemeden en önemli fark, her ilçe merkezinde THH kurulma zorunluluğunun kaldırılmasıdır. Nüfus, hakem heyetlerine yapılan şikayet sayıları gibi kriterler baz alınarak hangi ilçelerde THH kurulmasının gerekli olduğu tespit edilecek, yıllık belli bir başvurunun altında kalan yerlerde THH kurulmayacak, ancak bu ilçelerde tüketicilerin başvurularını yapabileceği bir merkez olacak ve bu başvurular yönetmelikle belirlenen THH'lere yönlendirilecektir. Başvuru sayısının fazla olduğu yerlerde ise birden fazla THH kurularak başvuruların etkin ve hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasını sağlayacak bir yapı oluşturulacaktır. Böylelikle, hem kaynaklar etkin bir şekilde kullanılacak hem de THH'ler daha etkin ve hızlı çalışacaklardır[6].

66. maddenin (2). fıkrasına göre, THH 5 üyeden oluşur ve üyelikler şu şekilde tespit edilir: ***"Başkanlığı illerde ticaret il müdürü, ilçelerde ise kaymakam veya bunların görevlendireceği bir memur tarafından yürütülen tüketici hakem heyeti;***

a) Belediye başkanının konunun uzmanı belediye personeli arasından görevlendireceği bir üye,

b) Baronun, mensupları arasından görevlendireceği bir üye,

c) Satıcının tacir olduğu uyuşmazlıklarda ticaret ve sanayi odasının ya da bunların ayrı ayrı örgütlendiği yerlerde ticaret odasının; satıcının esnaf ve sanatkâr olduğu uyuşmazlıklarda, illerde esnaf ve sanatkârlar odaları birliğinin, ilçelerde ise en fazla üyeye sahip esnaf ve sanatkârlar odasının görevlendireceği bir üye,

ç) Tüketici örgütlerinin kendi aralarından seçecekleri bir üye,

olmak üzere başkan dâhil beş üyeden oluşur. Başkan ve üyelerin bu fıkrada yer alan niteliklere sahip yedekleri de ayrıca belirlenir.

(3) Tüketici hakem heyetinin oluşumunun sağlanamadığı yerlerde noksan üyelikler, yönetmelikle belirlenen üyelik niteliklerine sahip Devlet memurları arasından illerde ticaret il müdürü, ilçelerde ise kaymakam tarafından tamamlanır."

---

5 Commission of the EC "Communication on the Out-Of-Court Settlement of Consumer Disputes" Com (1998) 198 Final, Commission Recommendation on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-Of-Court Settlement of Consumer Disputes" 98/257/EC OJ L 115 17.04.98 s.31-34 ÇAĞLAR, Fatma; 4077 Sayılı Kanunla Ortaya Çıkan Tüketicinin Hak Arama Yolları; Uz-manlık Tezi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü Yayın No:97, Ankara 2002

6 Madde gerekçesinden

4077 sayılı Kanun'da karşı tarafın (satıcı, sağlayıcı ve benzeri) kimliğine göre ticaret odaları veya esnaf odalarının THH'de temsili öngörülmüş olup, uygulamada bu durum sıkıntılara sebebiyet vermekteydi. Bazı hakem heyeti kararlarında hem ticaret odası temsilcisinin hem de esnaf odası temsilcisinin imzalarının olduğu, bazı hakem heyetlerinde esnaf odalarının hiç çağrılmadığı, yoğun başvuruların olduğu, THH'lerde satıcı veya sağlayıcının kimliğine göre toplantılara ticaret odası temsilcisi ile esnaf odası temsilcisinin girip çıkmasının problemlere yol açtığı bilinmektedir. Buna rağmen Kanun üye atamasında bir değişiklik yapmamıştır; "Satıcının tacir olduğu uyuşmazlıklarda ticaret ve sanayi odasının ya da bunların ayrı ayrı örgütlendiği yerlerde ticaret odasının ; satıcının esnaf ve sanatkar olduğu uyuşmazlıklarda, illerde esnaf ve sanatkarlar odaları birliğinin, ilçelerde ise en fazla üyeye sahip esnaf ve sanatkarlar odasının görevlendireceği bir üye", atanır. Diğer taraftan başkan ve üyelerin yedeklerinin de belirlenmesi öngörülerek toplantıların daha sağlıklı yapılması amaçlanmıştır[7].

TKHK'nin 71. maddesine göre; tüketici hakem heyeti başkan ve üyelerine, raportör olarak görevlendirilen diğer kamu personeline ödenecek huzur hakkı ve huzur ücreti ile bilirkişi ücreti ve bu ödemelere ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenir. 72. maddesine göre ise; Tüketici hakem heyetlerinin kurulması, çalışma usul ve esasları, raportörlerin nitelikleri ile bilirkişilik müessesesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar yönetmelikle belirlenir.

THH'nin oluşumunda, özellikle başında bir hukukçunun olmaması, üyelerinin daha tahsilli olmaması eleştiri konusu yapılmıştır[8]. Bu nedenle 6502 sayılı Kanunla getirilen raportörler bu eksiklikleri kapatmaya çalışacaklardır. Bunlarla ilgili olarak hem raportörlerde hem de üyelerde bazı tahsil şartları aranmaktadır.

3.3. TÜKETİCİ HAKEM HEYETİNİN GÖREVLERİ

3.3.1. Genel Olarak

THH'ler, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla kurulmuşlardır. Kanun'un 68. maddesine göre, THH, değeri iki bin, illerde ise üç bin liranın altında kalan tüketici sorunlarını çözmek için görevlendirilmiştir. 68. maddenin (1). fıkrasından anlaşılacağı gibi, THH'lerin daha çok, para ile ölçülebilen bireysel tüketici sorunları hakkında kararlar vereceği düşünüldüğünden, parasal olarak belirli bir eşik öngörülmüştür.

TKHK'nin 68. maddesinin (1). fıkrasına göre; ***"Değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz."***

7 Madde gerekçesinden

8 DOĞAN, Nezahat; "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Örgüt ve Yargıda Yeni Yapılaşmalar", Tes-Ar Yayınları, No: 18, Ankara, 1996, s. 71, 105

Aynı maddenin (4). fıkrasına göre; "Bu maddede belirtilen parasal sınırlar her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere, o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak uygulanır. Bu artışların hesabında on Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz."

Aynı maddenin (5). fıkrasına göre; ***"Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir."***

3.3.2. Parasal Değer Olarak Belirlenebilirlik

TKHK 68. maddesi hükmünün getirdiği 3000 Türk Lirasının altında olma kriterinin bazı sonuçları bulunmaktadır. Birincisi değeri parayla ölçülemeyen bir talep için THH'lere başvurulamayacaktır. Değeri bu miktarı aşan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak THH'ye başvurulmak istenirse bu miktarı aşan kısımdan feragat edilecektir; aşan kısımla ilgili olarak tekrar THH'ye başvuru yapılamaz. Tek bir uyuşmazlıktan doğan ve bu eşiği aşan taleplerin bölünerek birden fazla başvuruya konu yapılması yasaklanmıştır. Böylece kanuna karşı hile yoluna gidilemeyecektir (Yönetmelik 6. maddenin (3). fıkrası).

Bu hüküm, değeri bu eşikleri aşan uyuşmazlıklarda THH'ye başvuru hakkını ortadan kaldırmaktadır. Daha yüksek miktarlarda ortaya çıkan ihtilaflarla ilgili olarak artık THH'ye başvurulamayacaktır. Eski düzenleme de ise her türlü uyuşmazlık için THH'ye başvurulabiliyor, belirli eşiklerin altındaki işlerde verilen kararlar tarafları bağlıyor; ancak eşiklerin üstündeki kararlar ise tarafları bağlamıyordu.

Değerin parayla belirlenebilir olması demek şikayet sonucunda mutlaka para istemek anlamına gelmemektedir. Örneğin; Tüketicinin ayıplı mal nedeniyle doğan seçimlik hakları arasında ücretsiz tamir veya ayıpsız misli ile değiştirme gibi bir miktar paranın verilmesini gerektirmeyen haklar da bulunmaktadır. Ancak bunların parasal değeri en fazla ürünün değeri kadar olacaktır ve tespit edilebilir bir değerdir. Bu gibi talepler de THH'lere yöneltilebilir.

Parasal bir eşik öngörülmesi tüketicinin talebinin başvuru anında her zaman kesin olarak hesaplanmış olması ve başvuru dilekçesinde tam olarak belirtilmiş olması gerektiği anlamına gelmemektedir. Nitekim, Yönetmeliğin 22. maddesinin (1). fıkrasında başvuru anında uyuşmazlık miktarının tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda başvuru sahibinin hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktarı belirtmesi yeterlidir. Her halükarda, eşiklerin aşılmaması gerekmektedir. Burada kritik nokta, başvuru anında miktarın kesin ve tam olarak hesaplanmasının ***mümkün olmamasıdır.*** Eğer kesin ve tam olarak hesaplama mümkün ise bu miktarın talep edilmesi gerekir. Bu hüküm ile bir çeşit belirsiz alacak davası da kabul edilmiş olmaktadır.

3.3.3. Başvurabilecek Kişiler

THH'lerin görev alanında kalan işler "tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklar"dır. Kanaatimizce, THH'lere ***sadece tüketiciler*** başvurabilir. Tüketici örgütlerinin veya Bakanlık'ın başvurusunu gerektirecek konularda verilecek kararların niteliği düşünülecek olursa, bu kararları THH'lerin vermesi mümkün görünmemektedir. THH'lerin tüketicilerin münferit sorunlarının çözümünde yetkili olacağını kabul etmek, THH'lerin kuruluş amacına daha uygun düşecektir.

THH'lerin görevi, tüketici işlemlerinden ve tüketiciye karşı yapılan uygulamalardan doğan uyuşmazlıklarda çözüm bulmaktır. Yani, bir uyuşmazlığı çözümlemekle görevli sayılabilmeleri için uyuşmazlığın TKHK'nin uygulanması ile ilgili olması gerekmektedir. Hangi konuların Kanun kapsamına girdiği kapsam ile ilgili takip eden bölümde açıklanmıştır.

THH'lere satıcı veya sağlayıcıların kural olarak başvuramayacağını düşünüyoruz. Bu sonuca ulaşmamıza yol açan birkaç argüman bulunmaktadır. Öncelikle THH'lerin kurulmasının arkasındaki sebepleri doğru anlamak gerekir. Birinci bölümde bu sebepleri anlatmaya çalıştık. Bu açıdan bakıldığında THH'lerin tüketicinin haklarını korumak ve adli yargı yolunun masraflı ve yavaş olması nedeniyle tüketicinin hakkını aramasının önünü açmak amacıyla kurulduğu görülmektedir.

Sistem, tüketicinin, Kanunun amacında da belirtildiği gibi, kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve kendi haklarını kendilerinin aramasını teşvik etmek amacını taşıyan, adli yargı yolundan farklı, masrafsız ve hızlı bir çözüm yolu olarak düşünülmüş ve kurulmuştur. Bu sistemin kurulması ile adli yargı sisteminin genel olarak görev ve yetkileri kaldırılmamıştır. Sadece, tüketiciler için bir kolaylık yaratma saiki ile THH sistemi kurulmuştur. Kuruluş amacı tüketicinin haklarını aramasını özendirmek, kolaylaştırmak ve tüketicinin kendisini korumak için gerekli girişimleri yapmasını özendirmek olan THH'lerden satıcı ve sağlayıcıların da yararlanması, THH sisteminin kuruluş amaçlarına tamamen terstir. Tersine bir yaklaşım THH'lerin bloke olmasına, binlerce uyuşmazlık arasında sorunlarına yeterince zaman ayıramamasına ve tüketicinin haklarını elde etmesinin zaman bakımından gecikmesine sebep olacaktır. Örneğin; elektrik dağıtım, gaz dağıtım, sabit telefon ve GSM şirketlerinin milyonlarca abonesi bulunmaktadır. Bu şirketlerin borçlu abonelerden olan alacakları için THH'lere başvurmaları halinde milyonlarca başvuru yapmaları gerekecektir, bu başvuruların zaten kısmi çalışma yapan THH'leri bloke etmesi kaçınılmazdır. Eğer satıcı ve sağlayıcılar da THH'lere başvururlarsa sonuçta THH sisteminin de adli yargı sisteminden bir farkı kalmayacaktır. Özellikle tüketici sorunlarını hızla çözme iddiası ortadan kalkacak ve bu durum tüketicileri kendilerini korumak için girişimlerde bulunmaktan alıkoyacaktır. Dolayısıyla THH sistemi kuruluş amacından uzaklaşmış olacaktır.

TKHK'nin 66. maddesinin (1). fıkrasına göre; ***"Bakanlık, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla"*** THH'leri kuracaktır. Bu oldukça geniş bir ifadedir. Hükmün özellikle ikinci kısmında yer alan tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek ihtilaflar ifadesi THH'lere tüketicinin başvuracağını göstermekle birlikte "tüketici işlemlerinden" doğabilecek uyuşmazlıklar ifadesi için aynı şeyi söylemek zordur. Ancak yukarıdaki argümanlarımızın dışında burada da çıkabilecek uyuşmazlıkların niteliklerine bakarak ve bu ihtilafların tüketicinin korunması hukuku kapsamında düzenlenip düzenlenmediğine göre bir sonuca ulaşmak mümkündür. Bir kere "tüketici işlemlerinden" tüketicinin talepte bulunmasını gerektiren parasal değeri olan ihtilafların THH'lerin görev alanı içinde kalacağını söyleyebiliriz. Ama aynı şeyi satıcı ve sağlayıcı için söyleyebilir miyiz? Satıcı veya sağlayıcının muhtemel uyuşmazlıklardaki taleplerinin başında "bedel uyuşmazlıkları" gelecektir. Bunlar bedelin tespitinde çıkabilecek uyuşmazlıklar ile, bedelin kısmen veya tamamen ödenmemesinden doğan uyuşmazlıklar olacaktır. Bedelin belirlenmesi, kısmen veya tamamen ödenmemesi gibi konular, TKHK'de açıkça düzenlenmiş istisnalar dışında tüketici hukuku konusu ve kapsamı dışındadır. Aksinin ka-

bulü halinde birinci bölümde anlattığımız ekonomik anayasal düzenimiz olan serbest rekabete dayalı kapitalist ekonominin dışına çıkarak müdahaleci, planlamacı ve fiyat denetimine dayalı başka bir ekonomik sisteme geçmiş oluruz.

Nitekim, tüketici işlemlerinin ana edimlerinden olan "bedel" konusunun TKHK kapsamı dışında olduğunu gösteren düzenlemeler bulunmaktadır. Bunların başında TKHK'nin 5. maddesinin (7). fıkrası gelmektedir. Buna göre; haksız şart değerlendirmesi yapılırken "hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasında hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz". Bu hüküm açıkça asli edim yükümlülüğü olan bedel konusunu Kanun'un kapsamı dışına çıkarmaktadır. Bir tek koşulda buraya da müdahale edilebilir o da tüketici lehine bir şarttır ki "bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmalıdır", yazılmamışsa buradan doğacak uyuşmazlıkta başvuran taraf zaten tüketici olacağı için THH'lerin görevi içine girebilecektir. Aksi ise geçerli değildir, yani bedelin kısmen veya tamamen ödenmediği gerekçesi ile THH'lere başvuru yapılması söz konusu olmayacaktır. Yargıtay ise; TKHK kapsamına giren sözleşmelerden doğan alacak davalarının da tüketici mahkemelerinde veya alacağın miktarına göre THH'ye başvuru zorunluluğu olan sınırların altında ise, THH'ye başvurulması gerektiğine karar vermekteydi. Hatta, THH'ye başvurulmaksızın icraya verilmiş olan alacaklara yapılan itiraz üzerine açılacak olan itirazın iptali davalarının da, aynı şekilde alacağın miktarına göre, THH veya tüketici mahkemelerinde açılması gerektiğine karar vermekteydi. Bu durumda, THH veya tüketici mahkemelerine dava açanlar tüketici değil, satıcılar veya sağlayıcılar olmakta, yani tüketiciyi koruma amacıyla çıkarılan yasa ile kurulan makamlar, tüketicinin değil satıcısağlayıcının haklarını korur hale gelmektedirler[9]. Esasen, TKHK kapsamında ka-

9 YARGITAY 13. HD. 8.2.2005-E. 13486/K. 1775

DAVA: Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı ne-denlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşuldu, düşünül-dü: (…) Başka ifade ile, 2004 yılında miktarı 580.500.000 liradan az olan uyuşmazlıklar hakkında, Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurulmadan doğrudan mahkemelerde dava açılamayacak, ancak Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurusu üzerine, verilen karar aleyhine, mahkemelerde dava açılabilecektir. Somut olayımızda dava konusu alacağın miktarı 357.070.000 lira olup Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurulmadan icra takibi yapılmış, itiraz üzerine de davacı tarafından 11.05.2004 tarihinde itirazın iptali talebiyle bu dava açılmıştır. Öyle olunca davacının 4077 Sayılı ya-sanın 22/5. maddesine göre dava açılabilmesi şartı gerçekleşmemiştir. Mahkemece bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde aksi düşüncelerle hüküm tesisi usul ve ya-saya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

YARGITAY 19. HD. 21.2.2005-E. 582/K.1628

DAVA: Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı ne-denlerden dolayı davanın mahkemenin görevsizliğine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü: Bu durumda görevli mahkemenin belirlenmesi yönünden dava konusu hesap taahhütnamesi uyarınca davalıya kredi kartı verilip verilmediği ve ihtarnamede açıklandığı gibi kredili mevduat hesabı şeklinde çalışan bir hesabın mevcudiyeti halinde bu hesap çerçevesinde kredi verilmiş ise verilen kredi yönünden ge-ri ödeme planı bulunup bulunmadığı başka bir ifade ile kredinin tüketici kredisi niteliğinde olup ol-madığı üzerinde durulup gerekli araştırma yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu hususlar araştırılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

lan sözleşmelerle ilgili her türlü uyuşmazlık değil, TKHK'nin tüketici işlemlerinden ve tüketiciye karşı yapılan uygulamalardan doğan uyuşmazlıklar THH'lerin görev alanına girecektir. Bu konular ise, sadece TKHK'de özel olarak düzenlenmiş olan konulardır; diğer konularda ise TKHK'nin 83. maddesi nedeniyle genel hükümler uygulanacak ve genel mahkemeler yetkili olacaktır.

Bu konuda yorumlarımızı destekleyebilecek diğer bir hüküm Kanun'un 4. maddesinde yer almaktadır. TKHK'nin 4. maddesinin (3). fıkrası asli edim yükümlülüğü olan ürünün fiyatı, kredinin faizi gibi konular dışında satıcı veya sağlayıcı tarafından alınabilecek ek bedellerle ilgili olarak bir düzenleme yapmaktadır. Hükmün gerekçesinde ise; açıkça sözleşme ile belirlenenin dışında tüketiciden ek bir bedel istenmesinden bahsedilmektedir. Yani asli edim olan bedel ile ilgili bir düzenlemeden özenle kaçınılmaktadır.

Tümünü toparlarsak bedel alacaklarına ilişkin olarak satıcı veya sağlayıcının THH'lere başvurmaları halinde THH'lerin görevsizlik kararı vermesi gerektiğini düşünüyoruz. Böyle bir durumda açıkça görülmektedir ki aynı sözleşme ile ilgili olarak doğabilecek ihtilafları iki ayrı çözüm mercine yönelterek işlemi bölmüş olmaktayız. Ancak bu durum zaten tüketici hukukunun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Sözleşmenin bir tarafına karşı diğer tarafını koruyan bir hukuk dalında böyle bir sonuç doğması tüketici hukukunun fıtratına uygundur.

Nitekim yasa koyucu da bir tek işlem nedeniyle işlem taraflarının iki ayrı çözüm yoluna başvurmak zorunda kalmalarını yadırgamamakta aksine bizzat kendisi kredi kartları ve banka kartları ile ilgili olarak emretmektedir. 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu (BKKKK), 44. maddesinde yetkili mahkeme ve merciler başlığı altında, bu kanunla ilgili çıkabilecek ihtilaflarla ilgili yetki ve görev kuralları benimsemiştir. Buna göre; ***"Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda kart hamilinin tüketici olması halinde, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 22 nci ve 23 üncü maddesi hükümleri uygulanır."***

"Kart çıkaran kuruluşlar tarafından kart hamilleri aleyhine açılacak davalarda 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun görev ve yetkiye ilişkin hükümleri uygulanır." Böylece tek bir hukuki ilişki nedeniyle taraflardan birisi Tüketici Mahkemelerine ve THH'lere başvururken diğer taraf genel görev kuralları çerçevesinde normal adli mahkemelere başvuracaktır.

Ayrıca, aşağıda yine aynı konu ile bağlantılı olarak tüketici mahkemelerinin görevli oldukları konularla ilgili açıklamalara da bakılmalıdır[10].

10 YARGITAY 18. HD. 13.3.2006-E. 1579/K. 1917

"Dosyadaki bilgi ve belgelere ve özellikle Dairenin geri çevirme kararı üzerine dosyaya getirtilen tapu kayıtları içeriğine göre dava konusu edilen ortak gider alacağının dayanağını oluşturan ana taşınmazda kat mülkiyetinin kurulmuş olduğu davacının bu taşınmazda yönetici ve davalının da bağımsız bölüm maliki olduğu anlaşılmaktadır. Kat Mülkiyeti Yasasının 20. maddesi hükmü gereğince kat maliklerinden herbirinin payına düşen ortak gideri ödemekle yükümlü bulunduğu ödememesi du-rumunda yöneticinin o kişi hakkında icra takibi yapabileceği ve dava açabileceği öngörülmüştür. So-mut olayda taraflar arasındaki uyuşmazlık yasanın bu maddesinden kaynaklanmaktadır.

Kat Mülkiyeti Yasasının ek 1. maddesi hükmüne göre bu yasadan kaynaklanan her türlü anlaş-mazlığındeğerine bakılmaksızın- Sulh Hukuk Mahkemesinde çözümleneceği düşünülmeden mah-kemece uygulama yeri olmayan 4822 sayılı Yasaya dayanılarak görevsizlik kararı verilmiş olması doğru görülmemiştir."

3.3.4. İtirazın İptali Amaçlı Başvurular

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, özellikle THH'lerde tüketicinin bir avukatla temsili halinde vekalet ücretine de hükmedilmesinin önüne geçen yasal düzenlemelerden sonra (11.09.2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun'un 140. maddesi) avukatlar uyuşmazlıkları önce icra dairelerine götürmeye ve itiraz üzerine duran takibin iptali için bu kez THH'lere başvurmaya başlamışlardır. Bu şekilde icra takibi nedeniyle vekalet ücreti alma olanağına kavuşmaktadırlar. Burada tartışılması gereken konu "itirazın iptali davası" konusunda THH'lerin görevli olmalarının mümkün olup olmadığıdır.

Öncelikle genel ilke olarak THH'ler ile icra dairelerinin farklı çözüm yolları içerisinde yer aldıklarını belirtmek gerekir. Gerçekten icra daireleri adli yargı sistemimiz içinde yer alan ayrı bir kanunla kurulup usulü ayrı bir kanunla düzenlenmiş bir uyuşmazlık çözüm yeridir. THH ise adli yargı yerlerinin tüketicinin haklarını korumakta yetersiz kalmaları nedeniyle (önceki bölümde detaylı olarak açıklandığı gibi) kurulmuş ayrı ve bu adli uyuşmazlık çözüm yollarının dışında kurulmuş bir başka ve yeni bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Kanun tüketicilerin adli yargı yoluna başvurmaya gerek kalmadan uyuşmazlıklarını çözebilmeleri için tüketici hakem heyetlerini kurmuş ve THH'lerin kararlarını yargısal anlamda denetleme görevini tüketici mahkemelerine vermiştir. THH'lerin adli yargı sistemi içinde kanunla açıkça gösterilmiş bağlantısı sadece tüketici mahkemeleri iledir. Böyle istisnai bir uyuşmazlık çözüm yolunun kanunla açıkça düzenlenmedikçe adli yargıdaki uyuşmazlık çözüm yolları ile herhangi bir astlık üstlük vb. ilişkisi olamaz. İki ayrı uyuşmazlık çözüm yolunun birbirine karışmasının mümkün olmaması gerekir. THH'ler bir uyuşmazlıkla ilgili olarak karar verdikten sonra uyuşmazlık tekrar adli yargı bünyesinde uyuşmazlık çözüm sürecine dahil olur. Yani kararın icrası için icra dairelerine başvurulur, ya da kararın iptali için Tüketici Mahkemelerine başvurulur. THH'lerin bunun dışında adli uyuşmazlık çözüm yolları ile bir ilişkisi ve bağlantısı yoktur. Dolayısıyla icra dairelerinin, borçlunun takibe itirazı üzerine verdiği icranın durdurulmasına ilişkin kararın iptali amacıyla THH'ler nezdinde dava açılması mümkün değildir. Bu iki çözüm yolu birbirinden tamamen farklıdır ve birbirleri ile böyle bir ilişki içine girmeleri düşünülemez.

THH'ler ayda iki defa toplanan yani yarım zamanlı çalışan bir heyettir, adli yargı sisteminin usullerinden farklı bir şekilde çalışır. Oysa icra dairelerinin çok sıkı usul kuralları vardır. THH'lerin ne pozisyonu, ne usulü ne oluşumu ne de üyelerinin nitelikleri icra dairesi kararları hakkında bir değerlendirme yapmaya uygundur.

Konunun İcra İflas Kanunu (İİK) açısından da değerlendirilmesi gerekir. İİK'nin 67. maddesi itirazın iptalini, 68. maddesi itirazın kesin olarak kaldırılmasını ve 69. maddesi ise itirazın geçici olarak kaldırılmasını düzenlemektedir.

İİK'nin 67. maddesine göre itirazın iptali için süresi içinde mahkemeye başvurarak genel hükümler dairesinde alacağın varlığını ispat etmek gerekmektedir. Yani iptal için görevli uyuşmazlık çözüm yolu, mahkeme olarak gösterilmiştir. THH ise mahkeme değildir. Nitekim Anayasa mahkemesinin de bu yönde bir kararı bulunmaktadır, buna göre THH'ler mahkeme olmadığı gibi onların

önündeki uyuşmazlık çözüm yoluna da "dava açmak" denmemektedir[11]. Nitekim, Kanunda da THH Yönetmeliğinde de davadan değil başvuru ve başvurunun değerlendirilmesinden bahsedilmektedir.

Dolayısıyla THH'ler nezdinde itirazın iptali davası açılamaz, THH'ler böyle bir başvuruyu inceleyerek itirazın iptaline ve hatta icra inkar tazminatına karar veremezler. Böyle bir başvuruyu alan THH'ler, bunu normal bir başvuru gibi değerlendirerek alacak konusunun esasına girip değerlendirdikten sonra başvuranın haklı olup olmadığına Yönetmelik'te belirtilen şekilde karar vermelidirler. THH'nin vereceği kararda itirazın iptali talebinin görev yönünden reddine de karar vermesi gerekir.

3.4. ÇALIŞMA USUL VE ESASLARI

3.4.1. Raportör

TKHK'nin 67. maddesine göre; ***"(1)Raportörler il ve ilçe merkezlerinde kurulu bulunan tüketici hakem heyetlerinde istihdam edilebilir. Raportör sayısının yeterli olmadığı illerde ticaret il müdürü tarafından ticaret il müdürlüğü personeli arasından, ilçelerde ise kaymakam tarafından ilçede görevli Devlet memurları arasından yeterli sayıda raportör görevlendirilir.***

(2)Tüketici hakem heyeti raportörleri, heyetin çalışmalarına ve kararlarına esas olacak dosyaları hazırlamak ve uyuşmazlığa ilişkin raporu sunmakla görevlidir."

Bu hükme göre, THH çalışmalarına esas olmak üzere, ön hazırlık yapacak ve heyetin işlerini kolaylaştıracak en az bir raportör görevlendirilebilecektir. Hükümden anlaşılacağı gibi, raportör sadece dosyayı hazırlamak, yani belgeleri toparlamakla görevli değil; aynı zamanda uyuşmazlığa ilişkin bir rapor sunmakla da görevlidir. Bu raporda uyuşmazlığa ilişkin kendi çözüm önerilerini belirtip belirtmeyeceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. İşlerin pratikleşmesi açısından, böyle çözüm önerilerini de içeren bir rapor hazırlamasında yarar olabilir. Bu durumda, raportörlerin en azından Adalet Meslek Yüksek Okulu mezunları arasından atanması oldukça olumlu sonuçlar

11 Anayasa Mahkemesi E. 2007/53 K. 2007/61

Yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanacak olan bir merciin mahkeme olarak kabul edilmesi için kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesi, karar organ-larının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlemekle görevli olması, görev yapan üyelerin atanmalarının, hak ve ödevlerinin, emekliye ayrılmalarının, Anayasa'nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması ve Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir.

Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ise, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un değişik 22. maddesine göre, illerde Sanayi ve Ticaret İl Müdürü veya görevlendireceği bir memur, ilçelerde kaymakam veya görevlendireceği bir memur başkanlığında, belediye, baro, ticaret ve sanayi odası ile esnaf ve sanatkar odası ve tüketici örgütlerinden seçilerek görevlendirilecek beş kişiden oluşmak-tadır.

Buna göre, Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, yargı organlarının ve mensuplarının Anayasa'da belirtilen niteliklerine sahip değildirler.

Bu nedenlerle başvuran Tüketici Sorunları Hakem Heyeti "mahkeme" niteliği taşımadığından, itirazın başvuranın yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

alınmasını sağlayacaktır. Yönetmelik'in[12] 5. maddesine göre atanacak raportörlerin yüksek öğrenim görmüş olması gereklidir. Raportörler bir bakıma, tetkik hakimlerinin görevini yapmış olacaklar, buna ilave olarak dosyayı da oluşturacaklar ve tamamlayacaklardır. Heyete sadece karar vermek kalacaktır. Tabi ki heyet, raportörün görüşleriyle bağlı olmayacak, tamamen kendi kanaatlerine göre karar verecektir. Raportörler heyette oy hakkına sahip değildir.

3.4.2. Heyetin Çalışma Usulü

TKHK'nin 68. maddesinin (2). fıkrasına göre; ***"Tüketici hakem heyetleri kendilerine yapılan başvuruları gereğini yapmak üzere kabul etmek zorundadır."***

TKHK'nin 72. maddesine göre; "Tüketici hakem heyetlerinin kurulması, çalışma usul ve esasları, raportörlerin nitelikleri ile bilirkişilik müessesesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar yönetmelikle belirlenir."

Yönetmeliğin 11. maddesinde önceki düzenlemeden farklı olarak hakem heyetlerine yapılacak olan başvurular için daha fazla seçenek sunulmuştur. Maddenin (1). fıkrasında başvuruların Ek1'de bulunan başvuru formunun kullanılarak yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu form kullanılmadan yapılan başvurularda yer alması gereken zorunlu bilgiler:

- Başvuru sahibinin T.C kimlik numarası,
- Başvuru sahibinin ikamet ettiği il/ilçe ve adresi,
- Uyuşmazlık bedeli,
- Şikayet edilenin ticaret unvanı,
- Başvuru sahibinin talebi,
- Başvuru sahibinin imzası,

olarak düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin (3). fıkrasına göre tüketiciler başvurularını elektronik ortamda veya tüketici bilgi sistemi ile yapabilecektir. Elektronik ortamda yapılan bu başvuruların geçerli olabilmesi için uyuşmazlıkla ilgili başvuru formunun eksiksiz olarak doldurulması ve varsa bilgi ve belgelerin sisteme yüklenmiş olması ve yapılan başvurunun başvuru sahibi tarafından, güvenli elektronik imza veya mobil imza ile imzalanmış olması gerekmektedir. Bununla birlikte; maddenin son fıkrasında güvenli elektronik veya mobil imza ile imzalanmamış başvuruların geçerli olabilmesi için sistem tarafından oluşturulan başvuru formunun çıktısının alınarak ıslak imza ile imzalandıktan sonra on beş gün içinde varsa bilgi ve belgelerle birlikte ilgili tüketici hakem heyetine posta yoluyla veya elden ulaştırılması gerekmektedir. Aksi halde elektronik başvurular işleme alınmayacaktır.

TKHK'nin 69. maddesine göre; "Tüketici hakem heyetleri uyuşmazlık konusuna ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan, ilgili kurum veya kuruluşlardan isteyebilir."

Yönetmeliğin 12. maddesinde önceki düzenlemelerde yer almayan taahhütlü mektup ve memur vasıtasıyla tebligat hususları, bilgi isteme başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre tüketici hakem heyeti, uyuşmazlık konusuna ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan, ilgili kişi, kurum

12 Tüketici Hakem Heyeti Raportörlüğü Yönetmeliği, Resmi Gazete, 27 Kasım 2014, sayı 29188

ve kuruluşlardan isteyebilir. Bilgi ve belge isteme yazılarının taahhütlü mektupla gönderilmesi esastır. Gecikmesi halinde zarar doğabilecek işlerde, gerekçe belirtilmek suretiyle, memur vasıtasıyla tebligat yaptırılabilir. İstenen bilgi ve belgelerin sunulması için tebliğ tarihinden itibaren en fazla 30 günlük süre verilir. Talep edilmesi ve tüketici hakem heyeti başkanlığınca uygun görülmesi halinde bu süre uzatılabilir.

THH'lerin bilgi ve belge isteme yetkisinin olması gayet yerinde ve işlerin hızla çözümlenmesini sağlamaya yarayacak niteliktedir. Bununla birlikte; ne Yönetmelikte ne de Kanun'da karşı tarafın savunması ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 18. maddesinde heyetin gerekli görmesi halinde tarafları ve bilirkişiyi dinleyebileceği belirtilmiştir. Gerekli görmediği hallerde ise raportör tarafından düzenlenen dosya ve rapor üzerinden karar verecektir. Tüketici Hakem Heyeti Raportörlüğü Yönetmeliği'ne göre ise dosya ile ilgili yazışmaları yapma görevi raportöre verilmiştir. Bu durumda raportörün başvuruyu karşı tarafa tebliğ ederek savunmasını yapması ve konuyla ilgili bilgi ve belge varsa bunları da sunması için bir süre vermesi gerekir. Aksi halde; savunma imkanı tanınmadan verilecek olan kararlar sakat olacak ve Tüketici Mahkemesi tarafından iptal edilecektir. Yargılama ve değerlendirme sırasında karşı tarafın söyleyeceklerini söyleme fırsatına sahip olması en doğal haklardan birisidir. Aksi halde sadece iddialara göre karar verilmiş olur ki bu yargısız infaz anlamına gelir. Ancak raportör savunma için makul uzunlukta bir süre verdikten sonra bu süre içinde verilmeyen savunmaları beklemek zorunda değildir. Karşı taraf savunma hakkını kullanmak zorunda değildir. Süre içinde savunma yapılmaması halinde tüketicinin iddia ettiği olguların inkar edildiği kabul edilerek, tüketicinin iddilarını ispat edip etmediğine göre bir karar verilmesi gerekir. Herkesin iddiasını ispat etmek zorunda olduğu unutulmamalıdır.

Yeni yürürlüğe giren Yönetmeliğin 17. maddesinde hakem heyeti toplantılarına katılamama halleri düzenlenmiştir. Önceki düzenlemeye göre daha geniş kapsamlı olarak düzenlenen toplantıya katılamama halleri tüketici hakem heyeti başkanı ve tüm üyeler için geçerlidir. Buna göre başkan ve üyeler;

a) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşin taraf olduğu,

b) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun taraf olduğu,

c) Nişanlısının taraf olduğu,

ç) Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın taraf olduğu,

d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların taraf olduğu,

e) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği,

f) Aynı uyuşmazlıkla ilgili bilirkişi olarak dinlendiği veya hakem sıfatıyla hareket etmiş olduğu,

g) Kendisinin taraf olduğu veya doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili olduğu,

uyuşmazlıklarla ilgili toplantılara katılamazlar.

Bilirkişi incelemesi Yönetmeliğin 5. bölümünde düzenlenmiştir. Yönetmelik, Hukuk Muhakemeleri Kanunu esaslarını benimsemiş, bilirkişinin görevlendirilmesi, sorumluluğu ve raporu olarak ayrı madde başlıkları altında bilirkişi incelemesine yer vermiştir. Yönetmeliğin 20. maddesine

göre bilirkişi süresi içinde, görüşünü içeren raporunu sunmak ve varsa kendisine incelenmek üzere teslim edilen belgeleri THH'ye iade etmekle yükümlüdür. Bilirkişi gerekli görülmesi halinde görüşüne başvurulmak üzere tüketici hakem heyetince yapılan davete uyup belirlenen gün ve saatte tüketici hakem heyeti toplantısında hazır bulunmak zorundadır. Geçerli bir mazereti olmaksızın belirlenen gün ve saatte tüketici hakem heyeti toplantısında hazır bulunmayan veya görüşüne ilişkin raporu süresi içinde sunmaktan kaçınan bilirkişiler, gerekli disiplin işlemlerinin uygulanması amacıyla bağlı bulundukları kurum veya kuruluşlara bildirilir. Bilirkişi, görevi sebebiyle yahut görevini yerine getirirken öğrendiği bilgileri saklamak, kendisi ve başkaları yararına kullanmaktan kaçınmakla yükümlüdür. Görülmektedir ki; önceki düzenlemede yer verilmeyen bilirkişinin sorumluluğu hususu detaylı bir biçimde Yönetmelikte yer almıştır.

Yönetmeliğin 22. maddesinde tüketici hakem heyeti kararlarının niteliği ve kapsamı hakkında düzenlemelere yer verilmiştir. İlgili maddenin (1). fıkrasına göre başvurunun yapıldığı tarihte uyuşmazlık miktarının tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, başvuru sahibinin hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktarı belirtmesi ve inceleme sürecinde uyuşmazlık miktarının bilgi veya belgelerle tam olarak tespit edilmesi halinde talep edilen miktardan daha fazlasına veya daha azına tüketici hakem heyetince karar verilebilir. Verilen kararın her hâlükârda 6. maddede belirtilen parasal sınırlar dâhilinde olması gerekir. Bu düzenleme uyarınca mülga yönetmelikten farklı olarak hakem heyetine talep edilen miktarın azına veya fazlasına hükmedilmesi yönünde geniş bir yetki verilmiştir. Yine aynı maddenin (2). fıkrasında da önceki düzenlemelerde yer almayan bir hususa yer verilmiştir. Buna göre, aynı tüketici işleminden kaynaklanan birden fazla uyuşmazlık için ayrı ayrı başvuru yapılması durumunda, uyuşmazlığın değerleri toplamı tüketici hakem heyetinin görev sınırı içinde kalmak şartıyla, tek bir başvuruda birleştirilerek karar verilebilir. Aynı tüketici işleminden kaynaklanan birden fazla uyuşmazlığın değerleri toplamının görev sınırını aşması durumunda uyuşmazlıklar hakkında ayrı ayrı karar verilir. Görüldüğü üzere hakem heyetleri yeni yürürlüğe giren Yönetmelik ile ayrı ayrı yapılmış başvuruları tek bir başvuruda birleştirip karar verebilecektir. Böylelikle; tüketici hakem heyetlerinin işleyişi yeni düzenleme sayesinde ivedilik kazanabilecektir. Son olarak 22. maddenin (3). fıkrasında tüketici hakem heyeti kararında uyuşmazlık bedelinin Türk Lirası cinsinden belirtilmesinin zorunlu olduğu, uyuşmazlık bedelinin döviz cinsinden olması durumunda başvuru tarihindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının belirlediği efektif döviz satış kuru esas alınarak Türk Lirasına çevrileceği belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 23. maddesi karar sürelerini düzenlemiştir. Maddenin (1). fıkrasına göre tüketici hakem heyetine yapılan başvurular, başvuru tarih ve sırasına göre en geç altı ay içinde görüşülür ve karara bağlanır. Yapılan başvurunun niteliği, başvuru konusu, mal veya hizmetin özelliği gibi hususlar dikkate alınarak, karar süresi en fazla altı ay daha uzatılabilir. Önceki düzenlemede ise yapılan müracaatların başvuru tarih ve sırasına göre en geç üç ay içinde hakem heyetince görüşülüp karara bağlanacağı düzenlenmekteydi. Görüldüğü üzere; yeni yürürlüğe giren Yönetmelik ile tüketici hakem heyetinin başvuruları görüşüp karara bağlama süresi uzatılmıştır. Aynı maddenin (2). fıkrasında düzenlenen ivedi inceleme hususu bakımından önceki düzenlemeyle aynı esaslar benimsenmiş olmakla birlikte, Türkiye'de ikametgahı bulunmayan yabancı uyruklu tüketicilerin de ivedi inceleme talebinde bulunabileceği belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 25. maddesinde kararların tebliği düzenlenmiştir. Buna göre tüketici hakem heyeti kararları, alındığı tarihten itibaren on iş günü içerisinde taraflara yazılı olarak ve Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilecektir. Bu tebligatların taraflara taahhütlü mektupla gönderilmesi esastır. Gecikmesinde zarar doğabilecek işlerde, gerekçe belirtilmek suretiyle, memur vasıtasıyla da tebligat yapılabilir. Görüldüğü üzere önceki düzenlemeden farklı olarak tebligatın nasıl yapılması gerektiği ve belirli durumlarda memur vasıtasıyla tebligat yapılabileceği yeni Yönetmelik ile getirilen düzenlemeler arasındadır.

Tüketici hakem heyetlerinin kararlarına itiraz yolu ve süresi mülga yönetmelikte yer almamaktayken, yeni yürürlüğe girmiş Yönetmeliğin 28. maddesinde bu hususa yer verilmiştir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a paralel olarak Yönetmeliğin 28. maddesinin (1). fıkrasında da kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edilebileceği, itirazın tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmayacağı, ancak talep edilmesi şartıyla hakimin tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabileceği düzenlenmiştir. Yine ilgili maddenin (3). fıkrasında da tüketici hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği kararların kesin olduğu hususu 6502 sayılı Kanuna paralel olarak madde metni içerisinde yer almaktadır. Bununla birlikte; maddenin (4). fıkrasında da önceki düzenlemelerde yer almayan tüketici hakem heyetlerinin kesinleşmiş kararlarının Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden Bakanlığa iletileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere; 6502 sayılı kanunda yer alan bir çok düzenleme yeni yürürlüğe giren Yönetmelik içerisinde de yer almaktadır.

Yönetmeliğin 31. maddesinde mülga olan yönetmelikte düzenlenmeyen tebligat ve bilirkişi ücretlerinin tahsili düzenlenmiştir. Daha önceki düzenlemelerden farklı olarak hakem heyeti tarafından tüketici aleyhine karar verilmesi veya uyuşmazlığın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi halinde; tebligat ve bilirkişi ücretleri Bakanlıkça karşılanacaktır. Maddenin (2). fıkrasında uyuşmazlığın tüketici lehine sonuçlanması durumunda, tebligat ve bilirkişi ücretleri kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde karşı tarafın bulunduğu yerdeki vergi dairesi müdürlüğüne ödenecektir. Bu ödemelerin yapıldığına ilişkin makbuz ilgili tüketici hakem heyetine ibraz edilecektir. Yine aynı maddenin (3). fıkrasında ise tüketici hakem heyetinin; tebligat ve bilirkişi ücretlerinin süresi içinde ödenmemesi halinde, bu tutarların 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre takip ve tahsil edilmesi amacıyla, söz konusu kararın bir örneği ile bu kararın karşı tarafa tebliğ edildiği tarihe dair bilgiyi içeren yazıyı ilgili vergi dairesi müdürlüğüne göndereceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere yeni yürürlüğe giren Yönetmelik ile tüketici önceki düzenlemelere göre daha fazla korunmuş, aleyhe sonuçlanan hakem heyeti kararlarında bile tüketicinin tebligat veya bilirkişi ücretinin Bakanlıkça ödenmesi gerektiği madde metni içerisinde yer almıştır. Bilirkişi ücretlerinin Bakanlık bütçesinden karşılanması tamamen tüketicinin hak arama hürriyetini kullanmasını teşvik etme amaçlı bir politika aracı olup, tüketicinin başvurusunda her halükarda haklı kabul edilmesi gerekeceği şeklinde bir algıya sebep olmamalıdır. Her bir dosya tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleri çerçevesinde değerlendirilerek adalete uygun bir şekilde karara varılmalıdır.

Kanun'da ve Yönetmelik'te bu incelemelerin herhangi bir harç veya masrafa tabi olup olmadığı açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, Kanun'un 73. maddesine göre, tüketici mahkemelerinde tüketiciden herhangi bir harç veya masraf alınmayacağına göre, hakem heyetlerinde de alınmaması gerekir. TKHK'nin 70. maddesinin (7). fıkrasında kararın tüketici aleyhine olması halinde, tebligat ve bilirkişi masraflarının Bakanlık tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir. Bu hükümler karşısında, THH'ye tüketicilerin başvurusunun herhangi bir resim ve harca tabi olmaması gerekmektedir.

3.5. YETKİLİ TÜKETİCİ HAKEM HEYETİ

TKHK'nin 68. maddesinin (3). fıkrasına göre; ***"Başvurular, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu veya tüketici işleminin yapıldığı yerdeki tüketici hakem heyetine yapılabilir. Tüketici hakem heyetinin bulunmadığı yerlerde ise başvuruların nerelere yapılacağı ve bu başvuruların hangi tüketici hakem heyetince karara bağlanacağı yönetmelikle belirlenir."***

Görüldüğü gibi Kanun, davalının ikametgahı genel yetkili mahkemedir, kuralından ayrılmıştır. Başvuru için iki Tüketici Hakem Heyeti yetkili gösterilmektedir. Birincisi, mal veya hizmetin satın alındığı yer Tüketici Hakem Heyeti, diğeri ise tüketicinin bulunduğu yer Tüketici Hakem Heyeti'dir. Tüketici sorunlarının hızlı ve masrafsız bir şekilde çözülebilmesi ve Kanun'un amaç maddesinde belirtildiği gibi tüketicinin kendi haklarını korumasının teşvik edilmesi, amacı bakımından tüketicilere bulundukları yerdeki THH'lere başvuru olanağının tanınması gayet isabetli bir çözümdür.

TKHK'nin 68. maddesinin (1). fıkrasına göre, ***"Değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz."***

Büyükşehir olan illerde il ve ilçe THH'leri arasında görev uyuşmazlığı çıkmakta, il THH'leri genellikle boş kalmaktadır. Bu itibarla, böyle bir düzenleme yaparak büyükşehir olan illerde, il THH'leri ile ilçe THH'leri arasında bir görev ayrımına gidilmiştir. Ancak bu düzenlemelerin sadece büyükşehir merkezinde ikamet edenlerle ilgili olması daha yerinde olurdu. Çünkü bu durumda örneğin; Muğla'nın Fethiye ilçesinin Üzümlü köyünde oturan bir tüketici iki bin liranın üstündeki bir uyuşmazlıkla ilgili olarak önce Fethiye'ye gidecek oradan da Muğla'ya gidip dönmesi gerekecektir ki bu yolculuk onun bir gününü alacaktır. Herşeyi tam yaptığı varsayımında bile birkaç kez gidip gelmesi gerekebilir, oysa belirttiğimiz gibi yapılırsa; Fethiye'deki hakem heyetine başvurarak bir iki saat içinde sorununu iletebileceği bir yetkiliye ulaşmış olacak idi.

3.6. THH KARARLARININ HUKUKİ MAHİYETİ

THH'lerinin kendi hukuki mahiyetlerinin ne olduğu konusu, özel bir çalışma yapmaya değer mahiyettedir. Gerçekten THH'ler, merkezi idari teşkilat içinde yer alan Bakanlık tarafından oluşturulacaktır. Ancak, üyelerinin sadece bir tanesi, heyet başkanı olan üye memur niteliğindedir. Diğer üyelerden birisi avukat, diğeri belediye görevlisi (bunun da devlet memuru kadrosunda olma ihtimali vardır), birisi tüketici temsilcisi, diğeri ise uyuşmazlığa göre ticaret veya esnaf odasından temsilcidir. Oluşturuluş şekli itibariyle bir hakem heyetine benzemektedir; ancak uyuşmaz-

lık tarafların bu konuda herhangi bir inisiyatifi bulunmamaktadır. Öte yandan 3.000 TL altındaki uyuşmazlıklarla ilgili kararları, mahkeme kararları gibi tarafları bağlayıcıdır ve ilamların icrasına göre icra edilecektir.

Yargıtay bir davada, davacının 500.000.000 TL (eski) eşiğinin altında olan talebi nedeniyle, lehine olan hakem heyeti kararını doğrudan icra edebileceği gerekçesi ile, ayrıca tüketici mahkemesinde dava açmakta hukuki menfaati bulunmadığına karar vermiştir[13].

Bununla birlikte, THH bir mahkeme değildir, üyelerinden hiç birisi hakim niteliğine sahip olmadığı gibi, hakimlere tanınan ayrıcalıkların hiç birisine de sahip değildirler. Uygulayacakları usulün ise bir mahkemenin uygulayacağı ve kamu düzeni niteliği taşıyan usul kuralları ile ilgisi bulunmamaktadır. Tüketici sorunlarını en kısa sürede, en ucuza ve en etkin şekilde çözümlemek amacıyla düşünülmüş ve hedefe odaklı olarak çalışan çok özgün bir kurul olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Bu kurulun tüzel kişiliği de bulunmamaktadır. THH'lerin bağımsızlığının korunması için herhangi bir çaba da harcanmamıştır. Aksine mali bakımdan ve sekretarya hizmetleri bakımından bakanlığa bağımlıdır. THH'lerde çalışmak üzere en az bir raportör görevlendirilecektir. Böylece Bakanlık bünyesinde yeni bir kadro açılmış olmaktadır. Bakanlık raportörleri, ya mevcut elemanları içinden ya da yeni atamalarla belirleyecektir.

TKHK'nin 70. maddesinin (1). ve (2). fıkralarına göre; ***"İl ve ilçe tüketici hakem heyetinin verdiği kararlar tarafları bağlar. Tüketici hakem heyeti kararları 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre taraflara tebliğ edilir. Tüketici hakem heyetinin kararları, İcra ve İflâs Kanununun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir."***

Eşikleri aşan uyuşmazlıklar için THH'ye başvurulamaz. THH kararlarına karşı o yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edilebilir.

THH kararlarının iptali davası, her ne kadar idari yargıda yer alan idari işlemin iptali davasını çağrıştırsa da, esasen medeni usul bakımından "itiraz veya temyize" benzemektedir. Bu nedenle, bu davalarda THH değil sözleşmenin karşı tarafının hasım olarak gösterilmesi gerekmektedir[14].

13 YARGITAY 13. HD. 25.1.2005-E. 12650/K. 801

Somut olayda dava konusu malın değeri 500.000.000 TL.nın altında olup anılan hükme göre da-vacının tüketici sorunları hakem heyetinin lehine verdiği karar icra marifetiyle infaz edilip, davanın hakkını alabileceğinden dava açmakta hukuki yararı yoktur. Mahkemece bu gerekçe ile davanın reddine karar vermesi gerekirken icranın tedbiren durdurulmasına denilerek uyuşmazlığı, çözmeye-cek şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

14 YARGITAY 13. HD. 2.2.2005-E. 13645/K. 1235

Mahkemece, davanın Tüketici Hakem Heyeti Kararının İptaline yönelik olup, husumetin Samsun Valiliği Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Başkanlığına yöneltilmesi gerektiğinden husumet nedeniyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacının, takım elbise sattığı davalının, elbisenin ayıplı olduğundan bahisle yaptığı başvuru üzerine Tüketici Sorunları Hakem Heyetine elbisenin değiştirilmesine 23.2.2004 tarihinde karar vermiş ve da-vacı bu kararın iptali talebiyle dava açmıştır. Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurarak değiştir-me kararını davalı aldığına göre, 4077 sayılı Yasa'nın 22/5 maddesi hükmüne göre bu kararın iptali için açılan davada, davalının hasım gösterilmesi doğrudur. Mahkemece işin esasına girilip taraf delil-leri toplanarak değerlendirilip, sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, aksi düşüncelerle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

3.7. THH KARARLARINA İTİRAZ

TKHK'nin 70. maddesinin (3). fıkrasına göre; ***"Taraflar, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak talep edilmesi şartıyla hâkim, tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir."*** Tıpkı bir mahkeme kararı gibi; THH kararları tarafları bağlayıcı ve yerine getirilmesi zorunlu bir karardır. Yürütmesi ise ancak, tüketici mahkemesi tarafından durdurulabilir. Aksi halde icra marifetiyle icra edilir. Karara itiraz süresi tebliğden itibaren 15 gündür. Bu durumda, THH kararlarının usulüne göre tebliğ edilmesi gerekmektedir.

TKHK'nin 70. maddesinin (4). fıkrasına göre; ***"İtiraz olunan kararın, esas yönünden kanuna uygun olup da, kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasından dolayı itirazın kabul edilmesi gerektiği veya kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılamayı gerektirmediği takdirde tüketici mahkemesi evrak üzerinde, kararı değiştirerek veya düzelterek onama kararı verebilir. Tarafların kimliklerine, ticari unvanlarına ait yanlışlıklarla, yazı, hesap veya diğer açık ifade yanlışlıkları hakkında da bu hüküm uygulanır. Karar, usule ve kanuna uygun olup da gösterilen gerekçe doğru bulunmazsa, gerekçe değiştirilerek veya düzeltilerek onanır."*** Bu hükmün tüketici mahkemesine kararın doğru olduğunu düşündüğü hallerde adeta sınırsız yetkiler verdiğini kabul etmek gerekir. Tüketici mahkemesi bir itiraz davası üzerine, isterse duruşma açar isterse açmaz ve evrak üzerinden karar verir. Bu durum; kararın onaylanması, değiştirilerek onanması düzeltilerek onanması, gerekçesi değiştirilerek onanması şeklinde olabilir. Ancak, THH kararının esastan kanuna aykırı olduğu hallerde ise, duruşma açması gerekmektedir.

TKHK'nin 70. maddesinin (5). fıkrasına göre; ***"Tüketici hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir."*** Böylece tüketici sorunlarının fazla uzamaması istenmiştir. Zaten küçük değerlerde olan sorunların pratik bir şekilde karara bağlanıp kesinleştirilmesi tüketicinin hakkını aramakta daha istekli olmasını teşvik edecektir.

TKHK'nin 70. maddesinin (6). fıkrasına göre; ***"Tüketici hakem heyetlerinin tüketici lehine verdiği kararlara karşı açılan itiraz davalarında, kararın iptali durumunda tüketici aleyhine, avukatlık asgari ücret tarifesine göre nispi tarife üzerinden vekâlet ücretine hükmedilir."*** Bugüne kadarki uygulamalarda tüketicinin davayı kaybettiği durumlarda; dava konusu eşyanın değerini aşan miktarlarda maktu vekalet ücretlerine hükmedildiği, bunun da tüketiciyi hakkını aramaktan caydırıcı sonuçlar doğurduğu görülmüştür. Bu itibarla, hükmedilecek vekalet ücretlerinin nispi esaslara göre belirlenmesi yerinde bir çözüm olmuştur. Ancak bunun dahi istismarı yolunda şüpheler doğması üzerine; 6552 sayılı Kanun ile THH'lerde vekalet ücretine hükmedilmesi yasaklanmıştır.

TKHK'nin 70. maddesinin (7). fıkrasına göre; ***"Uyuşmazlıkla ilgili olarak tüketici hakem heyeti tarafından tüketici aleyhine verilen kararlarda tebligat ve bilirkişi ücretleri Bakanlıkça karşılanır. Uyuşmazlığın tüketicinin lehine sonuçlanması durumunda ise, tebligat ve bilirkişi ücretleri 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre karşı taraftan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir."*** Böylece tüketicinin tebligat ve

bilirkişi ücreti ödemek zorunda kalarak hak aramaktan vazgeçmesinin önüne geçilmiştir. Nitekim Kanun'un amaçlarından birisi de tüketicinin kendi hakkını kendisinin araması konusunda cesaretlendirilmesi ve teşvik edilmesidir. Bu hükmün tüketiciyi cesaretlendirerek, kendi hakkını arama konusunda teşvik edeceği düşünülmektedir. Sonuçta, THH'de tüketicinin kazanma oranı çok daha yüksek olduğu için, Bakanlık'ın bu işten zararlı çıkmayacağı düşünülmektedir. Nitekim davalı kaybettiği durumlarda tebligat ve bilirkişi ücretleri ondan tahsil edilip bütçeye gelir kaydedilecektir.

4. TÜKETİCİ MAHKEMELERİ

4.1. GÖREVİ

TKHK'nin 73. maddesinin (1). fıkrasına göre; ***"Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir."*** TKHK'nin 2. maddesine göre ise; bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar.

TKHK'nin 3. maddesine göre; "l) Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi, k) Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, ı) Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, i) Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi," ifade eder.

Kanun'un kapsamı konusunda ve önceki bölümlerde yaptığımız ve Kanun'un çeşitli hükümlerini inceleyen ve Kanun'un kapsamının belirlenmesiyle ilgili sonuçları olan tüm açıklamalarımızın burada dikkate alınması gerekmektedir. Çünkü; Kanun tüketici işlemleri ve tüketiciye yönelik uygulamalarla ilgili olarak çıkabilecek ihtilafların çözümünü tüketici mahkemelerinin görevi olarak görmektedir.

Burada öncelikle belirtilmesi gereken husus ise, aynı mahiyette olup da değeri 3.000 TL altında olan uyuşmazlıklarda, THH'lerin görevli olduğudur. Bunlar için doğrudan tüketici mahkemelerine başvurulamaz. Ancak bu değerin üzerindeki uyuşmazlıklar ile TKHK'da düzenlenen konularda çıkan uyuşmazlıklara, aksi kanunda belirtilmedikçe, Tüketici Mahkemeleri tarafından bakılır. Bu kanun dışında diğer kanunlarda özel olarak belirtilmiş görev hükümleri varsa, o durumda da Tüketici Mahkemeleri görevli olacaktır. Örneğin BKKKK 44. maddesinde böyle bir hüküm bulunmaktadır.

THH'lerin görevleri ile ilgili olarak söylediğimiz herşey burada da geçerlidir. Nitekim iki hüküm karşılaştırılacak olursa kanun iki kurumun da görevini belirtirken aynı ifadeleri kullanmıştır. Tüketici mahkemeleri genel görevli mahkeme değildir, aksine kanunla özel olarak görev verilen hallerde görevli kabul edilmelidir. Aksi halde sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemelerinde görülecek dava kalmayacaktır.

Yukarıda açıkça belirtildiği gibi haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlarla ilgili olarak uygulanacak yaptırımlara ilişkin kararlar Reklam Kurulunca verilir, Bakanlıkça uygulanır ve yargısal denetimini de idare mahkemeleri yapar. Bu durumda bu konuyla ilgili olarak tüketici mahkemelerinin görevi bulunmamaktadır.

Kanun'un 77. maddesine göre, 78. maddede belirtilen makamlarca verilecek para cezaları ve bunlara yapılacak itirazlar konusunda tüketici mahkemelerinin bir yetkisi yoktur. Bu Kanun'a göre verilecek idari para cezalarına itiraz idare mahkemelerine yapılır.

4.2. HARÇ VE MASRAFLAR

TKHK'nin 73. maddesinin (2). ve (3). fıkralarına göre; ***"Tüketici mahkemeleri nezdinde Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davalar 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununda düzenlenen harçlardan muaftır. Tüketici örgütleri üst kuruluşlarınca açılacak davalarda bilirkişi ücreti ve davanın davacı aleyhine sonuçlanması durumunda, hükmedilen vekâlet ücreti Bakanlıkça karşılanır. Davanın, davalı aleyhine sonuçlanması durumunda, bilirkişi ücreti Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir."***

Tüketici mahkemelerinin oluşturulmasının nedenlerinden birisi de, tüketicilerin masrafsız ve hızlı bir şekilde uyuşmazlıklarının çözümlenmesinin sağlanmasıdır. Bu nedenle tüketiciler, tüketici örgütleri, ilgili piyasayı düzenleyen kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık tarafından açılacak davalar ile ilgili olarak 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "harç ve avans ödenmesi" başlıklı 120. maddesinde yer alan; "Davacı, yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı, dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Avansın yeterli olmadığının dava sırasında anlaşılması hâlinde, mahkemece, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir." hükmü uygulanmayacaktır. Diğer taraftan bu davalar, her türlü resim ve harçtan muaf olmaya devam edeceklerdir. Tüketiciler mahkeme ara kararında veya hükmünde yer alan giderleri ödeyeceklerdir.

Tüketici örgütleri üst kuruluşlarınca açılacak davalarda, davacının üstlenmek zorunda kalacağı avukatlık ve bilirkişi ücretlerinin Bakanlıkça karşılanacağı düzenlenmiştir. Ülkemizde şu anda üst kuruluş niteliği taşıyan iki tüketici derneği federasyonu bulunmaktadır. Bu üst kuruluşların, davanın davacı tarafını oluşturmaları halinde, yargılama sırasında üstlenmeleri gereken bilirkişi ücreti ve yargılama sonunda davayı kaybetmeleri halinde davalıya ödenmesine mahkemece karar verilen avukatlık ücreti, Bakanlık tarafından karşılanacaktır. Davacı üst kuruluşun davayı kazanması durumunda ise, yargılama sırasında davacı adına Bakanlıkça üstlenilen bilirkişi ücreti, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir. Bu düzenleme ile tüketici örgütleri üst kuruluşlarının dava açma yönünde teşvik edilmesi amaçlanmıştır[15].

15 Madde gerekçesi

4.3. USUL VE YETKİ

TKHK'nin 73. maddesinin (4). fıkrasına göre; ***"Tüketici mahkemelerinde görülecek davalar 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Altıncı Kısım hükümlerine göre yürütülür."*** Demek ki tüketici mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanacaktır. Böylece, normal mahkemelere göre biraz daha hızlı çalışmaları ve tüketici sorunlarını daha hızlı çözmeleri imkan dahilinde olacaktır. Bu durum Kanun'un amacına uygundur.

TKHK'nin 73. maddesinin (5). fıkrasına göre; ***"Tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir."***

6502 sayılı Kanun'la, genel yetki kurallarına istisna getirilmiştir. Bilindiği gibi, genel yetkili mahkeme, davalının ikametgahı mahkemesidir. Ancak 73. maddenin (5). fıkrasına göre, tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir. Böylece, özellikle kapıdan satış ve mesafeli satışlarda, tüketicinin dava açarak haklarını koruması özendirilmiş olmaktadır. Bu düzenleme Kanun'un 1. maddesinde yer alan amacına da uygundur[16].

73. maddede yer alan bu hükmün, Bakanlık veya Tüketici örgütleri açısından da geçerli olup olmayacağı belli değildir. TKHK'nin 73. maddesinin (6). fıkrasına göre; ***"Tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilir."***

Bu konuda iki türlü yorum yapılması mümkündür. Birincisi, tüketiciler için, yetkili mahkeme bakımından böyle bir istisna hükmünün getirilmesindeki sebep açısından; konu incelenebilir. Bu sebep hiç şüphesiz, tüketicinin kendi haklarını bizzat araması olanaklarının arttırılmasıdır. Gerçekten, satıcının, başka bir şehirde ikamet etmekte olması halinde, yetkili mahkeme de o şehir mahkemesi olacaktır. Zaten, zaman ve emek kaybı olarak görülen hak arama, bu kez daha fazla zaman, daha fazla emek ve üstelik yol, belki de konaklama masraflarına yol açacaktır. Davanın uzun süreceği düşünülecek olursa, bu masraflar yüksek olacaktır. Bu nedenle tüketicinin dava hakkını kullanarak kendi hakkını kendi aramasının teşvik edilmesi gayesiyle, böyle bir hükmün getirildiğini söyleyebiliriz. Ancak aynı kaygıların Bakanlık, kamu kurum ve kuruluşları ve Tüketici Örgütleri için de geçerli olduğunu söylemek zordur. Tüketiciye göre, bunların olanaklarının çok daha iyi olacağı şüphesizdir. Bu durum, tüketici davası kavramına verilecek anlama dayalı bir yorumdur.

Tüketici örgütlerinin, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının ve Bakanlık'ın tüketici sıfatı ile dava açmaları halinde, yetkili mahkeme tüketicinin ikametgahı mahkemesi olabileceğinden, her ikisi

16 Yetki konusunda, değişikliklerden önce şöyle bir düzenleme önerilmiştir "Tüketici akitlerinde yetkili mahkeme şu şekilde tesis edilebilir: tüketicinin davacı olduğu hallerde, tüketici davayı ya kendi ika-metgahında, veya hakem heyetinin bulunduğu yer tüketici mahkemesinde ya da karşı tarafın ikamet-gahında açabilir. Tüketicinin davalı olduğu hallerde ona karşı dava ancak tüketicinin ikametgahı mahkemesinde açılabilir" GELGEL Günseli; Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar; Filiz Kitapevi, İstanbul, 2000, s. 142

de kendi ikametgahlarında dava açabileceklerdir. Ancak, genel olarak tüketicileri ilgilendiren, münferit tüketici sorunu olmayan bir konuda dava açtıkları takdirde, bu dava da tüketici davası kavramı içine girer mi? Böylece dava Bakanlık'ın veya tüketici örgütünün ikametgahı mahkemesinde açılabilir mi? Sorun bu noktada düğümlenmektedir. Kanaatimizce, tüketici davası kavramını, dar yorumlayarak sadece tüketicilerin açtığı dava olarak algılamamak gerekir. Gerçekten Bakanlık veya tüketici örgütleri de bu davaları, genel olarak tüketicileri ilgilendirdiği, tek başlarına uğraşmalarının zor olacağı, bu nedenle tüm tüketiciler menfaatine olarak kendilerinin bu davayı açmalarının tüketicilerin daha yararına olacağı için açmaktadırlar. Bu nedenle, tüketici örgütleri ve Bakanlık'ın açacağı davaların da "tüketici davası" kavramı içinde değerlendirilmesi amaca daha uygun olacaktır.

Bir turistin, bulunduğu bir başka ülkede yapacağı işlemler konusunda yabancılık unsuru gerçekleşir. Dolayısıyla bunlarla ilgili uyuşmazlıklara hangi hukukun uygulanacağı ve hangi mahkemenin yetkili olacağı sorunu ortaya çıkar. Bu konuda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da özel bir düzenleme bulunmaktadır. Kanun'un 24. maddesine göre, "(1) Mesleki veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için;

a) Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilan sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukuki fiiller bu ülkede yapılmış veya

b) Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış veya

c) İlişkinin bir satım sözleşmesi olması halinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş,

olmalıdır.

(3) İkinci fıkradaki şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır.

(4) Bu madde, paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmaz." 6502 sayılı Kanun, tüketicinin ikametgahı mahkemesinin yetkisini kabul etmekle, sorunu iç hukuk açısından çözmüştür. Turist olan tüketici genel hükümler çerçevesinde davalının ikametgahı mahkemesinde de dava açabileceği için isterse ülkemizde işlemi yaptığı yerde THH'ye başvurabilecektir.

4.4. KARARLARIN İLANI VE İZLENMESİ

TKHK'nin 73. maddesinin (7). fıkrasına göre; ***"Genel olarak tüketicileri ilgilendiren davalarda davacı, verilen kararların yayımlanmasını talep edebilir. Talebin mahkemece kabul edilmesi hâlinde bu karar, masrafları davalıdan alınmak üzere ülke düzeyinde yayımlanan gazetelerden***

***en az üçünde derhâl ilan edilir.*"** Böylece tüketicinin genel olarak aleyhine olan durum hakkında tüm tüketiciler bilgi sahibi olacaklar ve herhangi bir zarar görmeden o mal veya hizmetten uzak durmaları konusunda uyarılmış olacaklardır.

TKHK'nin 73. maddesinin (8). fıkrasına göre; ***"Tüketici mahkemelerince verilen kesinleşmiş kararlar, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden Bakanlığa iletilir. Tüketici hakem heyetleri kararlarına karşı yapılan itiraz sonucu verilen kararlar, kararı veren mahkeme tarafından ilgili tüketici hakem heyetine gönderilir."*** Tüketici mahkemelerince verilen kararların izlenebilmesi ve istatistiki sonuçlar çıkarılabilmesi bakımından böyle bir hükme ihtiyaç vardır. Böylece, sonra çıkarılacak düzenlemelerde bu kararlardan yararlanılabilecektir. Aynı şekilde THH'lerin kendi verdikleri kararların akıbetlerini takip etmeleri, ileride verecekleri benzer kararlar bakımından çok önemlidir. Mahkemelerin kararlarını bilirlerse bir içtihat birliği sağlanması, böylece daha adil kararlar verilmesi mümkün olabilir.

4.5. SERİ OLARAK AYIPLI MALLAR

TKHK'nin 74. maddesine göre; ***"(1) Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri dava açabilir.***

(2) Satışa sunulan seri malın ayıplı olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi hâlinde, mahkeme ayıbın niteliğine göre malın satışını geçici olarak durdurma veya ayıbı giderme kararları verebilir. Üretici veya ithalatçı mahkeme kararının tebliğ tarihinden itibaren en geç üç ay içinde malın ayıbını ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Malın ayıbının ortadan kalkmasının imkânsız olması hâlinde mal, üretici veya ithalatçı tarafından toplanır veya toplattırılır. Toplatılan mallar taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilir veya ettirilir. İmha edilen malla ilgili tüketicinin dava ve tazminat hakları saklıdır.

(3) Satışa sunulan bir seri malın, tüketicinin güvenliğini tehlikeye sokan bir ayıp taşıması durumunda Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri saklıdır."

4.6. BANKA KARTLARI ve KREDİ KARTLARI İLE İLGİLİ İHTİLAFLAR

BKKKK, 44. maddesinde yetkili mahkeme ve merciler başlığı altında, bu Kanun'la ilgili çıkabilecek ihtilaflarla ilgili yetki ve görev kuralları benimsemiştir. Buna göre; ***"Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda kart hamilinin tüketici olması halinde, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 22 nci ve 23 üncü maddesi hükümleri uygulanır.***

Kart çıkaran kuruluşlar tarafından kart hamilleri aleyhine açılacak davalarda 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun görev ve yetkiye ilişkin hükümleri uygulanır."

Birinci fıkra, açık bir şekilde, sözleşmenin taraflarından birisinin tüketici olması halinde TKHK'nin 22. ve 23. maddelerinin uygulanacağını belirtmiştir. 6502 sayılı Kanun'un 86. maddesine göre, 4077 sayılı Kanun'a yapılmış atıflar, bu Kanun'a yapılmış sayılır. 4077 sayılı Kanun'un 22 ve 23. maddeleri, bu Kanun'un THH'leri düzenleyen 66. ve tüketici mahkemelerini düzenleyen 73. maddelerine tekabül etmektedir.

İkinci fıkraya göre ise, davacı tarafın kimliğine göre bir görev ve yetki tanımı yapılmış bulunmaktadır. Buna göre, eğer davayı kartı çıkaran kuruluş açacak ise, görevli ve yetkili mahkemeler, 1086 sayılı HUMK'a, günümüzde 6100 sayılı HMK'ya göre belirlenecektir. Yani genel mahkemelere gidilecektir.

Bize göre, bu hükümlerin şu şekilde anlaşılması gerekmektedir. Tüketici kredisi niteliğinde olan kredi kartları ile ilgili olarak BKKKK veya TKHK'nin tüketiciyi koruyucu hükümlerinin ihlali nedeniyle tüketici tarafından açılacak davalar, uyuşmazlığın miktarına göre THH veya tüketici mahkemelerinde görülecektir. Yetkili THH veya yetkili tüketici mahkemesi tüketicinin ikametgahı mahkemesidir.

Ancak kart çıkaran kuruluşların, kredi alacağının (sözleşmeden doğan ana yükümlülüklerin yerine getirilmesi) tahsili amacıyla borçlu tüketici veya kefili veya diğer kredi kartı hamilleri aleyhine açacağı davalar, genel mahkemelerde genel görev ve yetki kurallarına göre görüşülecektir.

5. TÜKETİCİ HAKEM HEYETLERİNİN İNCELEMELERİNDE DİKKAT ETMESİ GEREKEN BAZI HUSUSLAR

5.1. BAŞVURUNUN YAPILMASI

Yazılı olarak yapılacak başvurular, Yönetmelik Ek1'de bulunan formun doldurularak imzalanması şeklinde yapılabileceği gibi; bu formun çıktısı alınmadan hazırlanarak da yapılabilir (m. 11/1).

Ek1'deki dilekçe eksiksiz olarak doldurulursa dilekçedeki hususların değerlendirilmesine geçilir.

Elde yazılan bir dilekçe kullanılmışsa şu hususların belirtilmesi gerekir:

- Başvuru sahibinin T.C kimlik numarası,
- Başvuru sahibinin ikamet ettiği il/ilçe ve adresi,
- Uyuşmazlık bedeli,
- Şikayet edilenin ticaret unvanı,
- Başvuru sahibinin talebi,
- Başvuru sahibinin imzası,

Yukarıdaki hususların eksiksiz olduğunun anlaşılması üzerine şu aşamalar izlenecektir:

1. Başvuru sahibinin kimliği üzerine inceleme: Öncelikle, başvuru sahibinin TC kimlik numarası ve bu numaraya ait bilgiler kontrol edilmelidir. Sehven de olsa bu bilgilerde hatalar mevcut olabilmektedir. Kimlik bilgilerine ait bu gibi hatalar gerek taraflardan birinin yazılı talebi üzerine gerekse de hakem heyeti tarafından re'sen düzeltilebilir (m. 27/1). Aynı hüküm husumetin yöneltildiği taraf ile ifade ve hesap hataları bakımından da geçerlidir.

Bu inceleme üzerine hakem heyetinin üyelerinden biri başvuru sahibinin;

a) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eski eşi,

b) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyu,

c) Nişanlısı,

ç) Eşi,

d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımı,

e) Vekili, vasisi, kayyumu veya yasal danışmanı,

f) Aynı uyuşmazlıkla ilgili bilirkişi olarak dinlendiği veya hakem sıfatıyla hareket etmiş olduğu bir kişi olması halinde incelemede bulunmaması gerekir (Yönetmelik. m. 17). Bu durumda incelemede onun yerine yedek üyenin bulunması gerekir.

Not: Yapılacak başvurular ekseriyetle şikayette bulunan tüketicinin adına olacaktır. Fakat tüketici isterse kendini avukat aracılığı ile de temsil ettirebilir. Bu durumda başvuru dilekçesine avukatın adı ve adresi de yazılmalıdır. Çünkü verilecek kararın tebliği artık avukata yapılmak zorundadır (m. 25). Vekaletnamenin de ibraz edilmesi gerekmektedir. Aksi halde; avukatın tüketiciyi temsil edebilmesi mümkün olmayacaktır. Eşlerin birbirleri, arkadaşları, çocukları ya da ebeveynleri adına vekaletname ile veya vekaletnemesiz başvuruda bulunabilmeleri mümkün değildir. Çünkü 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun ("Avukatlık Kanunu""1136 sayılı Kanun") 35. maddesine göre, "Kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, ***hakem*** veya yargı ***yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak,*** adlî işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir."

2. Görev incelemesi: THH daha sonra görevli olup olmadığını inceler ve ancak görevli ise dosyayı tetkik etmeye devam etmek zorundadır. Bu incelemenin aşağıdaki şemaya göre yapılması gerekir. Görevli olmadığının anlaşılması halinde THH, başvuru yapabileceği yerleri (görevli ve yetkili THH'yi) de belirtmek suretiyle dosyayı reddedecektir (Yönetmelik. m. 6/5).

GÖREV TESPİTİ			
Büyükşehir statüsündeki iller		Büyükşehir statüsünde olmayan iller	
İl THH	İlçe THH	İl THH	İlçe THH
2000TL-2999TL miktarlı ise görevli	Yalnız 2000TL altı için görevli	0-3000TL arasındaki uyuşmazlıklar için görevli	Yalnız 2000TL altı için görevli

3. Yetki İncelemesi: THH, uyuşmazlık üzerine karar vermeye yetkisinin olup olmadığına karar vermek için başvuru dilekçesinin adres bölümünde yer alması gereken, tüketicinin ikamet adresine bakar.

Şayet tüketicinin ikametinin bulunduğu yerin THH'si ise yetki sahibidir. İkamet adresi başka bir yere aitse bu kez, tüketici işleminin yapıldığı yere bakılır. THH bu yer sınırları içinde ise yine yetki sahibidir (Yönetmelik. m. 7).

Yetkili olmayan THH'ye yapılan başvurular, görevli ve yetkili THH hangisi olduğu belirtilerek reddolunmalıdır.

Not: Şayet ilçe sınırları içinde yetkili bir THH henüz kurulmamışsa başvuru ilçedeki Kaymakamlığa da yapılabilir.

4. Talep Hakkında İnceleme: Başvuru sahibi, konu ve talebini açıkça yazmalı, dayandığı belgeleri sunmalıdır (m. 11). Konu ve talebin açıkça anlaşılmadığı başvurular üzerinden değerlendirilme yapılamaz. Fakat bazı durumlarda talebin tutar tespitinin kesin olarak yapılması başlangıç itibariyle mümkün değildir. Bu gibi durumlarda başvuru sahibinin hukuki ilişkiyi belirtmesi ve talebi hakkında asgari bir miktar göstermesi üzerine, bu talebine istinaden inceleme yapılabilir. Bu halde uyuşmazlık miktarının inceleme sırasında tam olarak ve belgelerle tespit edilmesi gerekecektir. Tespit edilen kesin miktar, ilk gösterilen miktardan az veya fazla olsa bile, görev sınırları içerisinde kalmak şartıyla, THH bu sonradan tespit edilen miktara karar verebilecektir (m. 22).

5. Husumetin İncelenmesi: Başvuru dilekçesinde, uyuşmazlığın karşı tarafının ticari unvanı ile birlikte belirtilmesi gerekir. Karşı tarafın hukuki ilişki kapsamında kim olduğunun anlaşılamadığı hallerde başvurunun reddedilmesi gerekir. Ayrıca dilekçede husumet yöneltilmeyen bir kişi aleyhine de her ne kadar uyuşmazlıkla ilgili ve sorumlu da olsa karar verilemez.

Not: Hukuki ilişkinin mahiyeti, uyuşmazlığın bir tüketici işleminden doğup doğmadığını gösterir. Tüketici işlemi olmayan hususlar hakkında karar verilemez. Örneğin, ticari krediler (bir banka ile bir ticari kuruluş arasındaki bir ilişki söz konusu olması nedeni ile) bir tüketici işlemi olmadığından bunlar hakkında yapılacak başvuruların reddedilmesi gerekir.

5.2. ŞİKAYETİN İNCELENMESİ

5.2.1. Savunma Hakkı

Savunma hakkı; anayasal bir haktır (Anayasa m. 36). Savunma hakkı, ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde de düzenlenmektedir.

Karşı tarafın savunması alınmadan verilen kararlar daha sonra tüketici mahkemesine yapılacak itirazlar neticesinde iptal edilebilecektir. (Bu itirazın kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde yapılması gerekmektedir.)

5.2.2. Bilgive Belge Talep Edilmesi

Tüketici hakem heyeti, uyuşmazlık konusuna ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan, ilgili kişi, kurum ve kuruluşlardan isteyebilir (Yönetmelik m.12/1).

Bilgi ve belge isteme yazılarının taahhütlü mektupla gönderilmesi esastır. Gecikilmesi halinde zarar doğabilecek işlerde, gerekçe belirtilmek suretiyle, memur vasıtasıyla tebligat yaptırılabilir

(Yönetmelik m. 12/2).

İstenen bilgi ve belgelerin sunulması için tebliğ tarihinden itibaren en fazla otuz gün süre verilir. Fakat bazı durumlarda, uyuşmazlığın niteliğine göre, otuz günlük bir süre bile savunma hakkının kullanılması için yeterli olmayabilecektir. Talep edilmesi ve tüketici hakem heyeti başkanlığınca uygun görülmesi halinde bu süre uzatılabilir (Yönetmelik m. 12/3). Her durumda, istenilen bilgi ve belgelerin toplanabilmesi için uygun bir süre verilmesi gerekir. Örneğin; on yıla ilişkin belgelerin üç gün içinde toplanarak ibraz edilmesi istenmemelidir. Talep edilmesi ve olayın şartlarının gerektirmesine rağmen, hakem heyeti başkanlığınca daha uzun bir sürenin verilmemesi, savunma hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile tüketici mahkemesinde kararın iptal edilmesine neden olabilir.

Not: Tüketici hakem heyeti başkanlığınca istenilen bilgi ve belgelerin verilen süre içinde sunulmaması halinde dosyadaki mevcut bilgi ve belgeler üzerinden karar verilir (Yönetmelik m. 12/4). Fakat bu durumda tüketicinin verdiği bütün beyanların doğru olduğu hemen kabul edilmemelidir. Tüketici, iddia ettiği olgu ve hususları ispatlamak durumundadır. Keza, yapılan başvuruya cevap vermemek suretiyle savunmada bulunmayan tarafın, iddia edilen hususları inkar ettiği kabul edilmelidir.

5.2.3. Usuli Hususlar

1. Bilirkişi Ataması Hakkında:

Tüketici hakem heyeti, çözümü özel veya teknik bilgi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut re'sen, bilirkişinin görüşünün alınmasına karar verebilir (Yönetmelik m. 19).

Hakem heyeti tek bir bilirkişi atarken herhangi bir gerekçe göstermek zorunda değildir. Fakat üç kişilik bir bilirkişi heyeti atamak istemekteyse bunun gerekçesinin gösterilmesi gerekmektedir (Yönetmelik m. 19/2).

Gerek görülmesi durumunda aynı bilirkişiden yahut heyetten ek bir rapor sunması istenebileceği gibi yeni bir bilirkişi yahut heyet atanması da sağlanabilir.

Bilirkişi seçilirken kanunların görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişi ve kuruluşlara, görevlendirildikleri konularda bilirkişi olarak öncelikle başvurulur. Ancak, kamu görevlilerine, bağlı bulundukları kurumlarla ilgili uyuşmazlıklarda ve işlerde, bilirkişi olarak görev verilemez.

Tüketici hakem heyeti üyelerinin mesleklerinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.

2. Derdestlik (Aynı Uyuşmazlık Hakkında Birden Fazla Başvuru):

Tüketicinin başvurusunun konusunu oluşturan bir uyuşmazlık hakkında daha önceden, gerek aynı tüketici hakem heyetine gerekse de farklı bir tüketici hakem heyetine başvurmuş olması durumunda karşı taraf derdestlik itirazında bulunabilecektir. Karşı tarafın bu itirazı üzerine hakem heyeti dosyayı inceleyemez. Bu itiraz hakkının kullanılması Yönetmelikte herhangi bir süreye bağlanılmadığından, kanaatimizce, bu süre incelemenin sonuna kadar kullanılabilir. Bu durumda THH durumu araştırır ve eğer derdestlik itirazının doğru olduğununa karar verirse başvuruyu bu gerekçeyle reddeder.

Yönetmelik m. 11/2 gereğince tüketicinin aynı uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak birden çok

başvuru hakkının olmadığı açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda şayet tüketici hakem heyeti, aynı hususta derdest bir başvuru olduğunu kendi öğrenirse ikinci başvuruyu kabul etmemelidir. Aynı tüketici hakem heyetine yapılan başvurularda bunun tespiti genellikle kolay olacaktır.

5.3. KARAR AŞAMASI

5.3.1. Karar Net ve Uygulanabilir Olmalı

Hakem heyetlerinin verdikleri kararların net olması ve icra edilirken tereddüt yaratmayacak şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Örneğin, ***"Tüketicinin mağduriyetinin giderilmesi"*** gibi muğlak ve yoruma açık karar veriliyor ise bu daha sonra Tüketici Mahkemesi'nde iptal edilebilecektir.

Aynı tüketici işleminden birden fazla uyuşmazlığın doğması da mümkündür. Örneğin; yapılan bir yılbaşı alışverişinde aynı iş yerinden farklı ürünler satın alınması durumunda tek bir tüketici işlemi söz konusu olabilecektir. Fakat bu ürünlerin her biri farklı bir sebep dolayısı ile uyuşmazlığa konu olabilecektir. Bu gibi durumlarda, toplam uyuşmazlık miktarı görev sınırlarını aşmadığı sürece ayrı ayrı başvuru yapılmış olması durumunda bile, uyuşmazlıklar tek bir başvuruda birleştirilerek karar verilebilir. Aynı tüketici işleminden kaynaklanan ve ayrı ayrı başvuru yapılmış birden fazla uyuşmazlığın değerleri toplamının görev sınırını aşması durumunda ise uyuşmazlıklar hakkında ayrı ayrı karar verilir (Yönetmelik m. 22/2).

5.3.2. Karar Talebe Cevap Vermeli

Tüketici hakem heyeti, uyuşmazlık ile ilgili karar verirken tarafların talebiyle bağlıdır (Yönetmelik m. 22). Taraflarca talep edilmemiş hususlar hakkında karar verilemez. Örneğin, faiz talep edilmemiş ise faize karar verilememesi gerekmektedir. Bunun istisnası, yukarıda da daha önce değinildiği üzere, uyuşmazlık miktarının başvuru esnasında kesin olarak tespit edilmesinin mümkün olmamasıdır. Bu husus Yönetmelik m. 22/1'in devamında düzenlenmiştir.

5.3.3. Kararın Şekli

Yönetmeliğe göre; ***"Hakem heyeti, en az üç üye ile toplanır ve oturuma katılanların oy çokluğu ile karar verir."*** (m. 16).

Yönetmeliğin 22. maddesine göre ise ***"Tutanak, başkan ve toplantıya katılan üyeler tarafından imzalanır."*** Bundan dolayı; imzasız, sadece Raportör imzalı, sadece "Aslı Gibidir" kaşeli, Heyette olmayan birinin (Örneğin Ticaret İl Müdürü Vekillerinden birinin) imzaladığı belgeler karar niteliği taşımaz.

Taraflara tebliğ edilmesi gereken karar, başkan ve toplantıya katılan üyeler tarafından imzalanmış olmalıdır. Kararın fotokopisinin değil aslının taraflara tebliğ edilmesi gerekir.

5.3.4. Vekalet Ücreti

Hakem heyetlerince vekalet ücretine hükmedilmemesi gerekir. THH'lerinde, tüketicinin, bir avukatla temsili halinde vekalet ücretine de hükmedilmesinin önüne geçen yasal düzenlemelerden sonra (6552 sayılı Kanun, madde 140) taraflar (tüketici veya savunma tarafı) kendisini avukatla temsil ettirmiş olsa dahi avukatlar lehine olarak vekalet ücretine hükmedilemeyecektir.

5.4. DİĞER SORUNLAR

1. Yurtdışında yapılan işlem için Türkiye'de hakem heyetine başvurulabilir mi?

"Başvurular, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu veya tüketici işleminin yapıldığı yerdeki tüketici hakem heyetine yapılabilir." Bu yer dışında yapılan başvuruların THH tarafından reddedilmesi gerekmektedir.

Örneğin KKTC'de (yani yurt dışında) yapılan tüketici işlemleri için ancak tüketicinin yerleşim yeri Türkiye'de ise yerleşim yerindeki THH'ye başvurabilir, yerleşim yeri KKTC'de ise başvurunun reddedilmesi gerekir.

2. Hakem Heyetlerinin itirazın iptaline ve icra inkar tazminatına karar vermesi

6502 sayılı Yasa'nın 68. maddesine göre;

"Değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru ***zorunludur.***"

20.12.2015 Tarih ve 29568 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68 inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6 ncı maddelerinde yer alan parasal sınırların artırılmasına ilişkin tebliğ" in 3. maddesine göre; günümüzde parasal sınır; " (1) Tüketici hakem heyetlerinin, uyuşmazlıklara bakmakla görevli olmalarına ilişkin parasal sınırlar; a) İlçe tüketici hakem heyetlerine başvuru için üst parasal sınır, 2.320 Türk Lirası, b) Büyükşehir statüsünde olan illerdeki il tüketici hakem heyetlerine başvuru için parasal sınır, 2.320 Türk Lirası ile 3.480 Türk Lirası arası, c) Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerindeki il tüketici hakem heyetlerine başvuru için üst parasal sınır, 3.480 Türk Lirası, ç) Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerde, il tüketici hakem heyetlerine başvuru için parasal sınır, 2.320 Türk Lirası ile 3.480 Türk Lirası arası" olarak tespit edilmiştir.

İcra-İflas Kanunu'nun 67. maddesinde; "Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir." denilmektedir.

Oysa Tüketici Hakem Heyetleri, mahkeme değildirler. ***Anayasa Mahkemesi,*** bir hakem heyeti tarafından yapılan başvuruyu, 27 Aralık 2007 tarih ve 26739 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararında, tüketici sorunları hakem heyetlerinin ***mahkeme vasfına sahip olmadıkları*** gerekçesiyle reddetmiştir.

Bu halde; açıkça bir yetkilendirme olmaksızın Tüketici Hakem Heyetleri'nin, mahkemelerin görev alanına giren hususlarda karar vermeleri mümkün değildir. Bu şekilde bir başvuru geldiği takdirde, itirazın iptali ve icra inkar tazminatına ilişkin taleplerin reddi gerekir. Bununla birlikte; tüketicinin başvurusu, normal bir başvurunun içermesi gereken diğer unsurları içeriyorsa normal bir başvuru gibi kabul edilerek yukarıda belirtilen şekilde konunun esası hakkında inceleme yapılmalıdır. Sonuçta itirazın iptali ve icra inkar tazminatı talebinin reddine, ancak esasa ilişkin tüketici haklı ise tüketicinin haklı talebinin karşılanması yönünde, haksız ise başvurunun tamamen reddi yönünde karar verilmelidir.

3. Hakem heyetlerinin iş yükü sebebiyle yapmak durumunda kaldıkları yanlış uygulamalar

TKHK çerçevesinde tüketici işlerinin çok geniş bir tanıma sahip olması neticesinde, birçok uyuşmazlık tüketici hakem heyetlerinin önüne gelmektedir. Bu iş yükü çerçevesinde THH'ler de iş yüklerini azaltmak için farklı uygulamalar geliştirmektedir. Fakat bu uygulamaların hepsi Yönetmelik hükümlerine uygun değildir. Örneğin, aynı tacire karşı yöneltilen çok sayıda uyuşmazlık tablo yapılarak toplu bilgi-belge-savunması şeklinde gönderilmektedir. Bu şekilde bir uygulama kanuna uygun olarak değerlendirilemez. Yukarıda da belirtildiği üzere, Yönetmelik m. 22 uyarınca, aynı tüketici işleminden kaynaklanan birden fazla uyuşmazlık için bir tüketicinin aynı tacire karşı ayrı ayrı başvuru yapması durumunda bile, uyuşmazlığın değerleri toplamı tüketici hakem heyetinin görev sınırı içinde kalmak şartıyla, tek bir başvuruda birleştirilerek karar verilebilmektedir. Bu sebepten dolayı, farklı başvuruların birleştirilerek tek bir tablo halinde gönderilmesi mümkün değildir. Başvuruların bu şekilde Yönetmelik hükümlerine de aykırı olarak birleştirilmesi durumunda, cevap süresinin otuz gün olan en yüksek sınırdan takdir edilmesi savunma hakkının ihlal edilmediği anlamına gelmemelidir. Her bir başvuru tek tek kendi koşulları ve delilleri çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Yapılacak usuli işlemler de ayrı ayrı dosyalar bazında yapılmalıdır.

6. PARA CEZALARI

6.1. GENEL OLARAK

Kanun'a aykırı davranışlar hakkında verilecek olan idari para cezaları 77. maddede düzenlenmiştir. 78. madde ise, bu cezaları vermeye yetkili makamlar ve itirazı düzenlemektedir. Hükümler şu şekildedir:

"Ceza hükümleri

MADDE 77 – (1) Bu Kanunun 4 üncü, 6 ncı, 7 nci, 18 inci, 19 uncu, 20 nci, 21 inci, 23 üncü, 26 ncı, 30 uncu, 33 üncü, 35 inci, 48 inci, 49 uncu, 51 inci, 52 nci, 54 üncü ve 57 nci maddelerinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

(2) Bu Kanunun 5 inci maddesi uyarınca belirlenen haksız şartların tüketici sözleşmelerinde kullanılması durumunda, Bakanlıkça verilecek süre içinde bu haksız şartın sözleşme metninden çıkarılmaması hâlinde, aykırılığın tespit edildiği her bir sözleşme için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

(3) Bu Kanunun 24 üncü, 25 inci, 27 nci, 28 inci, 29 uncu, 34 üncü, 36 ncı, 37 nci, 38 inci, 39 uncu, 41 inci, 43 üncü, 45 inci, 46 ncı maddeleri ile 31 inci maddesinin birinci, ikinci ve dördüncü, 40 ıncı maddesinin ikinci, 47 nci maddesinin üçüncü, dördüncü, beşinci, yedinci ve 50 nci maddesinin dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, dokuzuncu ve on birinci fıkralarında belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

(4) Bu Kanunun 44 üncü maddesinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında teslim edilmeyen her konut için yirmi bin Türk Lirası, 50 nci maddesinin onuncu fıkrasına aykırı

hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

(5) Bu Kanunun 40 ıncı maddesinin üçüncü fıkrası ile 47 nci ve 50 nci maddelerinin ikinci fıkralarında belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında yüz bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

(6) Bu Kanunun 55 inci ve 56 ncı maddelerinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket eden üretici ve ithalatçı hakkında piyasaya arz edilen; satıcı hakkında tüketiciye satışı yapılan her bir mal için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

(7) Bu Kanunun 60 ıncı maddesinde belirtilen hususlara aykırı olarak ödül verenler hakkında yüz bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

(8) Bu Kanunun 31 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, 42 nci maddesinde ve 50 nci maddesinin sekizinci fıkrasında belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenlere bu aykırılığın giderilmesi için bir ay süre verilir. Bu süre sonunda aykırılığın giderilmemesi hâlinde 31 inci maddenin üçüncü fıkrasına aykırı hareket eden kart çıkaran kuruluşlara beş milyon Türk Lirası, 42 nci maddeye ve 50 nci maddenin sekizinci fıkrasına aykırı hareket edenler hakkında beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

(9) Bu Kanunun 53 üncü maddesinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket eden süreli yayın kuruluşları hakkında beş bin Türk Lirası; aykırılık ülke genelinde dağıtımı yapılan süreli yayın ile gerçekleştirilmiş ise yüz bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır. Süreli yayın kuruluşu, kampanyayı ve kampanyaya ilişkin her türlü reklam ve ilanı da durdurur. Aykırılığın devamı hâlinde, reklam ve ilanın durdurma zorunluluğunun doğduğu tarihten itibaren her sayı/gün için on bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

(10) Bu Kanunun 58 inci maddesine aykırı davranan üretici ve ithalatçılar hakkında, satış sonrası hizmet yeterlilik belgesinin alınmaması durumunda yüz bin Türk Lirası; kurulmayan her bir servis istasyonu için on bin Türk Lirası; servis istasyonlarında tespit edilen eksiklik ve aykırılıklarla ilgili olarak her bir servis istasyonu için bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

(11) Bu Kanunun 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket eden radyo ve televizyonlar hakkında on bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

(12) Bu Kanunun 61 inci maddesinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket eden reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası ve gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası uygulanır. Reklam Kurulu, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. Aykırılık;

a) Yerel düzeyde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise on bin Türk Lirası,

b) Ülke genelinde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise iki yüz bin Türk Lirası,

c) Süreli yayınlar aracılığıyla gerçekleşmiş ise (a) ve (b) bentlerinde belirtilen cezaların yarısı,

ç) Yerel düzeyde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise beş bin Türk Lirası,

d) Ülke genelinde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası,

e) İnternet aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası,

f) Kısa mesaj aracılığı ile gerçekleşmiş ise yirmi beş bin Türk Lirası,

g) Diğer mecralar aracılığı ile gerçekleşmiş ise beş bin Türk Lirası,

idari para cezası verilir. Reklam Kurulu, idari işleme konu ihlalin bir yıl içinde tekrar edilmesi hâlinde yukarıda belirtilen idari para cezalarını on katına kadar uygulayabilir.

(13) Bu Kanunun 62 nci maddesinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında haksız ticari uygulamanın üç aya kadar tedbiren durdurulması veya durdurulması yaptırımı veya beş bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır. Kurul, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. İdari para cezası, aykırılık ülke genelinde gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası olarak uygulanır. Aykırılığın reklam yoluyla gerçekleştirildiğinin tespiti hâlinde bu maddenin on ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

(14) Bu Kanunun 74 üncü maddesinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket eden üretici veya ithalatçılar hakkında yüz bin Türk Lirası; 79 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında beş bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

(15) Bu Kanunun 75 inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında yedi gün içinde bilgi ve belgelerin doğru olarak verilmesi veya yerinde inceleme imkânının sağlanması ihtar edilir. İhtara rağmen aykırılığın devamı hâlinde yirmi beş bin Türk Lirasından az olmamak üzere aykırılığın tespitinden bir önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde birine kadar idari para cezası verilir. Aykırı fiilin bir yıl içinde tekrar edilmesi hâlinde idari para cezası iki misli olarak uygulanır.

(16) Bu Kanunun 76 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülüklere aykırı hizmet sağlayan sağlayıcılar hakkında her bir işlem için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır.

(17) Bu Kanunun 80 inci maddesine aykırı olarak piramit satış sistemini başlatan, düzenleyen veya toplantı, elektronik posta veya diğer birçok kimsenin de katılımını sağlamaya elverişli yöntemlerle yayan veya böyle bir sistemin diğer bir şekilde yayılmasını ticari amaçlarla destekleyenler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.

(18) Yukarıda belirtilenlerin dışında kalan ancak bu Kanunun getirdiği yükümlülükler ile Bakanlıkça yönetmelik veya tebliğle belirlenen tedbirlere uymayanlar hakkında bin Türk Lirasından elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.

(19) Bu maddenin sekizinci, dokuzuncu, on ikinci ve on üçüncü fıkralarındaki idari para cezaları hariç olmak üzere, aykırılığın tespit edildiği tarih itibarıyla bir takvim yılında uygulanan toplam idari para cezası tutarının yirmi beş bin Türk Lirasını aştığı durumlarda, bu miktardan az olmamak ve yüz milyon Türk Lirasını geçmemek üzere toplam idari para cezası tutarı;

a) Cezaya muhatap gerçek ya da tüzel kişinin, aykırılığın tespitinden bir önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde beşini aşamaz. Bir önceki yıl gayrisafi gelirinin oluşmaması hâlinde, tespit tarihi itibarıyla oluşan gayrisafi geliri dikkate alınır. Gayrisafi gelirlerinin bildirilmediği veya yanlış bildirildiği durumlarda bu bent hükmü uygulanmaz.

b) Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar için, kamuya açıklanan en son finansal tablolarda yayınlanan öz kaynağının binde beşini aşamaz.

(20) Bu Kanuna göre idari yaptırım uygulanması, diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemez. Bakanlık, bu maddenin uygulanmasında oluşacak tereddütleri gidermeye yetkilidir.

Cezalarda yetki ve itiraz

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

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

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

Bu hükümlerden anlaşılan odur ki, ihlal sayılan fiillerin niteliklerine göre tasnif edilmesi söz konusu değildir. Kanun'un cezaları düzenleyen 77. maddesi genel olarak, Kanun'daki yazılış sıralarına göre ve verilmesi düşünülen para cezasının büyüklüğüne göre bir tasnif yapmıştır. Öte yandan, cezayı verecek makama göre de bir tasnif yapılmıştır. Buna göre, asıl yetkili makam valiliklerdir. Özel yetkili diğer makamlar ise, Reklam Kurulu ve Bakanlık'tır. Aşağıda cezalar, onu vermeye yetkili makam esas alınarak tasnif edilecektir. Burada şunu da belirtelim ki, para cezalarının verilmesine ilişkin idari usul kurallarının neler olacağına ilişkin herhangi bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. Bu durumda idari usul hukukunun genel kuralları çerçevesinde hareket edileceği sonucuna ulaşılabilir.

6.1.1. Para Cezalarının Hukuki Mahiyeti

Bilindiği üzere hukukumuzda para cezaları adli ve idari para cezaları olarak ikiye ayrılmaktadır. Adli para cezaları yargısal makamlar tarafından yapılan yargılama sonucunda verilen cezaladır.

İdari para cezaları ise idari makamlar tarafından, ilgili kanunlarda kabahat olarak tanımlanan eylemlerin işlenmesi sonucu verilen cezalardır. 5326 sayılı Kanun'un 2. maddesi Kabahat'i; kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık" olarak tanımlamış olup 6502 sayılı Kanun'un ihlali niteliğindeki eylemler de karşılığında idari yaptırım uygulanması öngörüldüğü için kabahat niteliğindedir. Uygulanan cezalar da idari yaptırım niteliğinde olan idari para cezalarıdır.

6502 sayılı Tüketici Kanunu'nun ihlalinden kaynaklanan cezaların mahiyetinin tespiti bizi şu sonuca ulaştırmaktadır. Öncelikle 6502 sayılı Kanun'da düzenlenen ihlaller kabahat niteliğinde olup, idari para cezasının tesisinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. Maddesinin 2. Fıkrası gereğince 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun genel hüküm ve ilkelerinin gözetilmesi gerekmektedir.

6.1.2. Tabi Olması Gereken İlkeler

6.1.2.1. Kanunilik İlkesi

Kanunilik ilkesi evrensel bir hukuk normu olan "Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz" prensibinin idari yaptırımlar alanındaki yansımasıdır. Kanunilik ilkes 5326 sayılı Kanun'un 4. Maddesinde düzen-

lenmiştir. 5326 sayılı Kanun'un 4. Maddesi suç ve cezalara nazaran kabahatler konusunda daha esnek bir politika izleyerek idareye yetki vermektedir. Şöyleki 5326 sayılı Kanun'un 4. Maddesinin 1. Fıkrasına göre: "Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir." hükmünü getirmiştir. Ancak hükümden de görülebileceği üzere ancak Kanunla açık bir yetki verilmesi durumunda idare bu konuda düzenleme yapabilecektir. Ayrıca 5326 sayılı Kanun'un 4. Maddesinin 2. Fıkrası "Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir." Hükmünü getirerek idarenin yaptırımın türü, süresi ve miktarının ancak Kanunla belirlenebileceğini hüküm altına almıştır.

Kanunilik İlkesinin bir gereği olarak idari yaptırımlar hususunda belirlilik kuralı bulunmaktadır. Buna göre idari yaptırım ancak belirli ve açık bir şekilde düzenlenmesi durumunda uygulanabilecektir. Dolayısıyla; kabahatin ve idari yaptırımın öngörülebilir, anlaşılabilir, ulaşılabilir olması gerektiği söylenebilecektir.Kanunilik ilkesinin diğer bir unsuru olarak kıyas yasağı karşımıza çıkmaktadır. Kıyas yasağının amacı, hakkında bir hüküm vaz edilmeyen bir alanda, hâkim ya da idari yaptırım uygulayacak merciinin, başka bir normu kıyasen uygulayamamasıdır. Bu yasak, bireylere, hukuksal öngörülebilirlik imkânı tanımakta ve hukuk güvenliğini sağlamaktadır[17].

Kanunilik ilkesinin bir diğer unsuru ise geçmişe uygulama yasağı ve lehe kanun uygulamasıdır. 5326 sayılı Kanun'un 4. Maddesi zaman bakımından uygulama konusunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulama hükümlerine atıf yapmıştır. Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu'nu hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Buna göre; "Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceklerinden, sonradan çıkan bir yasa, yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz."[18] Ancak bu kuralın bir istisnası bulunmaktadır o da, lehe kanun uygulamasıdır. Şöyle ki; "kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan çıkarılan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise, failin lehine olan kanunun uygulanması esastır. "[19]

6.1.2.2. Kusur İlkesi

Kusur ilkesi 5326 sayılı Kanun'un 9. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu ilke, kusursuz olan bir kişinin cezalandırılamaması anlamına gelmektedir. Ceza hukukunda olduğu gibi, idari yaptırımlar alanında da uygulanmaktadır. 5326 sayılı Kanun'un 12. Maddesi ise aksine hüküm bulunmayan hallerde Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümlerinin, kabahatler bakımından da uygulanacağını belirtmiştir.

17 Hayrettin Kurt, İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, 2014, S.1, Sayfa 155

18 Anayasa Mahkemesi, 4.6.2003 tarihli, E. 2001/392, K. 2003/60, RG 18.12.2003, S. 25320.

19 Danıştay 10. Dairesi, 5.5.2004 tarihli, E. 2002/1515, K. 2004/4414.

6.1.2.3. Şahsilik İlkesi

Cezaların şahsiliği ilkesi, kimsenin işlemediği bir eylemden dolayı sorumlu tutulmamasını, suçun işlenmesine bizzat ya da dolaylı olarak katılmadıkça cezalandırılmamasını ifade etmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası, "Ceza sorumluluğu şahsidir" ilkesine yer vermiş; 5237 sayılı TCK'nın 20. maddesinin birinci fıkrası ise "Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz" ifadesiyle, Anayasa'daki ilgili hükmü yinelemiştir.

6.1.2.4. Ölçülülük İlkesi

Anayasamızın 13. Maddesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük prensibini benimsemiştir. Kişi hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olan idari yaptırımlar söz konusu olduğunda da idare tarafından tesis edilecek işlemde de bu ilkenin gözetilmesi gereklidir. Bir yaptırım, ihlalin ağırlık derecesi ile orantılı olmalıdır.

6.1.3. Sözleşme ve İşlem Kavramları

6502 sayılı Kanun idari para cezasına ilişkin olarak ***"aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme"*** kavramlarını kullanmış ve sözleşmeler dışındaki işlemlere de yaptırım öngörmüştür. Nitekim; aynı nedenle 6502 sayılı Kanun'un 3. maddesi tüketici işlemini; "Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere ***her türlü sözleşme ve hukuki işlem***" olarak tanımlamış ve tüketici işleminin kapsamını genişletmiştir. Bu hükümler karşısında üretici, sağlayıcı ve satıcıların tüketicilere karşı yükümlülüğünün sözleşmenin kurulması sonrasında başladığından ve sadece sözleşmesel bir sorumluluk olduğundan söz edilemeyecektir.

Bilindiği üzere sözleşme; karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile taraflar arasında kurulan hukuki ilişki olarak tanımlanmaktadır. "Hukuki işlem ise; ***"Bir hak veya hukuki ilişkinin doğumu, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması sonucuna yönelmiş tek taraflı, iki taraflı veya çok taraflı irade beyanları olarak tanımlanabilecektir."*** Bu noktada, Kanun koyucu sözleşmeden daha geniş bir kavram olan işlem kavramını da kullanarak üretici, sağlayıcı ve satıcıların tüketici ile sözleşmesel nitelikte olmayan işlemlerine yönelik olarak da yükümlülük ve yaptırım öngörmüştür. Örneğin; bir banka bir tüketici ile tüketici kredisi sözleşmesi kurduğunda tüketiciye karşı kurmuş olduğu sözleşme ile sorumlu olacak ve sözleşmenin Kanun'a aykırılığından veya sözleşmedeki yükümlülüklere aykırılıktan bahsedilebilecektir. Ancak 6502 sayılı Kanun'a göre banka tüketici ile kredi sözleşmesi kurmadan önce içeriği Kanun ve Yönetmelikler ile belirlenmiş bir bilgi formu vermek ve tüketiciyi aydınlatmak ile yükümlendirilmiştir. Fakat bu noktada sözleşmesel bir ilişkiden bahsedilemeyecektir. Zira tarafların henüz kredi sözleşmesi kurmak hususunda karşılıklı iradeleri bulunmamaktadır. Ancak banka tarafından sözleşme kurmak gayesi ile tüketiciye verilecek olan bilgi formu Kanun'un öngördüğü bir hukuki işlem olup Kanun'a göre tüketici işlemi niteliğindedir. Görülebileceği üzere Kanun Koyucu bu tercihi ile üretici, sağlayıcı ve satıcılara sözleşme öncesi ve hatta sözleşme sonrası çeşitli yükümlülükler getirmiş ve idari yaptırıma bağlamıştır.

Bu bağlamda üretici, sağlayıcı ve satıcıların tüketicilere karşı; aralarında sözleşme kurulmuş olduğu zaman sözleşme ile, sözleşmenin kurulmadığı hallerde ise tüketiciye yönelik olarak gerçekleştirmiş oldukları hukuki işlemler ile sorumlu oldukları söylenebilecektir.

İdari para cezalarının sözleşme veya işlem bazında verilecek olması nedeniyle bir sözleşmede kanunun cezai yaptırıma bağladığı birden fazla ihlal olması halinde tek bir fiil ile kanunun çeşitli hükümlerinin ihlal edilmesi söz konusu olacaktır. Nitekim burada kabahati oluşturan fiil sözleşmenin akdedilmesi fiilidir. Bu durumda her bir ihlal için ayrı ayrı idari yaptırım uygulanamayacağından hangi ihlal daha ağır idari para cezasını gerektiriyorsa onun uygulanması gerekecektir.

Keza bir sözleşmenin hayata geçirilmesi sırasında yapılan işlemler bağımsız birer işlem değil sözleşmenin ifasından ibaret işlemlerdir. Bu nedenle bu aşamada oluşacak bir ihlal söz konusu ise yine sözleşme bazında cezanın verilmesi gerekmektedir.

"Her bir işlem" kavramı ise yukarıda da belirttiğimiz gibi sözleşme sayılmayacak olan bazı işlemleri kapsadığı gibi bazı tür sözleşmeleri de kapsadığı kanaatindeyiz. BDDK Ücret Yönetmeliği incelendiğinde sürekli ilişki gerektiren tüketici kredisi gibi sözleşmelerle, ani edimli örneğin; havale gönderme gibi işlemlerin birbirinden ayrıldığı görülmektedir. Bu durumda, Kanunun sözleşme kavramının da daha çok sürekli ilişki gerektiren kredi sözleşemeleri gibi sözleşemeleri kast ettiği işlem derken de sözleşeme olmayan işlemler yanında ani edimli bazı sözleşmeleri de kasteddiği kabul edilebilir.

Bu durumda kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince diğer hususların yorum yoluyla cezaya tabi bir işlem olarak kabul edilmemesi gerekir.

6.2. BAKANLIĞIN YETKİSİNDE OLAN CEZALAR

TKHK'nin 78. maddesinin 1. fıkrasına göre; ***"Bu Kanunun 77 nci maddesinin ikinci, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve on birinci fıkralarındaki idari yaptırımlar Bakanlık tarafından verilir; on ikinci ve on üçüncü fıkraları uyarınca Reklam Kurulu tarafından karar verilen idari yaptırımlar Bakanlık tarafından uygulanır."***

Bu hükümler şunlardır:

TKHK'nin 77. maddesinin 2. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 5 inci maddesi uyarınca belirlenen haksız şartların tüketici sözleşmelerinde kullanılması durumunda, Bakanlıkça verilecek süre içinde bu haksız şartın sözleşme metninden çıkarılmaması hâlinde, aykırılığın tespit edildiği her bir sözleşme için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır." Burada ceza sözleşme başına verilecektir. Sözleşmenin matbu basılmış adedi değil tüketici ile yapılmış olan adedi önemlidir. Tüketici ile kaç adet sözleşme yapılmış ise o kadar adet ceza verilebilecektir.

TKHK'nin 77. maddesinin 7. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 60 ıncı maddesinde belirtilen hususlara aykırı olarak ödül verenler hakkında yüz bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır." Tüketici ödülleri tüketicinin haklarını aramasını teşvik amacıyla verilecektir. Herhangi bir menfaat güdülmeden ve objektif kriterlere göre verilmesi gerekmektedir. Bakanlık tüketici ödülleri ile ilgili bir yönetmelik çıkaracaktır. Bu hususlara aykırı davranılması halinde bu hükme göre para cezası verilecektir.

TKHK'nin 77. maddesinin 8. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 31 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, 42 nci maddesinde ve 50 nci maddesinin sekizinci fıkrasında belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenlere, bu aykırılığın giderilmesi için bir ay süre verilir. Bu süre sonunda aykırılığın giderilmemesi hâlinde 31 inci maddenin üçüncü fıkrasına aykırı hareket eden kart çıkaran kuruluşlara beş milyon Türk Lirası, 42 nci maddeye ve 50 nci maddenin sekizinci fıkrasına aykırı hareket edenler hakkında beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır." 31. maddeye göre kart çıkaran kuruluşların ücretsiz bir kredi kartı çıkarmaları zorunludur. 42 ve 50. maddeler ön ödemeli konut veya devre tatil satışları halinde taşınmaz inşaatı ile ilgili olarak Bakanlık'a verilmesi gereken teminatı düzenlemektedir. Aykırı davranış halinde öngörülen ceza oldukça yüksek bir cezadır. Kart çıkaran kuruluşlar bir kenara bırakılacak olursa, işin mahiyeti de bunu gerektirmektedir.

TKHK'nin 77. maddesinin 9. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 53 üncü maddesinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket eden süreli yayın kuruluşları hakkında beş bin Türk Lirası; aykırılık ülke genelinde dağıtımı yapılan süreli yayın ile gerçekleştirilmiş ise yüz bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır. Süreli yayın kuruluşu, kampanyayı ve kampanyaya ilişkin her türlü reklam ve ilanı da durdurur. Aykırılığın devamı hâlinde, reklam ve ilanın durdurma zorunluluğunun doğduğu tarihten itibaren her sayı/gün için on bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır." Kanun'un 53. maddesi süreli yayın kuruluşlarının uygulayacakları promosyonlarda süreli yayın amaçlarına uygun kültürel ürünler dışında bir mal veya hizmetin süreli yayınla ilişkilendirerek verilmesini yasaklamaktadır. Bu konuda bir yönetmelik de yayınlanacaktır. Bu kurallara uymayanlara öncelikle belirli miktarlar olarak tespit edilen cezalar uygulanacaktır. Eğer durdurma kararına rağmen devam ederlerse bu kez cezalar her sayı gün için uygulanacaktır. Bu çok yüksek rakamlara ulaşabilecek bir cezalandırma yöntemidir.

TKHK'nin 77. maddesinin 11. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket eden radyo ve televizyonlar hakkında on bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır." Kanun'un 59. maddesinin ikinci fıkrasında tüketicinin bilinçlendirilmesi amacıyla ülke genelinde yayın yapan televizyon ve radyo kuruluşlarının ayda on dakikadan az olmamak üzere ve belirli saatler arasında yayın yapmaları gerekmektedir. Bunu da RTÜK'e bildirmeleri zorunludur.

6.3. REKLAM KURULU YETKİSİNDE OLAN CEZALAR

TKHK'nin 77. maddesinin 12 ve 13. fıkralarında yer alan aldatıcı reklam ve haksız ticari koşul uygulamaları hakkındaki cezalar, Reklam Kurulu tarafından verilir; ancak Bakanlık tarafından uygulanır. Bu ihlaller ve cezaları şunlardır:

TKHK'nin 77. maddesinin 12. fıkrasına göre;" Bu Kanun'un 61 inci maddesinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket eden reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası ve gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası uygulanır. Reklam Kurulu, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. Aykırılık;

a) Yerel düzeyde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise on bin Türk Lirası,

b) Ülke genelinde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise iki yüz bin Türk Lirası,

c) Süreli yayınlar aracılığıyla gerçekleşmiş ise (a) ve (b) bentlerinde belirtilen cezaların yarısı,

ç) Yerel düzeyde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise beş bin Türk Lirası,

d) Ülke genelinde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası,

e) İnternet aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası,

f) Kısa mesaj aracılığı ile gerçekleşmiş ise yirmi beş bin Türk Lirası,

g) Diğer mecralar aracılığı ile gerçekleşmiş ise beş bin Türk Lirası,

idari para cezası verilir. Reklam Kurulu, idari işleme konu ihlalin bir yıl içinde tekrar edilmesi hâlinde, yukarıda belirtilen idari para cezalarını on katına kadar uygulayabilir." Kanun özel bir tekerrür hükmü kabul etmiş bulunmaktadır.

TKHK'nin 77. maddesinin 13. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 62 nci maddesinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında haksız ticari uygulamanın üç aya kadar tedbiren durdurulması veya durdurulması yaptırımı veya beş bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır. Kurul, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. İdari para cezası, aykırılık ülke genelinde gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası olarak uygulanır. Aykırılığın reklam yoluyla gerçekleştirildiğinin tespiti hâlinde, bu maddenin on ikinci fıkra hükümleri uygulanır."

6.4. VALİLİKLERİN YETKİSİNDE OLAN CEZALAR

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, cezalara ilişkin idari yaptırım yetkisi genel olarak valiliklerdedir. Reklam Kurulu ve Bakanlık'ın yetkileri özel olarak sayılmakla gösterilmiş ve kalan konularda ceza uygulamaya Valilikler yetkili olarak gösterilmiştir.

TKHK'nin 77. maddesinin 1. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 4 üncü, 6 ncı, 7 nci, 18 inci, 19 uncu, 20 nci, 21 inci, 23 üncü, 26 ncı, 30 uncu, 33 üncü, 35 inci, 48 inci, 49 uncu, 51 inci, 52 nci, 54 üncü ve 57 nci maddelerinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır."

Kanun'un 4. maddesinde tüketici sözleşmelerinin şekli, sözleşmenin tüketici aleyhine değiştirilme yasağı, ek masraf talep etme yasağı, ücretler ve masraflara ilişkin bilgilerin sözleşmeden ayrı bir belge ile tüketiciye verilmesi zorunluluğu, tüketiciden kıymetli evrak alınması halinde nama yazılı olması, alınan şahsi teminatların adi kefalet hükmünde olduğu, bileşik faiz yasağı konuları düzenlenmektedir.

Kanun'un 6. maddesinde satıştan kaçınma yasağı ve 7. maddesinde ise, sipariş edilmeden mal gönderme yasağı düzenlenmektedir.

Kanun'un 18. maddesinde taksitli satışlarda cayma hakkı verilmesi zorunluluğu, 19. maddesinde taksitli satışlarda tüketicinin temerrüdünün şartları, 20. maddede taksitli satışlarda tüketicinin erken ödeme hakkı, 21. maddede ön ödemeli satışlar düzenlenmektedir. 23. maddede ise tüketici kredilerinde ön bilgilendirme yükümlülüğü, 26. maddede tüketici kredilerinde değişiklik yapılmasının şartları, 30. maddede bağlı kredilerde tüketicinin kredi verene karşı sahip olduğu haklar, 33. maddede konut finansmanı sözleşmelerinde tüketiciyi sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü, 35. maddesinde konut finansmanı sözleşmesinin bir bağlı kredi ile yapılması halin-

de tüketicinin sahip olacağı haklar, düzenlenmektedir. 48. maddede mesafeli satış sözleşmelerinin tabi olacağı kurallar, 49. maddede finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerin tabi olacağı kurallar, 51. maddede ise paket tur sözleşmelerinin tabi olacağı kurallar, 52. maddede abonelik sözleşmelerinin tabi olacağı kurallar, 54. maddede fiyat etiketinin şekli ve kullanma yükümlülüğü, 57. maddede ise ihtiyari garanti belgesinin şartları düzenlenmektedir.

TKHK'nin 77. maddesinin 3. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 24 üncü, 25 inci, 27 nci, 28 inci, 29 uncu, 34 üncü, 36 ncı, 37 nci, 38 inci, 39 uncu, 41 inci, 43 üncü, 45 inci, 46 ncı maddeleri ile 31 inci maddesinin birinci, ikinci ve dördüncü, 40 ıncı maddesinin ikinci, 47 nci maddesinin üçüncü, dördüncü, beşinci, yedinci ve 50 nci maddesinin dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, dokuzuncu ve on birinci fıkralarında belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır."

Kanun'un 24. maddesinde tüketici kredilerinde tüketicinin cayma hakkı, 25. maddede belirli süreli tüketici kredilerinde faizin değiştirilme yasağı ve sözleşmede bulunması gereken konular, 27. maddede tüketici kredilerinde tüketicinin erken ödeme hakkı, 28. maddede temerrütün şartları, 29. maddede ise tüketici kredilerinde tüketiciyi kendi acentesinden sigorta yaptırmaya zorlama yasağı, 34. maddede konut finansmanı sözleşmesinde temerrütün şartları, 36. maddede konut finansmanı sözleşmelerinde faizlerin sabit veya değişken olmasının şartları, 37. maddesinde tüketicinin erken ödeme hakkı, 38. maddede kendi acentesinde sigorta yaptırmaya zorlama yasağı, 39. maddede krediye bağlı hesap açılmasının şartları, çıkarılacak yönetmeliğe ilişkin konuları düzenlenmektedir. 41. maddede ön ödemeli konut satış sözleşmesinin şekil şartı, 43. maddede ön ödemeli konut satış sözleşmesinden tüketicinin cayma hakkı, 45. maddede ön ödemeli konut satış sözleşmesinden tüketicinin cayma hakkı, 46. maddede ön ödemeli konut satışına ilişkin çıkarılacak yönetmeliğe ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrasında tüketici kredisine bağlı hesap açılması halinde, ücret alma yasağı, ikinci fıkrasında tüketicinin talimatı olmadan kredili mevduat hesabı açılması yasağı ve dördüncü fıkrasında ise, bu konuda çıkarılacak yönetmeliğe uyma zorunluluğu düzenlenmektedir. Kanun'un 40. maddesinin ikinci fıkrasında ön ödemeli konut satışında sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü, 47. maddesinin üçüncü fıkrasında iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüğü, dördüncü fıkrasında iş yeri dışında yapılan sözleşmelerin geçerlilik şartları, beşinci fıkrasında tüketicinin cayma hakkı, yedinci fıkrasında ise bu konuda çıkarılacak yönetmelik hükümlerine uyma yükümlülüğü düzenlenmektedir. Kanun'un 50. maddesinin 4. fıkrasında tatil amaçlı sözleşmelerde sözleşme öncesinde tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülüğü, 5. fıkrasında tatil amaçlı sözleşmelerin şekli, 6. fıkrasında tatil amaçlı sözleşmelerden cayma hakkı, 7. fıkrasında tatil amaçlı sözleşmelerin bağlı kredi ile yapılması halinde tüketicinin kredi verene karşı sahip olacağı haklar, 9. fıkrasında tatil amaçlı taşınmazın ön ödemeli olarak alınması halinde tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı ve 11. fıkrasında ise, tatil amaçlı sözleşmelere ilişkin çıkarılacak olan yönetmeliğe uyma yükümlülüğü düzenlenmektedir.

TKHK'nin 77. maddesinin 4. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 44 üncü maddesinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında, teslim edilmeyen her konut için yirmi bin Türk

Lirası, 50 nci maddesinin onuncu fıkrasına aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır."

Kanun'un 44. maddesinde ön ödemeli konut satışında teslim yükümlülüğü düzenlenmektedir. 50. maddesinin 10. fıkrasında ise devre tatil amaçlı ön ödemeli konut satışında teslim yükümlülüğü düzenlenmektedir.

TKHK'nin 77. maddesinin 5. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 40 ıncı maddesinin üçüncü fıkrası ile 47 nci ve 50 nci maddelerinin ikinci fıkralarında belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında yüz bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır."

Kanun'un 40. maddesinin üçüncü fıkrası, ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin şartlarını düzenlemektedir. 47. maddenin ikinci fıkrasında iş yeri dışında sözleşme yapma yetkisinin, sadece Bakanlıkça izin verilen kuruluşlarda olacağını düzenlemektedir. 50. maddenin ikinci fıkrasında ise, devre tatil yapılacak taşınmazın yapı ruhsatı alınmadan sözleşme yapılarak tüketicilere satılmasını yasaklamaktadır.

TKHK 'nin 77. maddesinin 6. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 55 inci ve 56 ncı maddelerinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket eden üretici ve ithalatçı hakkında piyasaya arz edilen; satıcı hakkında tüketiciye satışı yapılan her bir mal için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır."

Kanun'un 55. maddesi tanıtma ve kullanma kılavuzunu, 56. maddesi ise garanti belgesini düzenlemektedir.

TKHK'nin 77. maddesinin 10. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 58 inci maddesine aykırı davranan üretici ve ithalatçılar hakkında, satış sonrası hizmet yeterlilik belgesinin alınmaması durumunda yüz bin Türk Lirası; kurulmayan her bir servis istasyonu için on bin Türk Lirası; servis istasyonlarında tespit edilen eksiklik ve aykırılıklarla ilgili olarak her bir servis istasyonu için bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır."

Kanun'un 58. maddesi satış sonrası hizmetleri düzenlemektedir.

TKHK'nin 77. maddesinin 14. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 74 üncü maddesinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket eden üretici veya ithalatçılar hakkında yüz bin Türk Lirası; 79 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında beş bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır."

Kanun'un 74. maddesinde, seri olarak ayıplı çıkan malların üretiminin ve satışının durdurulması ve piyasadan toplatılmasına ilişkin hususlar düzenlenmektedir. 79. maddesinin 1. fıkrasında ise, gıda benzeri ürünlerin üretilmesi ve satışı yasaklanmaktadır.

TKHK'nin 77. maddesinin 15. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 75. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında, yedi gün içinde bilgi ve belgelerin doğru olarak verilmesi veya yerinde inceleme imkânının sağlanması ihtar edilir. İhtara rağmen aykırılığın devamı hâlinde yirmi beş bin Türk Lirasından az olmamak üzere aykırılığın tespitinden bir önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde birine kadar idari para cezası verilir. Aykırı fiilin bir yıl içinde tekrar edilmesi hâlinde idari para cezası iki misli olarak uygulanır."

Kanun'un 75. maddesinde Bakanlıkça yapılacak denetimler düzenlenmektedir. Denetime itiraz edenlere derhal ceza uygulanmamakta, önce ihtar yapılmakta, ona rağmen itiraz edilirse, ceza o zaman uygulanacaktır.

TKHK'nin 77. maddesinin 16. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 76 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülüklere aykırı hizmet sağlayan sağlayıcılar hakkında, her bir işlem için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır."

Kanun'un 76. maddesinde tüketici ürünlerinin can ve mal güvenliğine ve çevreye zarar vermemesi ve teknik mevzuatına uygun olması zorunluluğu düzenlenmektedir.

TKHK'nin 77. maddesinin 17. fıkrasına göre; "Bu Kanun'un 80 inci maddesine aykırı olarak piramit satış sistemini başlatan, düzenleyen veya toplantı, elektronik posta veya diğer birçok kimsenin de katılımını sağlamaya elverişli yöntemlerle yayan veya böyle bir sistemin diğer bir şekilde yayılmasını ticari amaçlarla destekleyenler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır."

TKHK'nin 77. maddesinin 18. fıkrasına göre; "Yukarıda belirtilenlerin dışında kalan, ancak bu Kanun'un getirdiği yükümlülükler ile Bakanlıkça yönetmelik veya tebliğle belirlenen tedbirlere uymayanlar hakkında bin Türk Lirasından elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir."

6.5. CEZALARDA ÜST LİMİT

TKHK'nin 77. maddesinin 19. fıkrasına göre; "Bu maddenin 8., 9., 12. ve 13. fıkralarındaki idari para cezaları hariç olmak üzere, aykırılığın tespit edildiği tarih itibarıyla, bir takvim yılında uygulanan toplam idari para cezası tutarının yirmi beş bin Türk Lirasını aştığı durumlarda, bu miktardan az olmamak ve yüz milyon Türk Lirasını geçmemek üzere, toplam idari para cezası tutarı;

a) Cezaya muhatap gerçek ya da tüzel kişinin, aykırılığın tespitinden bir önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde beşini aşamaz. Bir önceki yıl gayrisafi gelirinin oluşmaması hâlinde, tespit tarihi itibarıyla oluşan gayrisafi geliri dikkate alınır. Gayrisafi gelirlerinin bildirilmediği veya yanlış bildirildiği durumlarda bu bent hükmü uygulanmaz.

b) Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar için, kamuya açıklanan en son finansal tablolarda yayınlanan öz kaynağının binde beşini aşamaz."

77. maddenin 9. fıkrası, süreli yayın kuruluşlarının promosyon uygulamalarında uymaları gereken 53. madde kurallarına uymamaları halinde uygulanacak olan yaptırımı düzenlemektedir. Aynı maddenin 12 ve 13. fıkraları ise, aldatıcı reklamlar ve haksız ticari uygulamalar nedeniyle uygulanacak idari para cezalarını düzenlemektedir. Bu hükümlerde uygulanacak para cezaları, üst limit sınırlamasının dışında tutulmuş bulunmaktadır. 77. maddenin cezalara üst limit getiren ve bu üst limiti yüz milyon TL ile sınırlayan bu düzenlemesi, aynı zamanda kişilerin gayri safi gelirleri ile de bağlantılıdır. Cezaların üst sınırı yirmi beş bin TL ile yüz milyon TL arasında bir yerlerde olacaktır. Bu yer tespit edilirken, gerçek veya tüzel kişinin gayrisafi yıllık gelirinin %5'inin aşılmamış olması gerekmektedir. Bankalar için ise öz sermaye baz alınacaktır. Buna göre;

a) Cezaya muhatap gerçek ya da tüzel kişinin, aykırılığın tespitinden bir önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde beşini aşamaz. Bir önceki yıl gayrisafi gelirinin oluşmaması hâlinde, tespit tarihi itibarıyla oluşan gayrisafi geliri dikkate alınır. Gayrisafi gelirlerinin bildirilmediği veya yanlış bildirildiği durumlarda bu bent hükmü uygulanmaz.

b) Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar için, kamuya açıklanan en son finansal tablolarda yayınlanan öz kaynağının binde beşini aşamaz.

6.6. TEKERRÜR

TKHK'nin 77. maddesinin 12. fıkrasına göre; "Kanun'un 61 inci maddesinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında aykırılığın yapıldığı mecranın niteliğine göre bir para cezası verilebilecektir. Reklam Kurulu, idari işleme konu ihlalin bir yıl içinde tekrar edilmesi hâlinde yukarıda belirtilen idari para cezalarını on katına kadar uygulayabilir." Görüldüğü gibi, diğer ceza gerektiren ihlallerden farklı olarak, aldatıcı reklamlarla ilgili ihlallerin bir takvim yılı içinde tekrarlanması halinde, ceza miktarı ciddi bir şekilde ağırlaştırılmış olarak uygulanabilecektir. Bu ceza, kanuni cezanın on katına kadar çıkabilecektir. Diğer hükümlerin ihlalinin tekerrürü halinde, böyle bir ağırlaştırılmış ceza kabul edilmemiştir.

6.7. FİİLLERİN İCTİMAI

Bu Kanun'da yazılı para cezalarını gerektiren fiiller aynı zamanda başka bir suç oluşturabilir. TKHK'nin 77. maddesinin 20. fıkrasına göre; "Bu Kanuna göre idari yaptırım uygulanması, diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemez. Bakanlık, bu maddenin uygulanmasında oluşacak tereddütleri gidermeye yetkilidir."

Bir işletme tek bir davranışı ile, iki ayrı kanunu ihlal etmiş ise, iki ayrı ceza uygulanması mümkün değildir. Bir hareket nedeniyle iki ceza uygulanamaz. Bu, ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisidir. İdari ceza hukuku konusunda da ceza hukukunun genel ilkelerinden yararlanılması gerekmektedir. Gerçekten idare hukuku alanında bir işletmeye belirli bir idari makam tarafından, iki farklı sıfatı ya da niteliği nedeniyle, iki ayrı ceza verilmesi mümkündür. Ancak, bir tek fiil nedeniyle iki ayrı ceza uygulanamaz. 4822 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle, 25. maddenin son fıkrasında yer alan bu hüküm değiştirilerek, yukarıda belirttiğimiz ceza hukuku prensibinin idari cezalarda da geçerli olması gerektiği görüşü kabul edilmiştir. 25. maddenin son fıkrasına göre; ***"Bu kanunda yazılı fiiller hakkında diğer kanunlarda da para cezası öngörülmüşse ağır olan ceza uygulanır"***. Ancak 6502 sayılı Kanun ile, "bu Kanuna göre idari yaptırım uygulanması, diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemez." hükmü kabul edilerek, bir fiil nedeniyle gerekirse iki ayrı kanundaki cezai yaptırımların uygulanabileceğini kabul etmiş bulunmaktadır.

Kabahatler Kanunu'nun İçtima başlıklı 15. maddesine göre; ***"(1) Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.***

(2) Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır.

(3) Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."

Görüldüğü gibi, bir fiille iki ayrı kanun ihlal edilmiş ise, iki ayrı para cezası uygulanması

söz konusu değildir. Bu durumda, ağır olan ceza uygulanacaktır. Ancak para cezası dışında başka yaptırımlar söz konusu ise, bunlar uygulanabilir. Bu durumda, TKHK'nin yukarıdaki hükmünü de böyle anlamak gerekir.

6.8. YARGISAL DENETİM

Bu para cezaları idari nitelikte cezalardır. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde, yetkili idare mahkemelerine iptal davası açılabilir. Dava açılmış olması, kararın yerine getirilmesini engellemez. Cezaların tebliğden itibaren bir ay içinde ödenmesi gerekir. 77. maddeye göre verilen para cezaları, Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunur. İdare mahkemesinin kararı temyizen Danıştay'a götürülebilir.

6.9. ZAMANAŞIMI

TKHK, para cezalarında, zamanaşımına ilişkin bir düzenleme yapmamıştır. Bu itibarla, Kabahatler Kanunu hükümlerine göre davranmak gerekecektir. Kabahatler Kanunu'nda, iki türlü zamanaşımı öngörülmüştür. Buna göre;

" Soruşturma zamanaşımı

MADDE 20.- (1) Soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemez.

(2) Soruşturma zamanaşımı süresi;

a) Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş,

b) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde üç,

yıldır. (Ek cümle: 6111 - 13.2.2011 / m.22) Ancak (Ek ibare: 6217 - 31.3.2011 / m.27) "89 uncu maddesi hariç olmak üzere" 1111 sayılı Askerlik Kanunu, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda belirtilen ve idari para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar idari para cezası verilerek tebliğ edilmediği takdirde idari yaptırım kararı verilemez, verilmiş olanlar düşer."

(3) Nispî idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

(4) Zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar.

(5) Kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanır. "

"Yerine getirme zamanaşımı

MADDE 21.- (1) Yerine getirme zamanaşımının dolması halinde idarî para cezasına veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar artık yerine getirilemez.

(2) Yerine getirme zamanaşımı süresi;

a) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde yedi,

b) Yirmibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde beş,

c) Onbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde dört,

d) Onbin Türk Lirasından az idarî para cezasına karar verilmesi halinde üç,

Yıldır.

(3) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin zamanaşımı süresi on yıldır.

(4) (Değişik: 6009 - 23.7.2010/m.4) Zamanaşımı süresi, kararın kesinleşmesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren işlemeye başlar.

(5) Kanun hükmü gereği olarak idarî yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi halinde zamanaşımı işlemez. "

7. TÜKETİCİ ÖRGÜTLERİ VE TÜKETİCİNİN TEMSİLİ

7.1. GENEL OLARAK

Tüketici Hukuku, gelişimini esasen tüketici örgütlerine borçludur. Gerçekten başlangıcından bu yana özellikle gelişmiş ülkelerde tüketici hareketleri, örgütlü bir hareket olarak gelişmiş ve bu sayede etkili olabilmiştir. Tüketiciler, tek tek bireylerden oluşmaktadır. Bunların her biri farklı sosyal, ekonomik, kültürel yapıdaki insanlardır. Tüm insanların tüketici olmaları dışında, ortak yönlerini bulmak oldukça zordur. Bu nedenle; tüketicilerin doğal olarak bir arada olmalarını gerektirecek hiç bir koşul yoktur. Tüketici örgütleri doğal sebeplerle değil, bilinçli çalışmaların sonucunda oluşabilmektedir. Tek tek bireyler, diğer piyasa güçlerine göre oldukça zayıf bir durumda bulunmaktadırlar.

Onlarla güçlerinin dengelenebilmesi için bir araya gelerek örgütlenmeleri ve güç birliği yapmaları zorunluluktur. Tüketiciyi ilgilendiren özellikle yasama kararları ve hükümet kararlarını tek tek tüketicilerin etkileme şansları yoktur. Oysa ki, bunların örgütlü bir güç olmaları halinde, kendilerini ilgilendiren kararlara katılma imkanları da artacaktır[20]. Tüketicinin korunması hareketinde asıl etkili olan, bu kendilerini kolektif olarak korumaya yönelik kurulan örgütlerdir.

Bu örgütlerin baskısı ve etkisiyle devlet de bu işe el atmış ve tüketiciyi koruyucu yönde olmak üzere piyasaya müdahale edecek kamusal örgütler kurmaya başlamıştır. Bugün tüketicinin korunmasıyla ilgili olarak özel hukuk tüzel kişiliği niteliğindeki tüketici örgütleri, devlet tarafından oluşturulan veya finanse edilen kamusal nitelikli örgütler, özel kesimin oluşturduğu örgütler, uluslararası tüketici örgütleri işbirliği halinde ve yan yana faaliyet göstermektedirler. Bunlardan başka tüketicinin ekonomik menfaatlerini korumak gayesiyle kurulmuş ilk tüketici örgütlerinden olan kooperatifleri de anmak gerekiyor[21].

20 GÖLE, s.20; DPT UYUM RAPORU, s.220; TOKOL, s.27vd.; TOKOL, Tuncer; "Dünya Tüketici Hareketi ve Türkiye" Bursa Ekonomi Dergisi Sayı:70 Nisan 1991 s.10, DPT; s.7

21 DPT UYUM RAPORU, s.221; DPT, s.8

7.2. TÜRKİYE'DE TÜKETİCİ ÖRGÜTLERİ

7.2.1. Tüketici Sivil Örgütleri

7.2.1.1. Genel Olarak

Tüketici Örgütleri, 4077 sayılı TKHK'nin 3. maddesinin (p) bendinde şu şekilde tanımlanmıştır: ***"Tüketici örgütleri, tüketicinin korunması amacıyla kurulan dernek, vakıf veya bunların üst kuruluşlarını ifade eder"***. 4822 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile tüketim kooperatifleri tanımdan çıkarılmış, dernek ve vakıfların üst kuruluşları eklenmiştir. Gerçekten kooperatiflerin hukuki niteliği tartışmalıdır. TTK'nin 136. maddesine göre kooperatifler hala ticaret şirketi olarak kabul edilmektedirler. 6502 sayılı yeni Kanun, aynı tanımı korumuştur.

Türkiye'de sivil tüketici örgütleri gelişmemiştir. Tüketici örgütlerinin gelişmeme nedenleri yasal, psikolojik ve ekonomik engeller bulunması olmak üzere üç başlık altında toplanabilir. Psikolojik sebep, özellikle 12 Eylül'den sonra toplumda dernekler ve sendikalar gibi sivil toplum örgütlerine büyük bir güvensizlik duyulmuş olması ve bu örgütlere girmeye karşı genel bir korkunun hakim olmasıdır, çünkü 12 Eylül öncesinde yaşanan terör eylemlerinin bu örgütler tarafından yapıldığı propagandası ve faturanın bu örgütlere çıkarılması ve daha sonra hazırlanan Anayasa'da bu örgütlerin siyasi katılımdan dışlanmaları etkili olmuştur. Günümüzde katılımcı demokrasinin önündeki en önemli engellerden biri olan örgütlenme özgürlüğü önündeki engeller, Anayasa'daki ve Dernekler Kanunu'ndaki yasaklamalar, halen kaldırılmış değildir (Anayasa m.33, 51 ve 52). Türkiye'de tüketici örgütlerinin ekonomik bakımdan da etkili olmaları zor görülmektedir. Üye aidatlarını toplamaktaki zorluklar yanında, üye bulmakta da önemli zorluklar vardır. Bu nedenle tüketici örgütleri gelişememiştir[22]. Bugün çıkarılan TKHK'ye rağmen yine de tüketicinin örgütlenmesi önünde önemli Anayasal engeller bulunmaktadır. Bu engeller kaldırıldıktan sonra, gerçek anlamda tüketici örgütlerinin gelişimi hız kazanacaktır. TKHK, bu konuda ilk adımı atmış ve tüketicilerin de temsil edildiği çeşitli kurumlar oluşturmuştur. Ancak bunlar sivil tüketici örgütlerinin gelişmesini sağlayıcı nitelikte değildir. Dernekler Kanunu'nda ve Anayasa'da değişiklikler gerekmektedir. Anayasa'nın 172. maddesine göre, devlet tüketicinin kendisini koruyucu girişimlerini teşvik edecektir. Ancak bu hükme rağmen tüketici örgütleri gelişmemişse, bunun başka nedenleri olması gerekir. Bu nedenler örgütlenme özgürlüğü ve siyasi katılım konusundaki engellerdir. Anayasa'da yapılmış olan çeşitli değişikliklerle, siyasi örgütlenme önündeki engeller kaldırılmış ancak sivil örgütlenme önündeki engeller devam etmektedir. Buna karşın çok etkili olmamakla birlikte, çeşitli sivil tüketici örgütleri kurulmuştur. Bunların başlıcaları şunlardır:

- Merkezi Ankara'da bulunan Tüketici Hakları Derneği,
- Merkezi İstanbul'da bulunan Tüketiciyi Koruma Derneği,
- İzmit Tüketicileri Koruma Derneği,

22 Bu konuda bakınız, AKMAN, s. 189 vd. Tüketici örgütlerine, vergisel avantajlar tanıma, devlet tarafından desteklenme, test tekrarlarından kaçınmak için, diğer devletlerdeki örgütlerin test sonuç-larından yararlanma ve genel olarak onlarla işbirliği yapma gibi bazı öneriler ileri sürülmüştür. BAYKAN, s.176 vd.

- Adana Çevre ve Tüketiciyi Koruma Derneği,
- Merkezi İzmir'de bulunan Tüketiciyi Koruma Birliği Vakfı,
- Merkezi İstanbul'da bulunan Tüm Tüketicileri Koruma Derneği,
- Türk-İş Tüketici Bürosu,
- Eskişehir Tüketici Danışma ve Şikayet Bürosu[23].

Tüketim kooperatifleri konusunda Türkiye'de özellikle 1970'li yıllardan sonra önemli gelişmeler olmuştur. Türkiye'de 4000'den çok kooperatif bulunmaktadır. Bu kooperatiflere 1 milyon insan üyedir[24].

Bu günlerde tüketici derneklerinin her ilde hatta birçok ilçede kurulmuş bulunduklarını belirtmek gerekmektedir. Ancak maalesef bu derneklere aktif katılım yok denecek kadar azdır. Çok küçük grupların özverili çalışmaları ile ayakta durmaktadırlar.

Bu gün için bazı tüketici dernekleri üye sayıları itibariyle oldukça gelişme göstermişlerdir. En yüksek üye sayısına sahip olan derneğin üye sayısının 50.000 civarında olduğu bilinmektedir. Ancak, bu üyelerin genellikle pasif üye oldukları belirtilmelidir. Gerçekten tüketici derneğine belirli bir sorununun çözümünde yardım istemeye giden tüketiciler, biraz da zorlama ile üye yapılmakta, kendisinden aidat alınmakta, ancak bu gibi üyeler, kayıtlı üye göründükleri halde bir daha derneğin hiç bir faaliyetine katılmamaktadırlar. Bu durum, dernek yöneticileri tarafından olumlu karşılanmaktadır. Böylece hem üye sayıları yüksek görünmekte, hem çeşitli konularda söz sahibi olmakta, hem de kendi yöneticilikleri tehlikeye düşmemektedir. Ancak bu durumda bile üye sayısının 50.000 civarında kalması yukarıdaki örgütlenme özgürlüğü önündeki yasal ve pisiko-sosyal sebeplerin devam ettiğini göstermektedir. Nitekim, Amerika'da tüketici örgütlerinin üye sayıları milyonlarla ifade edilmektedir.

6502 sayılı TKHK'de tüketici örgütleri ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Bunlardan bazıları çeşitli tüketici kuruluşlarına üye seçme yetkisi vermekte, bazıları dava hakkı, bazıları da düzenleme yapılırken görüş bildirme hakkı vermektedir.

7.2.1.2. Temsilci Seçme Hakları

63. maddeye göre kurulacak olan Reklam Kurulunda, tüketici örgütlerinden de bir üye bulunacaktır. Bu üye, Tüketici Konseyi tarafından Konseye katılan tüketici örgütü temsilcileri arasından veya Tüketici Üst Örgütleri tarafından görevlendirilir. 64-65. maddeye göre oluşturulan Tüketici Konseyi ve Reklam Konseyi içinde Tüketici Örgütü temsilcileri de yer alır. Bunların sayısı Bakanlık tarafından belirlenir. 66. maddede yer alan husus bunlardan da önemlidir; çünkü doğrudan tüketici sorunlarının çözümü ile ilgili bir heyetin beş üyesinden birisi tüketici örgütü temsilcisidir. Gerçekten Tüketici Hakem Heyeti üyelerinden birisi tüketici örgütleri tarafından seçilir. Tüketici Konseyi ve Reklam Kurulu'na seçilecek tüketici temsilcilerinin belirlenmesinde bakanlığa verilen yetkilerin oldukça geniş olduğu dikkati çekicidir.

23 DPT, s.17

24 DPT, s.18

Sivil yapılaşmaya olan güvensizlik burada da kendisini göstermektedir. Tüketici örgütlerinin üye sayısı ve nasıl belirleneceğinin, Bakanlığın yetkisine bırakılmasındansa kanunda net bir şekilde belirlenmesi daha uygun olurdu.

7.2.1.3. Dava Hakkı

73. maddenin 6. fıkrasına göre münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde, kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici örgütleri dava açabilirler, tüketici örgütlerinin açacağı bu davalar her türlü resim ve harçtan muaftır. Tüketici örgütlerince açılacak davalarda bilirkişi ücretleri de Bakanlık emrine verilen özel ödenekten karşılanır. Tüketici örgütlerinin açabileceği davalardan bir tanesi özel olarak 74. maddede gösterilmiştir. Buna göre, tüketici örgütleri, ayıplı olarak üretilen bir seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve toplatılması için dava açabilirler. Burada tüketici örgütü kavramı, tüketici dernek ve vakıfları ile bunların üst kuruluşlarını da kapsamaktadır.

Tüketici örgütlerine açıkça dava hakkı tanımış olmak oldukça önemlidir. Gerçekten, Usul Hukuku bakımından tüketici örgütleri tarafından açılacak davalarda husumet sorunu ortaya çıkabilecek idi. Bu sorun TTK'nin 56(3) maddesi hükümleri çerçevesinde aşılmaya çalışılıyordu. Ancak oradaki davalar tipik haksız rekabet davaları olduğu için, bunların tüketici mahkemesinde açılıp açılamayacağı dahi tartışılabilirdi. Bu nedenle, açık bir şekilde böyle bir hakkın verilmiş olması, yargılama sistemimizi rahatlatacaktır.

Tüketici örgütlerinin açabileceği davalar, münferit tüketici sorunu olmayan ve tüketicileri genel olarak ilgilendiren hallerle sınırlandırılmıştır. Münferit tüketici sorunu olan hallerde tüketicinin bizzat kendisinin dava açması doğal olanıdır. Bu davalarda talep edilebilecek husus da sınırlandırılmıştır. Tüketici örgütleri açacakları davalarda, Kanun'a aykırı durumun ortadan kaldırılması talep edilebilecektir. Ancak dava seri olarak ayıplı olan mallar hakkında ise, bu durumda bu malların üretiminin, satışının durdurulması, ayıplı malların toplatılmasını talep edebileceklerdir. Toplattırılan mallar sağlık ve güvenlik açısından riskler taşıyor ise bunların kısmen veya tamamen imhası da talep edilebilecektir.

TKHK'nin 73. maddesinin 6. fıkrasında tüketici örgütlerine sağlanan dava hakkı sadece tüketici mahkemelerinde açılacak olan davalar hakkındadır. Aynı fıkrada Kanun'a aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hallerde, aykırılığın önlenmesi veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararının da alınabileceği açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte, tüketici örgütleri aynı şartlarla, idare mahkemelerinde de, tüketicilerin haklarını korumak gayesi ile çeşitli idari işlemlerin iptali amacıyla dava açabilmelidirler.

7.2.1.4. Görüş Bildirme Hakkı

Kanun'un 84(3) maddesine göre, Bakanlık'ın çıkaracağı yönetmelikler hakkında Bakanlık'ın sivil toplum örgütlerinden görüş almak zorundadır. Eski Kanun'da doğrudan tüketici örgütlerinden görüş alması gerektiği düzenlenmişti. Ancak sivil toplum örgütleri ifadesinden de tüketici örgütlerinin anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Bunun iki şekilde düşünülmesi gerekmektedir. Birincisi, bu görüş almayı sadece yönetmeliklerle sınırlamamak gerekmektedir. İkincisi ise, Kanun'un

özel hükümlerinde yer alan ve başka kurumlardan görüş alınmasını gerektiren hallerde bu kuruluşların görüşlerinin de alınması gerekmektedir. Ancak, sadece belirli teknik kuruluşların bilgisi ve uzmanlığı dahilinde olan konularda, sadece o kuruluşun görüşünün alınması yeterli kabul edilmelidir. Bu konularda tüketici örgütlerinin görüşlerinin alınmamış olması yapılan düzenlemelerin iptali sebebi sayılmamalıdır. Burada şu husus da belirtilmelidir ki, Kanun'un 84. maddesinde bu yönetmeliklerin Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde çıkarılmasına amirdir. Altı ay içinde çıkartılan düzenlemelerin sonradan değiştirilmesi halinde ya da altı ay içinde çıkarılması gerektiği halde çıkarılamayarak, sonradan çıkarılan düzenlemeler hakkında da, aynı prosedürün geçerli olduğunun kabulü gerekir.

7.2.2. Tüketiciyi Koruma Amaçlı Devlet ve Kamu Örgütleri

Türkiye'de sivil tüketici örgütleri gelişmediği için tüketiciyi koruyucu faaliyetlerin devlet kurumlarınca üstlenilmesi gerekmiştir. Tüketiciyi koruyucu pek çok devlet kuruluşu olmasına rağmen, tüketicinin bireysel olarak kendi haklarını koruyacağı ucuz ve hızlı yasal yollar olmadığından tüketici korunamamıştır. TKHK ile bu durum değişmeye başlamıştır.

Bu Kanun'la getirilen kurumlara ayrıca değinilecektir; burada Kanun'dan önce var olan tüketiciyi koruyucu devlet kuruluşlarının isimleri belirtilmekle yetinilecektir:

a) Sanayi ve Ticaret Bakanlığına Bağlı Kuruluşlar
- Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü,
- Ölçüler ve Standartlar Genel Müdürlüğü
- Sanayi Genel Müdürlüğü

b) Sağlık Bakanlığına Bağlı Kuruluşlar
- Hıfzısıhha Enstitüsü
- Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü
- İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü

c) Maliye ve Gümrük Bakanlığı
d) Bayındırlık ve İskan Bakanlığı
e) Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı
f) Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
g) Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı
h) Devlet Planlama Teşkilâtı
ı) Türk Standartları Enstitüsü
i) Belediyeler ve İl Özel İdareleri
j) Meslek Kuruluşları (TOBB,TESK,TMMOB vs.).

7.2.3. Ticari Kuruluşların Yan Örgütleri

Türkiye'de tüketicinin korunması ve özellikle problemlerinin çözümlenmesi konusunda en etkili olan faaliyetler, iş adamlarının oluşturdukları organizasyonların, yan örgütleri tarafından yapılmıştır. Gerçekten özellikle İstanbul Ticaret Odası, İstanbul Sanayi Odası, İzmir Ticaret Odasının yayın, seminer, ve paneller yoluyla tüketicinin eğitilmesi konusuna önemli katkıları olmuştur. He-

men hemen her ticaret odasının bir tüketici sorunları bürosu vardır. Bu büroya başvuran tüketicilerin satıcılarla aralarındaki problem uzlaşma yoluyla çözümlenmeye çalışılmaktadır. Ancak, TKHK ile Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri kurulduğundan, ticari kuruluşların yan örgütlerinin fonksiyonları sadece tüketicinin eğitilmesi ve çeşitli mesleki standartlar tespit etmekle sınırlı kalacaktır. Anayasa'nın 48. maddesi özel teşebbüsün, ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun olarak düzenlenmesini amir ise de genellikle özel girişimin sosyal amaçlar yüklenmesini yerinde görmeyen, şirketlere bazı sosyal sorumluluklar yüklenmesi halinde bunların ortaklarına kar sağlama esas görevlerinde başarısız olacakları savunulmaktadır[25]. Gerçekten tüketicinin menfaatleriyle işletmelerin menfaatleri genellikle çelişki halindedir. Bu nedenle, bu örgütler tüketicinin korunmasında çok başarılı olamamışlar, başka örgütlere ve kurumlara da gerek duyulmuştur.

7.2.4. Basının Rolü

Türkiye'de tüketicinin korunmasında basının önemli bir rol oynadığını söyleyebiliriz. Basının iki yönlü etkisi olmaktadır. Birincisi, basında yer alan tüketiciyle ilgili yazılar tüketicinin eğitilmesinde önemli katkılar sağlamaktadır. İkincisi, ulusal veya yerel gazetelerin çoğunda birer tüketici köşesi bulunmaktadır; tüketiciler bu köşelere sorunlarını aktarmakta ve şikayetler yayınlanmaktadır. Bu yayın üzerine ilgili firma genellikle tüketicinin sorununu çözücü yönde yaklaşımda bulunmaktadır; çünkü bu şekilde yaklaşan işletmelere aynı köşelerde teşekkür yazısı yazılmakta böylece işletmeler teşvik edilmiş olmaktadır. İşletmeler kötü reklam olmaktansa malı değiştirmeyi veya parayı iade etmeyi tercih etmektedirler. Türkiye'nin üç büyük gazetesinde her gün yer alan tüketici köşeleri bulunmaktadır. Bir yılda bu üç gazeteye gelen şikayet yaklaşık elli bin civarındadır[26].

25 FREIDMAN, Milton; Kapitalizm ve Özgürlük; 1988 İstanbul, s.218vd

26 Hürriyet Gazetesi 31.12.1994 Tüketicinin Erkan Abisi Köşesi

KAYNAKÇA

AÇIKGÜL, Emine/AÇIKGÜL, Hacı Ali; Teori ve Uygulamada Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2007, s.99 v.d.

ADAK, Agah; "Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet" Adana iktisadi Ve Ticari ilimler Akademisi Dergisi, *1975, S.4, s.362*

AKİPEK, Şebnem; Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi; Seçkin Yayınevi, *Ankara 1999*

AKÜNAL, Teoman; "Satıcının Onarım Garantisi" İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, *c.38 sayı:1-4, s.551*

ALTAŞ, Hüseyin; "Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi"; Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s.

ALTINIŞIK, Ulvi; Elektronik Sözleşmeler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003

ARKAN Sabih; "Tüketici Kredileri" *Batıder C.18, S.1-2 1995,*

ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, *Ankara 1993, s.271*

ASLAN, İ. Yılmaz; Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku; *Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını Ankara 1992,*

ASLAN, İ. Yılmaz; Rekabet Hukuku Türkiye İçin Bir Rekabet Kanunu Önerisi; *Bursa 1993*

ATAMER, Yeşim/SANLI, Kerem Cem; Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2010, C.XXVI S.4, s.48

ATAMER, Yeşim; Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, s.240.

ATASOY, Adil Ömer; TAŞKIN, Mustafa; ACAR, Hakan; Tüketiciyi Koruma Hukuku, İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları; *Yargı Yayınevi; İkinci Baskı, Ankara 2000*

BAYKAN Renan; Türkiye'de Tüketicinin Korunması Tedbirleri, Öneriler ve Ekonomik Etkileri; İSO yayını No: 1996-23, *İstanbul, Nisan 1996*

BAYRAKTAR, Meltem; "Tüketici Kararlarının Psikolojik Boyutları" Tüketici Bülteni *Mart 1995, Sayı: 80*

BAYRAKTAR K; Internet ve Hukuk, Superonline Workshop Metni, Aynı metnin internet adresi "www.igeme.org.tr/TUR/etrade/hukuk/bolum2.htm"

BLAUROCK, Uwe; "Almanya Hukukunda Tüketici Kredisi" Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulamaları Paneli, *İstanbul Ticaret Odası Yayını, No: 1992-3*

Buket ÖZTUNA COX; Avrupa Birliği Hukukunda Elektronik Ticaret ve Türkiye'deki Gelişmeler, Pusula Yayıncılık, 2002

BURÇOĞLU, Haluk; "İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Satım Sözleşmesinde Alıcının Ayıp Hükümlerine Ya Da Hata Hükümlerine Başvurma Yollarından Birini Seçebileceğine ilişkin 7 Haziran 1988 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi" İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi *No:18, 1990, s.89 vd.*

CEYLAN, Ebru; Türk İsviçre ve Avrupa Birliği Hukukunda Kredi Kartını Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu; Beta, 2010 İstanbul s.6 vd.

Commission of the EC "Communication on the Out-Of-Court Settlement of Consumer Disputes" Com (1998) 198 Final, Commission Recommendation on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-Of-Court Settlement of Consumer Disputes" 98/257/EC OJ L 115 *17.04.98 s.31-34*

ÇAĞLAR, Fatma; 4077 Sayılı Kanunla Ortaya Çıkan Tüketicinin Hak Arama Yolları; Uzmanlık Tezi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü Yayın *No: 97, Ankara 2002*

ÇEKER, Mustafa; Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara, 1997, s. 2

DEMİR, MEHMET (ÇEVİREN); "Uzaktan Pazarlama Çerçevesinde Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Yönerge* Çeviren Dr. Mehmet Demir; Tüketicini Korunması Hukuku Mevzuatı; Ulusal Mevzuat; İlgili Avrupa Birliği Yönergeleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2002 s.443

DEMİR, Mehmet; Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı; *Turhan Kitabevi, Ankara 2001*

DEMİR, Mehmet; "4822 Sayılı Kanun İle Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler"; Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C.XXII, S.1, s.208

DOĞAN, Nezahat; "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Örgüt ve Yargıda Yeni Yapılaşmalar", Tes-Ar Yayınları, *No: 18, Ankara 1996, s. 71, 105*

DOĞANAY, İsmail; Banka Kredi Kartlarının Hukuki Mahiyeti; Yaklaşım, Yıl 4, Sayı 41, Mayıs 1996,

DOĞANAY, İsmail; Türk Ticaret Kanunu şerhi, *C.I, s.291*

DOĞU, Engin; Tüketicinin Korunması; *Ankara 1975*

DOMANİÇ, Hayri; Ticaret Hukukunun Genel Esasları; *İstanbul 1988,*

DPT; Türk AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Tüketicinin Korunması Alt Komisyonu Raporu s. 1 (Bundan böyle DPT; Uyum Raporu olarak kısaltılacaktır.)

DRUCKER, F. Peter; Gelecek İçin Üretim 1990'lar ve Sonrası; Türkiye İş Bankası Yayını, *1994*

DRUCKER, F. Peter; Kapitalist Ötesi Toplum; *İstanbul 1994*

EDİS, Seyfullah; Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu; *Ankara 1963, s.7*

EKİNCİ, Mustafa; Ceza Hukuku Uygulamasında Banka ve Kredi Kartları; Adalet Yayınevi, Ankara, 2002, s. 14

ERKAN, Hüsnü; Bilgi Toplumu ve Ekonomik Gelişme; Türkiye İş Bankası Yayını, *1994*

ERSOY, Gülgün; "Televizyonda Yayınlanan Yiyecek içecek Reklamları ve Çocuklar" Tüketici Bülteni, *Mart 1995, Sayı: 80*

FREIDMAN, Milton; Kapitalizm ve Özgürlük; *İstanbul 1988, s.218vd*

FRIGNANI, Aldo; "İtalya'da Tüketici Kredileri" Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulaması Paneli, İstanbul Ticaret Odası Yayını, *No: 1992-3, s. 26*

GELGEL Günseli; Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar; Filiz Kitapevi, *İstanbul 2000, s. 142*

GEMALMAZ, Mehmet Semih; "Tüketicinin Korunması"; *İstanbul Barosu Dergisi 1983 (57) sayı 7,8,9*

GEMALMAZ, M. Semih; "Turistin Tüketici Olarak Korunması" *Ankara Barosu Dergisi 47(6) 12.1990*

GILLES, Peter; "Federal Almanya'da Tüketicinin Korunması Ve Borçlar Kanunu Reformu" *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2(2) 6.1989*

GÖKÇEER, Fikri; "Devlet ve Belediyeler Açısından Tüketicinin Korunması" Çağdaş Yerel Yönetimler *C.4 S.5 Eylül 1995 s.44*

GÖLE, Celal; "AET ve Tüketicinin Korunması" SBF Dergisi *1979 No: 14, s: 176*

GÖLE, Celal; Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması; *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını Ankara 1983*

GÜRAN/AKÜNAL/BAYRAKTAR; Internette Sözleşme Kurulması, BATİDER, C. XX, s. 4, 101

HONDİUS, Ewud; "Hollanda'da Tüketici Kredileri" Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulamalar Paneli, *İstanbul Ticaret Odası Yayını, No: 1992-3, s. 21*

İNAL, Tamer; Açıklamalı ve İçtihatlı, Tüketici Kredileri ve tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İsviçre Hukuku- Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında; *Beta Yayınevi, İstanbul 2002*

İstanbul Ticaret Odası; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısına ilişkin Görüşlerimiz; *Kasım 1994*

İŞGÜZAR, Hasan; Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003, s.83

İTO "Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulamalar" İTO yayını *İstanbul 1992*

KARA, İlhan; "Bireysel Bankacılık İşlemleri Alanında Tüketici Hakları Kanuna Aykırı Uygulamalar ve Çözüm Yolları" İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı *Cilt:88 Sayı: 11SSN 1304737, İstanbul 2014 s.93 vd.*

KESER, Berber, Leyla, İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza; Yetkin Yayınları, *Ankara 2002*

KILKIŞ, Yıldırım; Tüketicinin Korunması, Pazarlamacı Karşısında Tüketici, *İstanbul (Tarihsiz)*

KILIÇ, Özcan; "Tüketicinin Tatmini Şikayet Davranışı: Dayanıklı Tüketim Mamullerinde Tüketici Şikayet Davranışlarının Araştırılması" *Pazarlama Dünyası Eylül-Ekim 1993,*

KIRCOVA, İbrahim; İnternette Pazarlama; Beta İstanbul, 2002, 2. Baskı,

KIRCOVA, İbrahim; İşletmeler Arası Elektronik Ticaret, İTO Yayın No:2001-32, s. 23

KÖKSAL, Mehmet; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi; *Tüketiciyi Koruma Derneği Yayınları, 2 Kasım 1995, İstanbul, s. 94*

KURT, Hayrettin; İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, *2014, S.1, Sayfa 155*

LOWE, Robert; Commercial Law; Fifth Edition, Sweet And Maxwell, *London 1976*

MİMAROĞLU, Sait Kemal; Ticaret Hukuku, Birinci Cilt: İşletme Hukuku; *Ankara 1978 3. baskı,* Banka Ve ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, *s.382*

OLGAÇ, Senai; Kazai Ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Akdin Muhtelif Nevileri CİLT 3", *Ankara 1977, s.143*

ÖCAL, Akar; "Reklam ve Haksız Rekabet" Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, *C.VI S.II, 1970, s.96*

ÖZEL, Çağlar; Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını; *Ankara 1998*

ÖZGEN, Özlen; "Tüketici Davranışlarının Yönlendirilmesinde Ailenin Rolü" Tüketici Bülteni, *Mart1995, Sayı: 80*

ÖZSUNAY, Ergun; "Türkiye'de Tüketici Kredileri: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bazı Düşünceler" Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulamalar Panel, *İstanbul Ticaret Odası Yayını, No: 1992-3, s. 6*

ÖZTAN, Bilge; İmalatçının Sorumluluğu; *Ankara, 1982*

ÖZTÜRK, Sevgi Ayşe; Hizmet Pazarlama; Ekin Kitapevi Yayını, *4. Baskı, Bursa 2003*

ÖZTÜRK, Tanju; Pazarlama Ekonomisi Ve Tüketicinin Korunması; *İstanbul 1981*

POROY, Reha; "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları" *Arslanlı'ya Armağan 1979*

POROY, Reha; Ticari İşletme Hukuku; *İstanbul 1991*

SİRMEN, Lale; "Consumer Protection Law" İntroduction Turkish Business Law, Ayrı Bası (Chapter Two) Kluwer Law International (Tuğrul Ansay and Eric Schneider 2001 Nederland

SİRMEN, Lale; Banka Kredi Kartı Hamillerinden Yıllık Kart Ücreti Alınmasına İlişkin Sözleşme Hükmünün Yargısal Denetimi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2009, C.XXV S.4, s.50

SOYSAL, Mümtaz; 100 Soruda Anayasanın Anlamı; *s.233-234 İstanbul 1987 7.baskı*

TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Cilt II, Özel Borç İlişkileri; *İstanbul 1977, s.119*

TANDOGAN; Borçlar Hukuku C1/1, *s.164*

TANDOĞAN; Borçlar Hukuku, *C.1/1, s. 300*

TANDOĞAN, Haluk; "Yürürlüğe Girişinin Ellinci Yılında Türk Borçlar Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme" *Batıder 1976 s.1 vd.*

TANDOĞAN, Haluk; Tüketicinin Korunması Ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu açıdan Sınırlandırılması; *Ankara, 1977*

TANDOĞAN, Haluk; "İç ve Dış Ticaretin Düzenlenmesine ilişkin Kanun Tasarısı İle Ticarette Dürüstlüğün Korunması Hakkında Kanun Tasarısının Tüketicilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi" *Batıder 1980 C.10 S.4*

TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C1/1; *Ankara 1985, s.164,* EDİS, *s.8*

TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.1/2, *Ankara, 1985, s. 332-333*

TEOMAN, Ömer; Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması; *Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul 1996, s.233 dnt 16b*

TEOMAN, Ömer; Yaşayan Ticaret Hukuku, C I, Hukuki Mütalaalar, *Kitap 7, 1995-1996, İstanbul, 1997*

TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku, Cilt II Özel Borç İlişkileri; *İstanbul, 1977, s. 785;*

TUTUMLU, Mehmet Akif; Kredi Kartı Üyelik Ücretinin Tüketiciden Tahsili ve Haksız Alınan Kart Ücretinin İstirdatı Koşulları, Legal Hukuk Dergisi 2012, *Cilt.10, Sayı:109, s.109;*

ÜNAL, Rahmi; İLGÜN, Candaş; Açıklamalı-İçtihatlı Tükaticinin Korunması Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat, *2. Bası, Ankara 2013 s.352 vd.*

ÜNÜSAN, Çağatay; "Etiketlemenin ve Beslenme Bilgi Panellerinin Gıda İşletmeleri ile Tüketiciler Açısından Önemi" Standart Dergisi, *S.399, Mart 1995*

Von THUR, Andreas; Borçlar Hukuku 1-2; (Çev.Cevat Edege), *Ankara 1983, s.459*

YAVUZ, Cevdet, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine Düşünceler";

YAVUZ, Nihat; Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Bası, *Ankara 2010, s.815*

YAVUZ, Nihat; Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar, 2. Bası, *Ankara 2010, s.217*

YILMAZ, Eyüp, Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması ve Ekonomik Etkileri; İstanbul, 2000, s. 17 vd.

YÜCEDAĞ, Armağan; Elektronik Ticarette Tüketicinin Korunması; T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Tüketici ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü; Yayın no: 99, 1. Baskı, *Nisan 2002, Ankara, s. 4*

ZANGER, L., Electrnic Contracts : Some of the Basics "www.mbc.com/ecommerce/ltecpubs.asp"

ZEVKLİLİLER, Aydın; Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun, Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, *İzmir 2001, İkinci Basım*

BKM
BANKALARARASI
KART MERKEZİ

BKM
BANKALARARASI
KART MERKEZİ