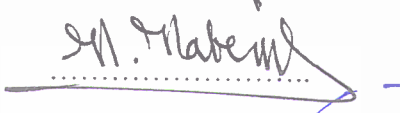
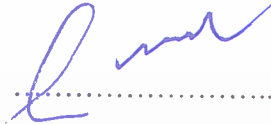



T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ONAY SAYFASI

Yüksek lisans öğrencisi **ALİ KASIM TUNA**'nın " **İSMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİ** " konulu tez çalışması jürimiz tarafından Yüksek lisans tezi olarak (Oybirliği / ~~Oyçokluğu~~) ile başarılı bulunmuştur.

Adı-Soyadı	İmza
Tez Danışmanı: <u>Prof. Dr. Hüseyin Hatemi</u>	
Jüri Üyesi : <u>Prof. Dr. Fikra Yıldız</u>	
Jüri Üyesi : <u>Doç. Dr. Ömer Çınar</u>	

Hazırlamış olduğum tez özgün bir çalışma olup YÖK ve İTİCÜ Lisansüstü Yönetmeliklerine uygun olarak hazırlanmıştır. Ayrıca, bu çalışmayı yaparken bilimsel etik kurallarına tamamiyle uyduğumu; yararlandığım tüm kaynakları gösterdiğimi ve hiçbir kaynaktan yaptığım ayrıntılı bir alıntı olmadığını beyan ederim. Bu tezin ihtiva ettiği tüm hususlar şahsi görüşüm olup İstanbul Ticaret Üniversitesi'nin resmi görüşünü yansıtmamaktadır.

**T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

İSMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ALİ KASIM TUNA

1250Y77107

İstanbul, 2015

**T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

İSMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİ

Yüksek Lisans Tezi

**ALİ KASIM TUNA
1250Y77107**

Danışman: Prof. Dr. HÜSEYİN HATEMİ

İstanbul, 2015

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ONAY SAYFASI

Yüksek lisans öğrencisi **ALİ KASIM TUNA**'nın “ **İSMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİ** ” konulu tez çalışması jürimiz tarafından Yüksek lisans tezi olarak (Oybirliği / Oyçokluğu) ile başarılı bulunmuştur.

Adı-Soyadı

İmza

Tez Danışmanı:

Jüri Üyesi :

Jüri Üyesi :

Hazırlamış olduğum tez özgün bir çalışma olup YÖK ve İTİCÜ Lisansüstü Yönetmeliklerine uygun olarak hazırlanmıştır. Ayrıca, bu çalışmayı yaparken bilimsel etik kurallarına tamamıyla uyduğumu; yararlandığım tüm kaynakları gösterdiğimi ve hiçbir kaynaktan yaptığım ayrıntılı bir alıntı olmadığını beyan ederim. Bu tezin ihtiva ettiği tüm hususlar şahsi görüşüm olup İstanbul Ticaret Üniversitesi'nin resmi görüşünü yansıtmamaktadır.

ÖZET

“İsmlenmeyen şeyin gönderilmesi” TBK Madde 7. konulu çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm konuya ilişkin düzenleme öncesi uygulama esasları üzerine bir çalışma sunmaktadır. İkinci bölümde karşılaştırmalı hukuk öne çıkmakta ve konunun diğer hukuk sistemlerindeki durumu üzerinde durulmaktadır. Üçüncü bölüm ise yeni düzenlemenin etkileri ve sonuçlarını kapsayan bir çalışmayı ortaya koymaya çalışmaktadır.

“818 sayılı kanun temelinde ismlenmeyen şeyin gönderilmesi” başlığını taşıyan birinci bölümde, 6098 sayılı kanunla düzenlenmiş bu alanda, genel hükümler çerçevesinde nasıl yaklaşımlar geliştirildiğini, problemlerin türleri ve kaynaklarını ortaya koyarak bir perspektif yakalamaya çalışıyoruz.

İkinci bölüm, “Avrupa Parlamentosu ve Üye Devletler Hukuku, Diğer Hukuk Sistemleri” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde karşılaştırmalı hukuk üzerinden ortaya koyulan çözümler incelenmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu” dahilinde, ismlenmemiş şeyin gönderilmesine ilişkin düzenlemenin, pek çok açıdan, karşılaştırmalı hukuktan da yararlanarak, üzerinde duruyoruz.

ABSTRACT

"Sending unsolicited goods" TBK Article 7 title on our study consists of three parts. Issues regulations on the application before the first section offers a basis to work on. In the second part should come forward comparative law and the subject is focused on the situation in other jurisdictions. The third part is trying to put forward a study covering the effects and consequences of the new regulations.

"Sending unsolicited goods in case of the enforcement of Law No. 818", will be our focus to emphasize the general provisions of the law, of how to approach it, so we can have a chance to get a perspective captured by revealing the type and source of the problems.

The second section, "the European Parliament and Member States Law, Other Legal Systems" under the headline. The analyzes set out in this section were analyzed through comparative law.

In the third part of the study "No. 6098 of Turkish Code of Obligations" under the regulations governing by prohibiting sending unsolicited goods, in many respects, the comparative advantage of the law, we're standing on.

KISALTMALAR

AB: Avrupa Birliği

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

A.g.e: Adı geçen eser

AK: Avrupa Konseyi

AT : Avrupa Topluluğu

b. : Baskı Yılı

BM : Birleşmiş Milletler

BK : Borçlar Kanunu

EU: European Union

EC: European Commission

s. : sayfa

S. : Sayı

SDR : Self Determinasyon

TBK: Türk Borçlar Kanunu

TMK: Türk Medeni Kanunu

TKHK : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

UK : United Kingdom, Birleşik Krallık

Y. : Yıl

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No
Özet.....	iii
Abstract.....	iv
Kısaltmalar	v
GİRİŞ.....	4

BİRİNCİ BÖLÜM

1. TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN ÖNCEKİ DÖNEMDE TÜRK HUKUKUNDA ISMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİNE İLİŞKİN YASAL DURUM

1.1. Genel Olarak.....	6
1.2. Sözleşme Temelinde Hak ve Talepler.....	7
1.3. Haksız fiil temelinde hak ve talepler.....	9
1.4. Diğer Talepler.....	11

2. ISMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİNE İLİŞKİN MUKAYESELİ HUKUKTAKİ YASAL DURUM

2.1. Avrupa Parlamentosu.....	14
2.2. İsviçre.....	16
2.3. Almanya.....	17
2.4. Avusturya.....	19
2.5. Birleşik Krallık.....	20
2.6. Diğer Hukuk Sistemleri.....	22
2.6.1. Yeni Zelanda	22
2.6.2. Yeni Zelanda	23

İKİNCİ BÖLÜM

1. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU TEMELİNDE ISMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİ

1.1. Genel Olarak.....	24
1.2. Uygulama Alanı.....	25
1.2.1. Taraflar Bakımından.....	26
1.2.1.1. Gönderen Taraf Bakımından.....	26
1.2.1.2. Gönderilen Taraf Bakımından.....	27
1.2.1.3. Konu Bakımından.....	28
1.3 Hükümleri.....	31
1.3.1. Şey Kavramı.....	31
1.3.2. Gönderme.....	32
1.3.3. Ismarlanmamış Olma.....	33
1.3.4. Gönderilen Şey Bakımından.....	36
1.3.4.1. Talep Edilmeksizin Gönderilen Kredi Kartı.....	36
1.3.4.1.1. Genel Olarak Kredi Kartının Hukuki Yapısı.....	36
1.3.4.1.2. Banka Hukuku Açısından Kredi Kartı.....	37
1.3.4.1.3. Kredi Kartı Üyelik Sözleşmeleri.....	40
1.3.4.1.4. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ.....	41
1.3.4.1.5. SÖZLEŞMENİN UNSURLARI.....	45
1.3.4.1.5.1. Tarafların Anlaşması.....	45
1.3.4.2. TBK 7. Madde Bakımından Kredi Kartı Gönderilmesinin Hukuki Durumu.....	48

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1. ISMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİNİN HUKUKİ SONUÇLAR

1.1. Öneri Sayılmaması.....	52
1.2. Gönderen Kişi Bakımından Talep Hakkı.....	54
1.2.1. Genel Olarak.....	54
1.2.2. Sözleşmesel Bir İlişki Temelinde.....	54
1.2.3. Aynı Haklar Bakımından.....	55
1.2.3.1. Mülkiyet Hakkı Bakımından Değerlendirme.....	59
1.2.3.1.1. Genel Olarak Mülkiyet Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılması.....	59
1.2.3.1.1.1. Mülkiyet Hakkının Niteliği.....	60
1.2.3.1.1.1.1. Genel Olarak.....	60
1.2.3.2. Mülkiyet Hakkının Kapsamı.....	61
1.2.3.2.1. Malike Sağladığı Haklar.....	62
1.2.3.2.2. Müdehalenin Kimden Geldiğine Göre Mülkiyet Hakkı.....	66
1.2.3.2.3. Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması.....	66
1.2.3.2.3.1. Hakkın Özüne Dokunmama.....	67
1.2.3.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlanması.....	69
1.3. Haksız Fiil Sorumluluğu.....	70
1.3.1. TBK'da Genel Olarak Haksız Fiil Sorumluluğu.....	70
1.3.1.1. Kusur Sorumluluğu.....	70
1.3.1.2. Özen Sorumluluğu.....	70
1.3.1.3. TBK 7. Madde Bakımından Haksız Fiil Sorumluluğu.....	71
1.4. Sebepsiz Zenginleşme.....	76

2. YANLIŞLIKLILA GÖNDERİLMİŞ OLMANIN HUKUKİ SONUÇLARI	77
SONUÇ.....	80
KANAKÇA.....	82

GİRİŞ

Konumuzu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile yürürlüğe giren, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almayan “ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi” başlıklı 7. Madde oluşturmaktadır. Kanunun ifadesi ile; “ ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz ve bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir” (TBK. m. 7). Benzer bir düzenleme ile, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 7 ile de karşılaşabiliriz. Birbirine oldukça benzer bu iki kanun hükmünün ayrıştığı en önemli nokta hiç şüphesiz kapsama alanıdır. Adından da anlaşılacağı üzere, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Madde 7’nin uygulama alanı bulabilmesi için söz konusu sözleşmenin bir tarafının “tüketici” olması gerekmektedir. Ancak mevcut haliyle Türk Borçlar Kanunu Madde 7’nin uygulama alanı daha geniş kapsamlı olmak üzere, taraflar bakımından “tüketici” şartı ihtiva etmemektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer almayan “ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi” hususu karşısında, mevcut düzenlemeden evvel, söz konusu 818 sayılı kanunun uygulama döneminde, kendisine mal gönderilen bir kimse için, bir takım zorluklar hasıl olacağı açık bir durumdur. Malı saklamanın, kullanmanın veya tüketmenin bir kabul beyanı sayılabilmesi sorunsalının yanı sıra, kendisine, sipariş etmediği halde, mal gönderilen kişi, sözleşme kurma iradesinin dışında dahi , malı muhafaza etme, saklama, ya da geri gönderme yükümlülüğünün altında olup olmadığı da tartışma konusu olmuştur. Bir diğer seçenek olarak söz konusu malı yok etmek ile karşılaşabileceği haksız fiil sorumluluğu, ya da malı elden çıkartmakla ileri sürülebilecek tazminat seçenekleri, hatta mala gelebilecek zarar karşısında nasıl bir sonuç oluşacağı bir problem olarak ortada durmaktadır.

TBK madde 7, çok açık bir şekilde sipariş edilme durumu olmaksızın, kendisine gönderim yapılan kişiyi, eski kanunda düzenlenmemiş bu alan sebebiyle ortaya çıkan ve çıkması muhtemel durumlara karşı koruma altına almış, pek çok olumsuz sonuçtan beri etmiştir. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanununda karşımıza çıkan bu yeni düzenlemenin, açıklığa kavuşturduğu mesele ve çözmeyi hedeflediği sorun, sipariş edilmemiş bir şeyin gönderilmesi sonucu gönderen ve gönderilen kişi arasındaki ilişki ve hukuki statüdür diyebiliriz. Dolayısıyla çalışmamızı, 818 ve 6098 sayılı

kanunlar çerçevesinde, ismarlanmamış şeyi gönderen, ve kendisine gönderilen arasındaki ilişki üzerinden, ortaya çıkan veya çıkması muhtemel sonuçlar, bu sonuçların oluşturduğu mağduriyetler, ve farklı hukuk sistemleri içinde, benzer durumlara ilişkin üretilen çözümler temelinde irdeleyeceğiz.

Bu noktada incelememize 97/7/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi ile başlamamız yerinde olacaktır. Nitekim daha sonra detaylıca inceleyeceğimiz üzere, söz konusu 97/7/AT sayılı Avrupa Parlamentosu kararı, Madde 9 ile, konumuzla doğrudan ilişkili olmak üzere, Ismarlanmamış Mal veya Hizmet Tedariki başlıklı düzenleme, mevzu bahis problemler ve karışıklıklar karşısında üye devletleri tedbir almaya davet ederek, konuya bir çerçeve çizmiştir.

Elbette, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 7 den bahsederken, kanun gerekçesinde ifade edildiği üzere, 5 Ekim 1990 tarihli Federal Kanunla kaynak İsviçre Borçlar Kanununa 6a maddesi olarak eklenmiş olup, 1 Temmuz 1991 tarihinden beri yürürlükte olan düzenlemeleri dikkatle incelemeliyiz. Ayrıca elimizden geldiğince karşılaştırmalı olarak diğer hukuk sistemlerini de incelemeye çalışacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN ÖNCEKİ DÖNEMDE TÜRK HUKUKUNDA ISMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİNE İLİŞKİN YASAL DURUM

1.1. Genel Olarak

İsmarlanmamış şeyin gönderilmesi hususuna benzer olmak üzere ulaşılabildiğimiz en eski düzenlemelere Amerika Birleşik Devletleri Florida Eyaletinin 1851 tarihli bir kanun düzenlemesinde, sipariş edilmemesinin kendisine gazete veya benzer bir malın periyodik olarak gönderilmesi neticesinde bu kimse için ödeme yapmakla yükümlü olmayacağı hususu ile karşılaşmaktayız¹. Elbette bu düzenleme bir sorunun çözümüne ilişkin olarak ortaya çıkmış, ve gerek teknolojik gelişmeler gerekse modernleşen ticari teknikler neticesinde ismarlanmamış şeyin gönderilmesi, gazete örneğinin çok daha ötesinde, gönderme eylemine konu olabilecek her eşya açısından problem oluşturmaya başlamıştır. Bu doğrultuda konu sürekli bir problem olarak pek çok farklı şekilde ele alınmıştır. Türk hukukunda ise 6098 sayılı kanuna kadar konu hakkında doğrudan bir düzenleme yapılmış değildir.

818 sayılı Borçlar Kanunu, ismarlanmayan şeyin gönderilmesi hususunu açıkça düzenlemiş değildir. Yalnızca Ticari Reklam ve İlanlara ilişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına dair Yönetmelik madde 10 dahilinde reklam maksadıyla tüketiciye sipariş etmediği bir şeyi göndermek suretiyle, söz konusu gönderinin reddedilmemesi veya geri gönderilmemesi ile alıcıyı, gönderiyi kabul etmeye zorlayıcı ya da bedelini ödemesi gerekliliğine dair yanıltıcı uygulamalar yapmaktan men eden benzer bir düzenleme ile karşılaşmaktayız². Dolayısıyla ismarlanmamış bir

¹ Duke Law Journal, Vol. 1970, Number 5, October 1970; (çevrimiçi) <http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol19/iss3/> (Erişim Tarihi 22.09.2014) s. 991.

²Abdulkerim Yıldırım, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, 1. B., İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2009, s. 264.

şeyin gönderilmesi durumuna ilişkin olmak üzere, ortaya çıkacak sonuç üzerinden, ısmarlanmayan şeyi gönderen ile gönderilen arasında oluşacak hukuki durumun yarattığı sorun, gönderen ve alıcı arasında ne tür hak ve taleplerin söz konusu olacağı meselesidir. Bir çeşit haksız pazarlama tekniği olarak kabul edilen bu tür gönderilerde, ısmarlamadığı halde kendisine mal gönderen kişi bakımından, iradi bir davranışı olmaksızın, bir külfete katlanmak zorunluluğu ortaya çıkmaktadır³. Bahsedilen külfetlere katlanmak istemeyen kişi açısından, zoraki bir şekilde sözleşme kurmak sonucu doğabilmektedir. Sözleşme kurmaktan kaçınan kimse bakımından da bir takım başka durumlar söz konusu olabilmektedir.

Farklı kurgularda, taraflar arasındaki muhtemel hukuki ilişki, sözleşmesel olabileceği gibi, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme kavramları üzerinden de ortaya çıkabilir niteliktedir.

ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi durumunda, 818 sayılı kanun uygulamasında karşımıza çıkacak her türlü sonucu, konu hakkında bir düzenleme olmadığı hususunu tekrarlar, genel hükümler çerçevesinde ele almak gerektiğini ifade etmek yerinde olacaktır.

1.2. Sözleşme Temelinde Hak ve Talepler

ısmarlanmayan bir şeyin gönderilmesinin, taraflar arasında bir sözleşme kurulması sonucunu doğurması için, geçerli bir sözleşmenin nasıl kurulacağını ele almak gerekecektir. Bu bakımdan anahtar kavramlar, geçerli bir öneri ve karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasıdır. , 818 sayılı kanunun 2. maddesinde belirtildiği üzere;

"tarafların akdin esaslı noktalarında anlaşmaları durumunda, diğer noktalar sükut ile geçilmiş olsa dahi sözleşme kurulmuş sayılacaktır".⁴

³ Baki İlkay Engin, "Uzaktan Pazarlama Yoluyla Kurulan Sözleşmeler", **Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumuna - AcquisCommunatuarie'in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler**, der. Ünal Tekinalp, İstanbul, İÜ Yayınları, 2001, s. 477.

⁴bkz. 818 sayılı Borçlar Kanunu Madde 2.

Dolayısıyla tarafların, söz konusu sözleşmeye ilişkin esaslı noktalarda anlaşmış olmaları gerekli bir husustur.

Bu noktada, öncelikli iradi davranış olarak karşımıza çıkan gönderme eylemini, gönderenin sözleşme kurma iradesi ile yaptığını kabul etmemiz gerekecektir. Bununla birlikte, söz konusu davranışın geçerli bir öneri olarak kabul edebilmesi için, sözleşmenin esaslı unsurlarını ihtiva eden bir beyan olması gerekmektedir⁵. O halde, ısmarlanmamış şeyi gönderen açısından, sözleşme kurulabilmesi için, geçerli bir öneri, gönderilen şey ile mukabilinde istenilen bedelin, karşı tarafa bildirilmesiyle ortaya çıkacaktır.

Nitekim bir beyanın icap olarak ele alınabilmesi için, sözleşmenin asli unsurlarını ihtiva etmesi zorunludur. Dolayısıyla tek başına bir malın gönderilmesi bir beyan olarak ele alınsa dahi, kurulacak sözleşmenin asli unsurlarını ihtiva etmediğinden icap olarak nitelendirilemeyecektir.

Bununla beraber yanlışlıkla gönderildiği açıkça anlaşılan bir durumda icaptan söz etmek mümkün olmayacaktır. Ancak güven teorisi kapsamında, kendisine mal gönderilen kişi açısından, gönderilen şey icap olarak nitelendirilebilir durumda ise, yine geçerli bir önerinin var olduğu kabul edilecektir uygulanmaktadır⁶.

Geçerli bir önerinin yapılmış olmasıyla beraber, sözleşmenin kurulabilmesi için aranacak olan ikinci unsur kabuldür. Bu noktada, kendisine mal gönderilen kimse açısından kabul iradesinin karşı tarafa ulaşması gerekli değildir. Bu kimsenin kabul iradesinin varlığı, sözleşmenin kurulması için yeterlidir.

Kendisine ısmarlamadığı halde mal gönderilen kimse bakımından, pratikte, özellikle kabule ilişkin irade beyanını karşı tarafa bildirmesi beklenmeyecektir. Dolayısıyla kabul iradesinin tespiti yine bu kimsenin davranışları ele alınarak değerlendirilecektir.

Türk hukuk sisteminde susmanın bir irade beyanı olarak kabul edilmediği dikkate alınır, konumuz bakımından susmanın tek başına kabul sayılamayacağı

⁵ Bu konuda gerek 818 sayılı kanun gerekse 6098 sayılı kanunda, geçerli bir öneri bakımından gönderilen şeye mukabil bedel sözleşmenin esaslı unsuru olarak kabul edilmektedir.

⁶ Murat İnceoğlu, **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, der. Baki İlkay Engin, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 983.

açıktır⁷⁸. O halde, kendisine mal gönderilen kişinin, hangi davranışı ile sözleşme kurma iradesinin ortaya çıkmış sayılacağını inceleyecek olursak, bu sonucu doğurmaya müsait en somut davranış biçimi elbette gönderilen şeyi kullanma veya tüketmek olacaktır⁹. Nitekim kendisine ulaşmış geçerli bir öneriye karşı kişinin bu yöndeki davranışları sözleşme kurma iradesinin var olduğu yönünde karine teşkil etmektedir.¹⁰

Bir diğer ihtimal olarak malın yok edilmesi durumunda ise, bu kimsenin sözleşme kurma iradesiyle örtüşen bir davranış sergilemediği kabul edilmiştir¹¹. Böylesi bir durum için taraflar arasında sözleşme kurulmuş olmayacağından, haksız fiil sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

İsmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi üzerine, 818 sayılı borçlar kanunu uygulamasında, gönderme eyleminin gönderinin öneri iradesi ile meydana gelmiş olması ve gönderilen şeye mukabil bedel bilgisinin muhataba ulaştırılması, ardından gönderilen şeyin muhatap tarafından kullanılması veya tüketilmesi ile, bir sözleşmenin kurulduğunu söyleyebiliriz. Nitekim böylesi bir kurguda sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli unsurlar mevcut durumdadır. Bu durumda alıcı kendisine bildirilen bedeli ödemekle karşı karşıya kalabilecektir. Bunun karşılığında, kendisine mal gönderilen kimse bakımından hata hükümlerinin ileri sürülebileceği ifade edilmiştir¹². Ancak bu neviden bir durumda, kendisine gönderi yapılan kimseye karşı, kullanmış veya tüketmiş olduğu şey nedeniyle, sebepsiz zenginleşme koşulları ileri sürülebilecektir.

1.3. Haksız fiil temelinde hak ve talepler

İsmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi başlığı altında, haksız fiil sorumluluğu, alıcı açısından bahse konu bir kavram olacaktır. Taraflar arasında bir sözleşmenin kurulmadığı bir durum için, kendisine gönderi yapılan kişi açısından saklama ve iade yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmek gerekecektir.

⁷Bucher, Art.6a, N.2;Larenz/ WoIf, § 29, N.65.

⁸ Susmanın kural olarak kabul anlamına gelmeyeceğinin yanı sıra, hangi hallerde kabul sayılacağına dair bkz. Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. b., İstanbul: Beta Yayınevi, 2008, s. 62.

⁹ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. b., İstanbul: Vedat Yayınevi, 2006, s. 208 dipnot 22.

¹⁰Yıldırım, a.g.e., s.263.

¹¹İnceoğlu, a.g.e., s. 984.

¹²İnceoğlu, a.g.e., s. 984.

Nitekim alıcının kendisine gönderilen malın her an iadesinin istenebileceğini bilmesi gerekliliği, dürüstlük kuralına uygun düşecektir. Bu değerlendirmeyi akılda tutarak, sözleşme zeminin dışında bir durum için, haksız fiilinden söz edebilmek adına, müspet ya da menfi olmak üzere, iradi bir davranışın, gönderen nezdinde bir zarara sebep olması sonucunu doğurmuş olması gerekecektir¹³. Bu zarar kasten veya ihmalden meydana gelmiş olabilir niteliktedir. Sözleşme kurmak iradesini taşımayan alıcı, malı tüketmesi, eksiltmesi, yok etmesi ya da elden çıkartması halinde haksız fiil temelinde tazminat ödemek durumunda kalacaktır. Bunların yanı sıra, malı muhafaza etme yükümlülüğüne mugayir bir davranış neticesinde mala gelebilecek zarar da haksız fiil temelinde tazmin edilebilecektir¹⁴.

Alıcı açısından, haksız fiil temelinde kusur sorumluluğu, alıcının kötü veya iyi niyetli zilyet olması durumlarına göre netleşecektir. Doktrinde kabul gören görüşe göre, kendisine ısmarlanmamış mal gönderilen kimsenin durumu konusunda örtülü boşluk vardır. Yine ağır basan görüş, bu boşluğun alacaklı temerrüdü hükümlerine kıyas yoluyla doldurulması gerekliliğidir. Buna göre alıcının sorumluluğu, kendisine gönderilen mallara ağır kusuru ile veya kasten zarar vermesi durumunda ortaya çıkacaktır¹⁵.

Bir diğer görüşe ise geçici olarak haklı zilyet olma durumundan bahsetmektedir. Bu görüşe göre alıcının haklı zilyetliği, malikin malları fiili bir şekilde geri alma teşebbüsüne kadar devam edecektir. Malların iade edilmesi gerekliliğine ilişkin bildirim, tek başına alıcıyı haksız zilyet konumuna düşürmeyecektir¹⁶.

¹³ 818 sayılı Borçlar Kanunu 41. Madde.

¹⁴ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, İstanbul 2012, s. 8, 9.

¹⁵ Hayrullah Futuhi Töre, "Zilyedin Sorumluluğu ve Hakları", Ankara Barosu Dergisi, Y. 1974, S. 2., s. 237-238.; Burak Özen, **Haksız Zilyetlikte iade**, İstanbul: 2003, s 43.

¹⁶ İyi niyetli zilyedin malike karşı sadece iade borcu altında olduğunun kabulü yanı sıra, ısmarlanmayan şeyin gönderildiği kişi bakımından saklama borcu geri gönderme borcu olarak düşünülmemelidir. Söz konusu iade borcu, malikin gönderilen şeyi geri alma girişimine karşı koyulmaması gerektiğini ifade etmektedir.

Her iki görüşün de uzlaştığı nokta, ismarlanmayan şeyin kendisine gönderilen kişi bakımından haksız fiil sorumluluğu, Medeni Kanun Madde 995'e göre değil, ağır ihmal veya kast durumlarına göre değerlendirilmesi noktasındadır¹⁷.

1.4.Diğer Talepler

Sözleşme ilişkisinin kurulduğunun kabul edilmediği bir kurguda öncelikle kendisine mal gönderilen kimsenin yükümlülüklerinin ele alınması gerekir. Belirtmek gerekir ki, tüketicinin sözleşmeyi kurmayı istemediğini bildirme yükümlülüğü yoktur. Zira hukukumuzda kural olarak bir icabı açıkça reddetmek zorunluluğu mevcut değildir. Burada da bu genel kuraldan ayrılmak için bir neden bulunmamaktadır. Bu durumun tek istisnasını malın kendisine hataen gönderilmiş olması teşkil etmektedir. Bu gibi hallerde dürüstlük kuralından kaynaklanan bir bildirim yükümlülüğü mevcut olacaktır.

Buna karşılık kendisine mal gönderilen kimsenin malı saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Söz konusu yükümlülüğe aykırılık aşağıda ele alınacağı üzere bu kimsenin sorumluluğuna yol açacaktır, özellikle malın tüketilmesi veya kullanılması halinde durum böyledir. Ancak bu yükümlülük malın saklanması ile sınırlıdır. Bir geri gönderme borcundan söz edilemez¹⁸.

Tüm bu bilgiler ışığında kendisine mal gönderilen kimseye karşı ileri sürülebilecek olan talepler bakımından, malı gönderen kimse için öncelikle istihkak ve de zilyetlik davaları ile malın kendisine iadesini talep etme olanağına sahip olduğu söylenebilmektedir¹⁹. Ancak bu talep karşısında uygulanacak olan hükümler doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, kötü niyetli zilyedin malın değerini tazmine mahkum edilebilmesi için, malın halihazırda zilyedinden hiçbir karşılık ödmeden geri alınamayacak olması gerekmektedir²⁰. Bu nedenle kendisine mal gönderilen kimsenin malı üçüncü kişiye devretmesi halinde ikili bir ayırım yapılması

¹⁷ Bu durum, konuya ilişkin olarak kendisine gönderi yapılan kişinin, iyi niyetli zilyet statüsünün bir sonucudur.

¹⁸İnceoğlu, a.g.e., s. 986 dipnot 15.

¹⁹İnceoğlu, a.g.e., s. 986.

²⁰M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul; Filiz Kitabevi, 12. b., 2009, s. 113.

gerekir. Üçüncü kişinin iyi niyetli olduğu hallerde Türk Medeni Kanununun 988. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı geçecektir. Zira kendisine mal gönderilen kimse emin sıfatıyla zilyet konumundadır. Bu nedenle üçüncü kişiden malın hiçbir bedel ödenmeden geri alınması mümkün olmadığı için, kendisine mal gönderilen kimse malın değerini iade etmeye mahkum olacaktır.²¹

Buna karşılık üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı hallerde mülkiyet hakkı kendisine geçmemiş olacak ve mal kendisinden hiçbir karşılık ödenmeksizin geri alınabilecektir. Bu gibi hallerde kendisine mal gönderilen kimsenin malın değerini tazmin etmek yükümlülüğü bulunmayacaktır. Bunun yanı sıra, bu konuda da doktrinde tartışma mevcuttur. Bir başka görüşe göre davaya muhatap olan zilyet; üçüncü şahsa karşı menkul davası açılmasının mümkün olduğunu ve bu sebeple kendisi aleyhine açılan tazminat davasının reddi gerektiğini ileri süremeyecektir²². Diğer bir anlatımla bu görüşe göre; hak sahibinin; üçüncü kişiden malın iadesini istemek yerine kötüniyetli zilyedin sorumluluğuna gitmesi de mümkündür²³.****

Kendisine mal gönderilen kimsenin malı kullanması halinde ise durum son derece tartışmalıdır. Ancak açık olan husus; kullanma karşılığında mala bir zarar gelmesi halinde bu durumun Türk Medeni Kanununun 995. maddesi uyarınca bir tazminat talebine yol açacağıdır²⁴. Buna karşılık zarar vermeksizin söz konusu malın kullanılmasının kötü niyetli zilyedin ecrimisil olarak adlandırılan bir tazminat ödemesini gerektirip gerektirmeyeceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar haksız fiilin; bazıları sebepsiz zenginleşmenin bulunduğunu kabul ederken; bazı yazarlar konunun elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünler kavramı içinde ele alınması gerektiğini savunmuşlardır.²⁵

Doktrinde bir başka görüş ise, bu kimselerin geçici olarak haklı zilyet konumunda olduklarını savunmuştur. Diğer bir anlatım ile kendisine mal gönderilen kimse, malları derhal iade etmek zorunda olmayacak, malları gönderen kimse fiilen

²¹ Özen, a.g.e., s. 206.

²² S. SulhiTekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **TekinayEşya Hukuku**, İstanbul; 5. b., 1989, s. 211.

²³ Töre, a.g.e., s. 237-238; Özen, a.g.e., s. 207.

²⁴ Özen, a.g.e., s.43.

²⁵ a.g.e.

geri alma girişiminde bulunana kadar zilyetliğinde haklı sayılacaktır. Üstelik bu görüşe göre,,mallan geri almak konusunda fiilen bir girişimde bulunmadığı sürece, malı gönderen kimsenin bu konuda sadece bir bildirimde bulunması ve malların iadesini talep etmesi de bu sonucu değiştirmeye başlı başına yeterli olmayacaktır. Sonuç olarak bu yazarların da ulaştığı sonuç, kendisine mal gönderilen kimsenin Türk Medeni Kanununun 995. maddesine göre değil, ancak kastının ve ağır ihmalinin bulunması halinde sorumlu tutulması gerektiği yönündedir.



2. İSMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİNE İLİŞKİN MUKAYESELİ HUKUKTAKİ YASAL DURUM

2.1. Avrupa Parlamentosu

20 Mayıs 1997 tarih ve 97/7/AT sayılı, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey direktifinin 9. maddesinde sipariş edilmemiş bir malın tüketiciye gönderilmesi veya yine sipariş edilmemiş bir hizmetin tedarik edilmesi durumunda, tüketiciyi korumayı amaçlayan ve bu doğrultuda tüketici adına ortaya çıkabilecek belirsizlikleri ortadan kaldıran bir sonuca yönelik düzenleme getirilmiştir²⁶. Bu düzenleme ile tüketici, zoraki bir hukuki neticenin gerçekleşmesiyle beraber kendini içinde bulacağı bir keşmekeşin içinde kaybolmaktan kurtarılmış, tüketici bakımından olumsuz sonuçlar doğuracak neviden mal ve hizmet sunumu yasaklanmıştır.²⁷

Avrupa parlamentosu, mevzu bahis karar ile üye devletleri, temelde iki hususta tüketiciyi korumayı amaçlayan düzenleme yapmaya davet etmektedir. Bu iki noktaya ilişkin düzenlemeler ile öncelikle ısmarlanmamış malın gönderilmesinin önüne geçmeye çalışırken, malın veya hizmetin tedarik edilmesi durumunda da, sonuca ilişkin olmak üzere yine tüketiciyi koruma gayesi güdülmüştür.

Düzenleme ile öncelikli hedefin, ısmarlanmamış mal gönderilmesinin önüne geçmek olduğu görülmektedir. Bu bakımdan ısmarlanmamış mal veya hizmetin, ücret talebiyle tüketiciye gönderilmesi veya sağlanması yasaklanmaktadır²⁸. Bu aşamada ısmarlama unsuru olmaksızın bir şeyin gönderilmesi suretiyle yapılmaya çalışılan haksız pazarlama yönteminin önüne geçilmek istenirken, ikinci fıkrada ise, artık muhatabına ulaşmış bulunan mal veya hizmete dair durum söz konusu olmaktadır.

Mevzu bahis düzenleme, ısmarlanmamış şeyin tedarik edilmesi durumunda, tüketicinin iradesine muhalif veya onu zorlayan bir süreçle baş başa bırakılmaması

²⁶ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, article 9.

²⁷ Yıldırım, a.g.e., s. 262.

²⁸ a.g.e.

yönünde, tüketiciyi herhangi bir bedel ödemekten muaf tutmak için tedbir alınması gerektiği yönündendir. Buna göre, ısmarlanmadığı halde bir malın gönderilmesi veya tüketicinin talep etmiş olmadığı bir hizmetin yerine getirilmesi bir karşı edim borcuna bağlı nitelik taşıyorsa yasaklanmalıdır.²⁹ Bu noktada, bir görüşe göre mevzu bahis Avrupa parlamentosu kararının 9. Maddesi rekabet hukukunu ilgilendiren bir düzenleme olarak ele alınmalıdır. Bu düşünceye gerekçe olarak, uzaktan pazarlama yoluyla sözleşmelerin kurulmasını düzenleyen yönergenin, madde 9 düzenlemesinin sözleşmenin kurulmasıyla bir ilgisi bulunmadığından, kapsam dışında kaldığı belirtilmiştir.³⁰

Düzenlemenin içerdiği ikinci tedbiri ele aldığımızda, Türk Hukukunun susma ile sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel ilkeleriyle benzer bir şekilde, tüketiciye gönderilen mal veya tedarik edilen hizmetin ardından, tüketicinin sükut etmiş olmasından , yine tüketicinin mal veya hizmet alımına ilişkin sözleşmeyi kabul ettiği anlamının çıkartılmasının önüne geçmeye yönelik önlem alındığı görülecektir. nitekim, ısmarlanmamış bir malın gönderilmesi bu malı alan kişi bakımından, sözleşmeyi kurmak iradesi taşımadığı hallerde, karşı tarafa irade beyanında bulunma zorunluluğu yüklenemeyecektir. hatta gönderici tarafından susmanın kabul sayılacağı bir süreye bağlanmış olsa dahi, bu durum sonucu değiştirmeyecek, alıcı bakından susma, yine kabul beyanı olarak nitelendirilemeyecektir. Böylesi bir çıkarsamayapmak, tek taraflı irade beyanı ile başkasını belirli bir davranışta bulunmaya zorlama anlamına gelecektir.

Şu anda 2011/83/EU sayılı karar dahilinde yürürlükte olan söz konusu Avrupa Parlamentosunun 97/7/AT karar sayılı 9. maddesi, öncelikle 2005/29/AT sayılı kararın 15. Maddesi ile, ardından ifade edildiği üzere 2011/83/EU sayılı kararın 27. maddesi ile güncellenmiştir.

Türk borçlar kanunun yanı sıra benzer bir düzenlemeyi ihtiva eden 6502 sayılı tüketicinin korunması hakkında kanun 7. maddesi ile 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesinin 27.

²⁹ Düzenlemenin, özellikle karşı edim doğuran sonuçlara ilişkin tedbir alma gerekliliğine dair yaklaşımı nedeniyle bu sonuca ulaşıyoruz.

³⁰ Engin, a.g.e., s. 477.

maddesine çok benzer bir düzenleme yapıldığı görülecektir³¹.

Ancak, söz konusu yönergenin üye devletlerce iç hukuka aktarılması sürecinde birbirinden farklı yöntemleri benimsediklerini gözlemlemekteyiz. Bu farklılaşmanın sonucunda, inceleyeceğimiz üzere pek çok farklı senaryo için pek çok farklı sonuçların doğması imkanı ortaya çıkmaktadır. Nitekim yönergede açıkça ifade edilmesine rağmen, malın yanlışlıkla gönderildiğinin anlaşıldığı bir durum için ne yapılması gerektiği hususu, yeterince net değildir. Diğer örneklerde görülmesine rağmen, kaynak İsviçre borçlar kanununun ve Türk Borçlar Kanununun düzenlemiş olduğu üzere, ısmarlanmamış malı alan tüketicinin malı tüketme ve yok etme hakkına sahip olduğu ve malın yanlışlıkla gönderildiğinin açıkça anlaşılması halinde tüketicinin bir bildirim yükümlülüğünün bulunduğu hususlarına yer verilmemiştir.

2.2. İsviçre

Türk borçlar kanununa temel teşkil eden İsviçre borçlar kanununun sipariş edilmemiş şey kenar başlıklı 6a maddesi, üç fıkra halinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında ısmarlanmadan gönderilmiş şeyin, icap kabul edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile icap unsurlarının oluşup oluşmadığı yönündeki tartışma doğrudan önlenmiş, herhangi başkaca bir unsura bakılmaksızın, bu neviden bir gönderinin icap kabul edilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

İkinci fıkrada, sipariş edilmemiş şeyin gönderildiği kişi açısından sorumluluk unsurunun ne olacağı konusunda bir düzenleme görmekteyiz. Bu düzenleme ile alıcının malı saklamak veya geri göndermek gibi bir yükümlülüğün altına girmekten beri edildiği kesin bir şekilde belirtilmiştir. Dolayısıyla, ısmarlanmamış şeyin gönderilmesiyle birliktemuhataba ait bir sorumluluk alanı oluşturarak, bu sorumluluk üzerinden alıcıyı bir sözleşme zeminine çekme baskısını ortadan kaldıran, bu baskı unsurunu, sorumluluk alanını yok ederek bertaraf eden bir düzenleme ile karşı karşıyayız.

Türk borçlar kanun tasarısında olmakla beraber³², sonradan çıkarılan,

³¹bkz. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Madde 7.

ısmarlanmamış şeyin yanlışlıkla gönderilmesi hususuna ilişkin düzenleme, İsviçre borçlar kanunu 6a maddesinin son fıkrası ifadesi ile, hataen gönderildiği açıkça anlaşılır bir şey için, alıcı açısından göndericiye haber verme yükümlülüğü getirmektedir³³. Türk borçlar kanunu tasarısında, kaynak metin bütünüyle yer alırken, yasalaşan metnin 7. Maddesinde son kısmın çıkarıldığını görmekteyiz.

Söz konusu 6a maddesi İsviçre Borçlar Kanununun, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel hükümleri arasında olduğu görülmektedir³⁴. İsviçre borçlar kanununun, Avrupa parlamentosu ve komisyon genelgesinden ve pek çok diğer üye devletlerden farklı olmak üzere, ilgili düzenlemeyi yaparken, ısmarlanmayan şeyin gönderilmesini, hizmet tedarikinden ayrı bir şekilde ele almakla beraber, taraflar bakımından tüketici sınırlaması yapmamıştır³⁵³⁶.

2.3. Almanya

ısmarlanmamış gönderilere ilişkin düzenleme, Alman medeni kanununun 241a paragrafında, "sipariş edilmemiş edimler" başlığı ile, üç fıkra halinde düzenlenmiştir;

"

- 1- Bir işletme tarafından sipariş edilmemiş bir malın gönderilmesi veya sipariş edilmemiş diğer edimlerin yerine getirilmesi, tüketiciye karşı bir talep hakkı doğurmayacaktır.
- 2- Ancak söz konusu edimin bu kişiye gönderilmek istenmediği belli ise ya da siparişin mevcudiyeti konusunda hatalı bir izlenimin olduğu edimin ifa edildiği kimse tarafından biliniyor veya bu kimse tarafından gerekli özen gösterilseydi bilinecek durumda ise yasal talep hakları ortadan kalkmayacaktır;

³² Kanun tasarsındaki ikinci fıkra, Meclis Genel Kurulu görüşmeleri sırasında metinden çıkartılmıştır.

³³ Kanunda yer almasa da dürüstlük kuralından aynı sonuca ulaşılabileceği düşüncesi daha sonra incelenecektir.

³⁴ bkz. Das Obligationenrecht.

³⁵ Bu konuda Avrupa Parlamentosu Direktifinde "tüketici" unsuru öne çıkmaktadır.

³⁶ Gauch Peter, Schlupe, Walter R., *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band I, Zürich, 1995, s.73 vd. Avrupa Konseyinin 97/7/EC sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönergesi için bkz. Reichl, Norbert, "Die neue Richtlinie 97/7/EC über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1997, s.581 vd.; Hans, W. Micklitz/ Reichl, Norbert, *Die Fernabsatzrichtlinie im deutschen Recht*, Baden-Baden, 1998.

- 3- Tüketicinin sipariş etmiş olduğu bir edime fiyat ve kalite olarak eşdeğer bir edimin sunulduğu ve bu kimsenin edimi kabul etmek ve geri gönderme masraflarına katlanmak zorunda olmadığına açıkça belirtildiği hallerde, sipariş edilmemiş bir edimin varlığından söz edilemez"³⁷

Avrupa birliği yönergesinin işaret ettiği üzere, tüketicinin korunmasına ilişkin olarak, üye devletlerin iç hukukuna aktarması istenilen düzenlemeler, Alman medeni kanununun 241a paragrafında, “sipariş edilmemiş edimler” başlıklı düzenleme ile karşımıza çıkmaktadır. Düzenlemeye kaynak teşkil eden Avrupa birliği yönergesi çerçevesinde, İsviçre borçlar kanunundan gerek kapsama alanı gerekse uygulama alanı bakımından oldukça ayrışan alman medeni kanunu, ısmarlanmayan şeyin “mal” olarak nitelendirilmesinden ayrı olmak üzere, metinde yer alan “edimler” ifadesi ile, ısmarlanmayan hizmetleri de kapsamına almıştır³⁸. Böylelikle ısmarlanmayan gönderinin konusunu oluşturabilecek bir maldan ayrıca, ısmarlanmayan hizmete karşı da alıcı koruma altına alınmıştır. Bu şekliyle kendisine temel olan parlamento kararına daha yakın bir sonuç ortaya çıkmıştır.

Öte yandan İsviçre borçlar kanunundan farklılaşan bir diğer nokta olarak, 241a paragrafı ile yapılan düzenlemede “öneri” unsuru ile alakalı bir durumdan söz edilmemekte, tüketiciye karşı bir talep hakkı ileri sürülemeyeceğinden bahsedilmektedir. Bu düzenlemenin lafzi yorumu ile, gönderiyi yapan tarafın, aynı taleplerde de bulunamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Benzer düzenlemelerde, öneri unsuru üzerinden, tüketiciyi sözleşme yapmaya zorlayacak durumun bertaraf edilmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir. Oysa, Alman medeni kanununun mevcut haliyle, gönderici bakımından mülkiyet hakkından kaynaklanan taleplerin dahi önüne geçebilecek olan bu düzenleme, yine mülkiyet hakkına dair bir takım tartışmaları da beraberinde getirmiştir³⁹.

Alman medeni kanununun bir diğer ayırt edici özelliği ise, adı geçen düzenleme ile, taraflara ilişkin getirdiği sınırlamadır. “Sipariş edilmemiş edimler”

³⁷Çeviri için bkz. İnceoğlu, a.g.e., s. 991.

³⁸ Schulze, Reiner (Schulzeu.a), **BürgerlichesGesetzbuch**, 7. Auflage, 2012, Art.241a, Rn.2-3; Sutschet, **Beck'scher Online-Kommentar BGB** (Hrsg. Bamberger/Rotli), (**BeckOK BGB**), Edition. 23, 1.5.2012, Art.241a, Rn.2; **Jauernig, BürgerlichesGesetzbuch**, (Autor: Mansel), 14. Auflage, 2011, Art.241a, Rn.2-3.;Finkenauer, **MünchenerKommentar zum BGB**, (Münch. Komm), 6. Auflage, 2012, Art.241 a, Rn. 10, 11.

³⁹ Tartışma için bkz. İnceoğlu, a.g.e., s. 992, dipnot 35.

düzenlemesi, ancak, kendisine gönderi yapılan tarafın tüketici, gönderme eyleminde bulunan tarafın ise işletme olduğu vakalarda uygulama alanı bulabilecektir.

Düzenlemenin ikinci fıkrasında, gönderinin bir başkası adına yapılmışken, yanlışlıkla tüketiciye ulaştığı anlaşılıyorsa talep haklarının ortadan kalkmayacağı açıkça ifade edilmiş, buna ek olarak, siparişin mevcudiyetine ilişkin işletmenin hatasının da tüketici tarafından fark edilmesi veya gerekli özen gösterilseydi fark edilebilecek olması durumlarında, işletmenin yasal talep haklarının ortadan kalkmayacağı ifade edilmiş bir vaziyettedir.⁴⁰

Üçüncü fıkra düzenlemesi ise, tüketici tarafından gerçekleştirilen bir ısmarlama eyleminin varlığının yanı sıra, gönderici tarafından ısmarlanan edim yerine, ısmarlanan edime fiyat ve kalite olarak eşdeğer bir edimin gönderilmesi durumunda, bu kimsenin edimi kabul etmek ve gönderme masraflarına katlanmak zorunda olmadığı hususu açıkça belirtilmiş olması koşuluyla, ısmarlanmamış edimden bahsedilemeyeceğini belirtir⁴¹. Böylesi bir durumda geçerli bir önerinin varlığını kabul etmek gerekecektir. Dolayısıyla alıcının davranışları kabul veya ret beyanı için ayırt edici unsur olacaktır.

2.4. Avusturya

Avusturya medeni kanunu 864. Paragraf, 2. Fıkra ifadeleriyle, ısmarlanmayan malın hukuki statüsü şu şekilde düzenlenmiştir;

"Kendi arzusu olmaksızın kendisine gönderilmiş bir malın elde tutulması kullanılması ya da tüketilmesi icabın kabul edilmesi anlamına gelmez. Mal kendisine gönderilmiş olan kimse malı saklamakla ya da geri göndermekle yükümlü değildir, mal elinden çıkarabilir. Ancak malın kendisine hataen gönderilmiş olduğunu hal ve şartlardan anlayabilecek olduğu durumlarda, uygun bir süre içinde gönderene haber vermek veya malı geri yollamakla yükümlüdür".⁴²

Avusturya medeni kanunu, ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesinin icap sayılıp sayılmayacağı konusuna değinmemiştir. Ancak bu şekilde yapılmış bir

⁴¹ Jauemig, Art.241a, Rn.3; Münch. Komm, Art.241a, Rn. 18-23; Schulze, Art.241a, Rn.3.

⁴²Çeviri için bkz. İnceoğlu, a.g.e., s.993.

gönderinin ardından, alıcının gönderilen şeyin elde tutması, tüketmesi ya da kullanması davranış biçimlerinin kabul sayılamayacağını düzenlemiştir. Yanı sıra alıcının malı elden çıkarabileceği ifade edilerek, bu durumun sonucu üzerinden alıcıya karşı bir talep ileri sürme imkanının önüne geçilmiştir.

Uygulama alanı olarak, bir sınırlama getirilmemesi ile İsviçre borçlar hukuku düzenlemesine daha yakın olduğunu söylemek mümkündür.

Bir diğer nokta olarak, hataen gönderilen şeyler için, söz konusu “hataen gönderi” hal ve şartlardan anlaşılabilir ise, alıcı, iki farklı yükümlülükten birini yerine getirmek durumunda kalmaktadır. Göndericiye karşı bildirimde bulunma veya malı geri gönderme, düzenlemenin alıcıya yüklediği iki sorumluluktur.

2.5. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık’ın, sipariş edilmemiş bir şeyin gönderilmesi konusunu ilk düzenleyen ülkelerden biri olduğunu söyleyebiliriz. 19 eylül 1971 tarihli ısmarlanmamış mal ve hizmetler⁴³ isimli yasa ile, konu, oldukça ayrıntılı ve ağır olarak düzenlenmiştir. Öyle ki, ısmarlanmamış malı gönderen veya hizmeti sağlayan gönderici, bunu ardından alıcıya fatura göndermesi / ücret talep etmesi halinde suç işlemiş olacaktır⁴⁴. Bu düzenleme ile birlikte, bu çeşit bir gönderi yapıldığı zaman, bütün sorumluluk göndericinin üzerinde olmakla beraber, söz konusu cezai yaptırım ile, bu yöntemin doğrudan bir satış yöntemi olarak kullanılmasını yasaklamaktadır.

Daha sonrasında, Avrupa birliği yönergesinin iç hukuka aktarılması çalışmaları dahilinde, 31 ekim 2000 tarihli mesafeli satışlarda tüketicinin korunması yönetmeliği ile konu 10 madde halinde düzenlenmiş, 1971 tarihli yasayı güncelleyerek yürürlüğe girmiştir⁴⁵.

1971 tarihli mevzu bahis yasanın, ısmarlanmamış gönderiyi alan kişi bakımından, “Alıcının hakları” yan başlıklı 3. Maddesinde, bir takım koşulların gerçekleşmesi halinde, gönderinin koşulsuz bir hediye sayılacağı ve göndericinin

⁴³ bkz. Unsolicited Goods and Services Act 1975 (UGSA).

⁴⁴ The Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000, 24, Inertia Selling.

⁴⁵ a.g.e.

mallar üzerindeki her türlü hakkının sona ereceği hükme bağlanmıştır⁴⁶. Bu noktada, benzer düzenlemelerden çok farklı olmak üzere, ısmarlamadığı bir mal eline ulaşan alıcı için üç aylık süre öngörülmüştür. Malın teslimi ile başlayan süre içinde, alıcı, gönderene, konuya ilişkin usulünce bildirimde bulunup bunun ardından bir ay, ya da her halde üç ay bekleyecek ve bu bekleyişin ardından gönderen fiili olarak malı alma girişiminde bulunmaz ise, alıcı malı koşulsuz bir hediye olarak kabul edebilecektir⁴⁷.

2000 tarihli yönetmelik ile göze çarpan en temel değişiklik, 1971 tarihli yasada öngörülen süreye bağlanmış koşulların kaldırılması olmuştur. Yeni tarihli yönetmelik ile alıcı, kendisine gönderilen şeyi muhafaza etmek veya geri göndermek zorunda değildir. Bunun dışında, 1971 tarihli düzenlemeyle aynı olmak üzere, ısmarlamadığı malı alan kişi, malı kullanma, tüketme, her türlü tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Gönderici açısından ısmarlanmayan şeyi gönderme, 2000 tarihli yönetmelik ile beraber, süre beklemeksizin hak kaybı ile sonuçlanacaktır. Dolayısıyla alıcı, ısmarlamadığı mala ilişkin gönderiyi, doğrudan karşılıksız bir hediye olarak kabul edebilecektir.

Bütün bunların yanı sıra, Birleşik Krallık'ın konuya ilişkin olarak yaptığı en önemli düzenleme, hiç şüphesiz, ısmarlanmayan şeye ilişkin gönderinin ardından, bir bedel talep edilmesini suç olarak kabul etmiş olmasıdır. Nitekim 1971 tarihli yasada, bedel talep etmeye bağlanmış sonuç bir takım para cezası idi. 2000 tarihli yönetmelik de bu konu da yasayla paralel olarak, yine para cezası öngörmüştür. Ayrıca bedel istemenin yanı sıra, ısmarlamadığı halde kendisine bir şey gönderilen kişiyi, hukuki bir süreç başlatmakla, kara listeye almakla veya icra takibi başlatmakla tehdit etmek de suç sayılmaktadır.

Birleşik Krallık'ın konuyu ele alış biçimini özetlemek gerekirse, ısmarlanmamış şeyin gönderilmesinin sonucunda, gönderici açısından ortaya çıkacak bir hak kaybından bahisle beraber mülkiyet hakkının kaybedilmesi en dikkat çekici husustur. alıcı tarafından ise, kendisine gönderilen şeyi koşulsuz bir hediye olarak kabul etmekle beraber mülkiyet hakkına sahip olacağı noktası, bir önceki düzenlemenin sonucu olarak karşımıza çıkar. bütün bunların ardından, gönderici

⁴⁶ Bu konuda her halükarda üç ay, gönderen kişiye bildirimde bulunulmasının ardında bir ay süre tayin edilmiştir. Bu süreler içinde mal geri alınmazsa, mülkiyet alıcaya geçecektir.

⁴⁷ 2000 tarihli değişiklikle, ısmarlanmamış malın gönderilen kişiye ulaşmasıyla mülkiyetin devri de gerçekleşmiş olacaktır.

tarafından talep edilebilecek bedel veya ileri sürülebilecek yasal süreç başlatma, kara listeye alma tehdidine ilişkin de para cezası, yaptırım olarak belirlenmiştir.

2.6. Diğer Hukuk Sistemleri

2.6.1. Yeni Zelanda

Yeni Zelanda hukukunda konu, haksız uygulamalar başlığı altında, 21, 21a, 21b ve 21c maddeleri ile, 1974 tarihli Ticari Uygulamalar Yasasından uyarlamayla, 1986 tarihli Adil Ticaret Yasası kapsamında düzenlenmiştir⁴⁸.

Söz konusu düzenleme genel olarak, hiç kimse için, ısmarlanmamış bir mala istinaden ücret talep edemeyeceğini veya ücret alamayacağını, ayrıca ısmarlanmayan bir hizmetin sunulması durumunda da aynı sonucun ortaya çıkacağını hükme bağlamıştır⁴⁹.

Bazı önemli noktalarda, Avrupa ülkelerinin genelinden ayrıldığı görülen Yeni Zelanda uygulamasında, söz konusu eylemlerin aksi yönde hareket eden kişi veya kuruluşlar para cezasıyla karşı karşıya kalmaktadır⁵⁰.

Kendisine mal gönderilen kişi bakımından, düzenleme ile doğrudan bir sorumsuzluk alanı çizilmemektedir. Kanunun bu kimse bakımından sorumlu tutulamayacağını belirttiği husus, belirli bir süre için ve sadece muhafaza etme konusunda ortaya çıkmaktadır⁵¹.

Mülkiyetin devri konusunda Yeni Zelanda uygulaması on günlük süre öngörmüştür. Bu bakımdan, kendisine mal gönderilen kişi, on gün için söz konusu malı gönderen tarafından geri alınabilir, ulaşılabilir konumda tutmak zorundadır. Bahsedilen on günlük süre içerisinde malın gönderen tarafından geri alınmaması durumunda, malın mülkiyeti gönderi yapılan kişiye geçecektir.

⁴⁸bkz. Fair Trading Act 1986.

⁴⁹a.g.e., 21a, 21b.

⁵⁰Para cezalarına ilişkin bkz.; Commerce Commission New Zealand, UNSOLICITED GOODS AND SERVICES, NEW ZELAND, 2014, 3.

⁵¹ Kendisine mal gönderilen kimse için söz konusu sorumluluk, on gün için malı gönderen açısından geri almasına imkan tanıyacak bir yerde tutmaktır.

2.6.2. Birleşik Devletler, Florida Eyaleti

Tüketicinin Korunması başlıklı ABD Florida Eyalet Yasaları XXXIII sayılı 501. bölüm genel hükümler kısmında, 501.011 ve 501.013 numaralı maddelerle düzenlenen talep edilmeksizin gönderilen kredi kartları ve ısmarlanmamış şeylerin gönderilmesi konuları, Avrupa hukukundan ciddi farklılıklar göstermektedir⁵².

Öncelikle düzenleme, ısmarlanmamış bir şeyin sağlanması ile gönderilmesi arasında farklı sonuçların doğmasına ilişkin bir yaklaşım sergilemiştir. Bu bakımdan bir kimseye ısmarlanmayan bir şeyin sağlanması durumunda, o kimse açısından, Avrupa devletlerindeki düzenlemeye benzer bir sorumsuzluk alanı çizilmiş, bu kimseinin söz konusu şeyi geri göndermek zorunda olmadığı ifade edilmiştir⁵³.

ısmarlanmayan bir şeyin gönderilmesi, adrese gönderilmesi şeklinde vuku bulmuş ise alıcı açısından söz konusu şeyi bir hediye olarak kabul etme imkanı tanınmıştır⁵⁴.

Bunun dışında, düzenlemeye talep edilmeksizin gönderilen kredi kartlarının, yetkisiz kullanımları durumunda, kartın gönderildiği kişiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden bahisle, aynı zamanda söz konusu gönderme eyleminin suç olacağı nitelendirilmesi yapılmıştır⁵⁵.

⁵²bkz. Florida Statutes, Title XXXIII, Chapter 501, Part 1

⁵³bkz. Florida Statutes, Title XXXIII, Chapter 501, Part 1, 501.0113

⁵⁴bkz. Florida Statutes, Title XXXIII, Chapter 501, Part 1, 501.0113

⁵⁵bkz. Florida Statutes, Title XXXIII, Chapter 501, Part 1, 501.011

İKİNCİ BÖLÜM

1. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU TEMELİNDE İSMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİ

Türk borçlar kanunu tasarısının, ismarlanmamış bir şeyin gönderilmesine ilişkin 7. maddesinin hazırlanmış ilk hali, kaynak isviçre borçlar kanunu 6a maddesinin birinci fıkrası ve diğer iki fıkrasının birleştirilmiş haliydi. ancak tasarı, meclis genel kurulunda görüşüldüğü sırada, ikinci fıkranın kaldırılması yönünde bir karar alınmış, ve yasalaşan son hali olmak üzere, aşağıdaki şekli almıştır,

"İsmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir"⁵⁶

Düzenlemenin şematığının, "Genel Hükümler" başlıklı Birinci Kısımın "Borç İlişkisinin Kaynakları" başlığını taşıyan Birinci Bölümünün Birinci Ayırımında "Sözleşmenin Kurulması" başlığının altında, "Öneri ve Kabul" başlığının alt başlığı olarak "ismarlanmayan şeyin gönderilmesi" şeklinde düzenlendiğini görüyoruz. bu düzenlemenin şematığını inceleyerek ulaşabileceğimiz bir sonuç olmak üzere, Türk Borçlar Kanununda konunun "öneri" unsuru üzerinden ele alındığı ve sonuçlarının yine bu unsur temelinde ortaya çıkacağını ifade etmek mümkündür. 818 sayılı borçlar kanununda düzenlenmemiş olan bir alana ilişkin yasalaşan Türk Borçlar Kanunu Madde 7 düzenlemesini bütün unsurları ile incelemeye çalışacağız.

1.1. Genel Olarak

Avrupa parlamentosunun, 97/7/AT sayılı mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasına ilişkin kararına binaen, üye devletlere yapmış olduğu iç hukuka aktarma çağrısının ardından pek çok üye devlet farklı tarihlerde konuya ilişkin düzenlemeler yapmışlardır. İşte bu kapsamda, Avrupa birliği müktesebatı uyum

⁵⁶bkz. Türk Borçlar Kanunu 7. madde.

çalışmaları dahilinde iç hukuka aktarılan söz konusu Avrupa parlamentosu kararı⁵⁷ neticesinde, Türk hukuk sistemi, “ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi” başlığı altında bir düzenlemeyi, sistematığına dahil etmiştir.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının "İsmarlanmayan bir şeyin gönderilmesi" kenar başlıklı 7. maddesi, kanun tasarısına ilişkin olarak adalet komisyonu raporunda da belirtildiği üzere, İsviçre Borçlar Kanununun 6a maddesi esas alınarak hazırlanmış olmakla beraber, İsviçre borçlar kanununda 3 fıkra olan hüküm, türk borçlar kanunu tasarısında 2 fıkra olarak düzenlenmiştir. Kanun Tasarısının 7.Maddesinin Meclis Genel Kuruluna giden ilk hali olmak üzere;

"İsmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi Öneri sayılmaz.

Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir.

İsmarlanmamış bir şeyin yanlışlıkla gönderildiği açıkça anlaşılırsa, onu alan kişi, uygun bir sürede gönderene haber vermek zorundadır.”

Görüldüğü üzere İsviçre borçlar kanunu 6a maddesinden, içerik bakımından farklı olmamakla beraber, İsviçre borçlar kanununun 2. ve 3. Fıkralarının birleştirilmiş olduğu gerekçede belirtilmiştir. Ancak meclis genel kurulu görüşmeleri sırasında, düzenlemenin ikinci fıkrası da kaldırılarak, sadece birinci fıkra yasalaştırılmıştır. Buna gerekçe olarak, ısmarlanmamış bir malı gönderen şirket veya kurumların daha ciddi olmaları gerektiği ve sipariş edilmemiş olan mallar kendisine gönderilen kimselerin korunması düşüncesinin ağır bastığı ifade edilmiştir.

1.2. Uygulama Alanı

İsmarlanmamış şeyin gönderilmesibaşlığı altında türk borçlar kannu madde 7 olarak düzenlenmiş olan bu hususun şematığından bahisle yapabileceğimiz çıkarsamalar dikkate alındığında, uygulama alanına ilişkin incelenmesi gerekecek iki temel kavram " taraflar" ve "konu" olacaktır. Nitekim, hangi durumları türk borçlar

⁵⁷ Türkiye'nin AB müktesebatına uyum programı için bkz.;çevrimiçi http://www.abgs.gov.tr/files/Muktesebat_Uyum_Programi/28_TuketicininveSagliginKorunmasi.pdf (Erişim tarihi: 22.01.2015)

kanunu 7. madde dahilinde ele alacağımızın tespiti öncelikle bu iki kavram temelinde bir değerlendirme ile açıklığa kavuşacaktır.⁵⁸

Bir diğer taraftan öneri ve kabul beyanı temelinde, tarafların beyanlarının uyuşup uyuşmaması üzerinden, ısmarlanmamış olma unsurunun ele alınabileceği bir problem üzerinden konuya eğilecek olursak, bu konu irade beyanlarına ilişkin yorumla incelenecektir. Dolayısıyla yorum kavramının güven teorisiyle ilişkilendirileceği kabul görecektir.

1.2.1. Taraflar Bakımından

1.2.1.1. Gönderen Taraf Bakımından

Düzenlemeye temel teşkil eden tüketicinin korunması hakkında AvrupaParlamentosu yönergisinde gönderen açısından bir sınırlandırma veya sınıflandırma görülmemekle beraber, üye devletlerin iç hukuka aktarım çalışmaları neticesinde, gönderen açısından açık bir şekilde sınırlandırma getiren alman medeni kanununun 864. paragrafı , "ısmarlanmamış edimler" başlıklı düzenleme bakımından taraflar açısından göndericinin işletme olduğu durumlarda uygulama alanı bulabilecektir. gerek kaynak İsviçre borçlar kanunu, gerekse Birleşik Krallık mevzuatında gönderici açısından bir sınırlandırma ile karşılaşılmamaktadır. Bu farklılaşmanın temelinde, ısmarlanmamış şeyin gönderilmesine dair alınan tedbirlerin, bir pazarlama tekniği olarak tüketiciye haksız bir şekilde baskı kuran işletmelere nasıl başa çıkılması gerektiği hususundan kaynaklı ayrışmalar olduğunu söylemek mümkün olacaktır⁵⁹.

Türkiye ve incelediğimiz diğer üye devletlerin, gönderen açısından bir sınırlandırma yapmamış olması ise, sipariş edilmemiş bir şeyin gönderilmesi problemini ele alırken, alıcının korunmasını temel alarak, gönderiyi yapan kim olursa olsun, sorumluluğu onun üzerine bırakmayı temel alan bir yaklaşım geliştirilmiş olmasına dayanmaktadır. nitekim tüketicinin korunması hakkında avurpa birliği

⁵⁸Gauch/Schluep, **SchweizerischesObligationenrecht**, AllgemeinerTeil, Band 1, 4. Aufl., Zürich 1987, I, N. 187.

⁵⁹ Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde cezalandırma unsuru çok fazla ön plana çıkmazken, Alman ve İngiliz hukukunda is koruma tedbirlerinin yanı sıra, cezalandırma unsurunun da belirgin bir şekilde görüldüğü oratadadır.

direktifi de taraflar açısından alıcı üzerinde durmuş, göndericiye dair bir sınırlama girişiminde bulunmamıştır.

Dolayısıyla, tükr borçlar kanunu madde 7'nin gönderen bakımından bir sınırlamaya tabi tutulmadığını söylemek gerekmektedir. kanun koyucunun aksi bir iradesi olmadığı, madde metninden kolaylıkla anlaşılmaktadır. sonuç olarak, ısmarlanmamış şeyin gönderimini yapanın işletme veya tüketici olması, uygulamayı değiştirecek bir etken değildir. bizatihi ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi, gönderici unsuru bakımından, Türk borçlar kanunu madde 7'nin uygulanması için yeterlidir.

1.2.1.2 Gönderilen Taraf Bakımından

Gönderilen bakımından ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi hususu, doktrinde tartışmaların yoğunlaştığı bir alan olarak ortadadır. Konuyu ele alırken, göz önünde bulundurulması gereken önemli bir nokta olarak, 6502 sayılı tüketicinin korunması hakkında kanun 7. madde ile sipariş edilmeyen mal veya hizmetlerin sağlanması⁶⁰ başlıklı benzer bir düzenlemenin dışında, kanun koyucunun aynı konuyu borçlar kanununda da düzenlenmiş olduğudur.

Bu noktadan hareket eden bir görüşe göre, tüketicinin korunması hakkında kanun madde 7 düzenlemesi, halihazırda sipariş edilmeyen bir şeyin veya hizmetin sağlanması durumunda, kendisine bir şey ya da hizmet gönderilen tarafın tüketici olduğu durumlarda uygulanabilecektir. Dolayısıyla bundan başkaca olmak üzere, özü itibariyle aynı konuya ilişkin bir düzenleme ihtiva eden türk borçlar kanunu madde 7 nin uygulama alanı, sipariş edilmeyen şey veya hizmetin sağlandığı kişinin tüketici olmadığı durumlarda mevzu bahis olacaktır. nihayetinde, TBK madde 7'nin metninden anlaşıldığı üzere, uygulama alanına ilişkin olarak, gönderilen bakımından bir sınırlamanın getirilmemiştir.

Diğer bir görüş ise konuyu incelerken gerek avrupa birliği parlamentosunun 97/7/EU sayılı direktifi, gerekse kaynak isviçre borçlar kanunu 6a maddesinin uygulanış biçimini göz önünde bulundurarak bir yaklaşım geliştirmiş, TBK madde 7' metninde kendisine bir şey gönderilen kişi açısından bir sınırlama getirilmemiş olsa dahi, yine aynı maddenin uygulama alanının tüketici ile sınırlı olmasının isabetli

⁶⁰ Hemen hemen aynı iki konunun farklı iki kanunda düzenlenmesi eleştirilere sebep olmaktadır.

olacağı ifade edilmiştir⁶¹. Bu görüşe göre, kanunun koyucunun türk borçlar kanunu ve tüketicinin korunması hakkında kanun olmak üzere, iki farklı yerde birbirine çok benzer ve içerik olarak aynı düzenlemeleri yapmış olması bilinçli bir tercih değildir⁶². İsviçrede, tüketicinin korunması farklı bir kanun ile düzenlenmiş olmadığından, bu konudaki düzenlemeler de Borçlar kanunu dahilinde yapılmıştır. O halde TBK madde 7'ye kaynak teşkil eden, ve düzenlemenin gerekçesinde de atıfta bulunulduğu üzere, söz konusu kaynak kanundaki değişiklikler de göz önünde tutulan maddenin uygulama alanı açısından da kaynak olması gerektiği doğrultusundaki görüş ifade edilmiştir⁶³. yanı sıra bu konudaki temel yaklaşımı ortaya koyan tüketicinin korunması hakkında 97/7/EU sayılı Avrupa Birliği direktifi de, isminden anlaşılacağı üzere, ısmarlanmamış gönderiler temelinde, tüketiciyi korumayı hedefleyen bir yaklaşım ortaya koymuştur. bu yaklaşım doğrultusunda, almanya örneği üzerinde de, uygulamadan yapılan çıkarsamaya bakılmaksızın, konuyu düzenleme şekline dayanarak, gönderi yapılan kişinin bakımından "tüketici" sınırlandırması getirildiği görülmektedir. Gerek Alman Medeni Kanununun 241a paragrafının 1. fıkrasında görebildiğimiz "tüketici" vurgusu, gerekse İsviçre Borçlar Kanunu madde 6a'nın uygulama alanının tüketici ile sınırlı olması, avrupa parlamentosunun tüketicinin korunması hakkında 97/7/EU sayılı kararının amacına uygun düştüğü yorumu yapmaya elverişlidir⁶⁴.

Dolayısıyla, TBK madde 7'nin geniş ifadesine rağmen, daraltıcı yorum yapılması gerekliliği ileri sürülmüştür.

1.2.1.3. Konu Bakımından

ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi hususunda, gönderen tarafından öncelikli hedefin karşı tarafı bir sözleşme yapmaya zorlamak suretiyle haksız bir pazarlama tekniği ile kazanç sağlamaya çalışmak olduğu akılda tutulmalıdır⁶⁵. Bu noktada, TBK madde 7 uygulama alanı, karşı tarafa yapılan gönderiye ilişkin teslim etme

⁶¹İnceoğlu, a.g.e., s. 1000.

⁶²a.g.e., kanun koyucunun TBK 7. madde düzenlemesinin, herkese karşı uygulama alanı iradesinin bilinçsiz olduğunu söylemek yeterince sağlıklı bir yaklaşım değildir.

⁶³ Muzaffer Şeker, "SİPARİŞ EDİLMEYEN MAL VEYA HİZMETLER (TKHK. M. 7) İLE ISMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİ (BK. M. 7)" İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y.13, S. :26 Güz 2014/2 s.76.

⁶⁴ Nitekim söz konusu Avrupa Parlamentosu kararının adını "Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Olarak Tüketicilerin Korunması Hakkında Yönerge" şeklinde türkçeye çevirebiliriz.

⁶⁵ Duke LawJournal, Vol 19, 1970; 991, 992.

gerekliliği olan sözleşmelerde, dolayısıyla mülkiyetin nakli borcunu doğuran sözleşmelerde ortaya çıkacaktır.

Bu doğrultuda, satım sözleşmesi, eser sözleşmesi, trampa sözleşmesi örnek olarak gösterilebilecekken, kira sözleşmesi gibi beraberinde soru işareti getiren bazı konular mevcuttur. Bunların yanı sıra bağışlama iradesine dayanan bir gönderi için, bağış sözleşmesini TBK madde 7 kapsamına almanın gereksizliği ortadadır. Nitekim düzenleme, Avrupa Topluluğu direktifinde belirtildiği üzere⁶⁶, ısmarlanmamış şeyin gönderildiği kişi bakımından, bu kişiyi bir karşı edime zorlayan durumlardan korumayı amaçlamaktadır⁶⁷.

Oysa bağış sözleşmesinde bu türden bir karşı edim öngörölmüş değildir. Dolayısıyla TBK 7. maddenin korumayı amaçladığı bir değer, örnek durumda tehlike altında deđildir⁶⁸.

Konu bakımından TBK 7. maddenin statüsü değerlendirilirken kolaylıkla ifade edilebilen satım, trampa, eser sözleşmelerinde belirleyici unsur mülkiyetin naklinin söz konusu olmasıdır. Nitekim TBK 7. maddenin, kullanma, tüketme, yok etme gibi kavramlar üzerinden, kendisine gönderi yapılan kişiyi koruduğu alan akla ilk gelecek olduğu üzere, mülkiyetin devrini öngören sözleşmelere ilişkindir. Teorik olarak gönderme eylemine konu olabilecek bir miktar para için ise, düzenlemenin uygulanamayacağı ifade edilmiřtir⁶⁹.

Oysa ısmarlanmamış şeyin gönderildiği, ancak gönderen kişi bakımından sözleşme kurma iradesinin, bir kira sözleşmesi olarak vuku bulduğu durum için, konunun TBK 7. maddesi temelinde ele alınıp alınamayacağı açık değildir. Bu konuda kaynak İsviçre kanunundaki benzer düzenlemeye ilişkin, doktrinsel tartışmalar, düzenlemenin "ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi"*** ifadesi ile, gönderme fiilinin sonucu olarak gerçekte zilyetliğin naklini ihtiva eden bütün

⁶⁶bkz. 97/7/AT sayılı karar, madde 9 fıkra 2.

⁶⁷ Bunun yanı sıra, haksız pazarlama tekniği olarak görölen böylesi eylemlere karşı, gönderen kişiyi cezalandırma amacının bulunduğu da kabul edilmiştir. Nitekim konu hakkındaki kurallara uymayan kişiler için bir takım para cezaları yaptırımında bulunulması bu eğilimin bir yansımasıdır.

⁶⁸ Kendisine mal gönderilen kimsenin, gönderi bağış şeklinde yapılmış olsa dahi bunu kabul etmeme hakkı mevcuttur. Bu durumda TBK 7. madde dahilinde çizilen sorumsuzluk alanı, taraflar arasında bağış sözleşmesi kurulmuş olmaması durumunda yine söz konusu olacaktır.

⁶⁹İnceođlu, a.g.e., s 1000, dipnot 49.

sözleşmelerin kapsama alındığını, dolayısıyla kira sözleşmelerinin de söz konusu düzenleme dahilinde ele alınması gerektiği yönündedir.

TBK 7. maddenin ifadesinden, İsviçre doktrinindeki görüşü çıkartmak isabetli bir karar olacaktır. Nitekim düzenlemenin kaleme alınış biçiminden, gönderme eylemine konu olabilecek her şeyin kapsama alındığı anlaşılmaktadır⁷⁰. Gerek Avrupa birliği direktifi, gerekse incelediğimiz üye devletlerin konuya yaklaşımları doğrultusunda, düzenlemenin temel gayesi olarak, ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi ile alıcı bakımından ortaya çıkacak, sözleşme kurmaya zorlama, muhafaza etme, geri gönderme durumlarının bertaraf edilmek istenmesi olduğunu söyleyebiliriz.

Bu bakımdan, ısmarlanmamış şeyi gönderenin iradesi, mülkiyetin devrini gerektiren bir sözleşme kurmak olmasa dahi, bir kira sözleşmesinde de, mevzu bahis tehlikelerin ortaya çıkması mümkündür. Dolayısıyla, düzenlemenin, mülkiyetin devrini gerektiren sözleşmelerin yanı sıra, bu unsurun dışında, zilyetliğin devrini gerektiren bütün sözleşmeler için uygulanması gerektiğini söylemek yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Konu bakımından bir diğer önemli nokta, ısmarlanmamış hizmetlerin statüsüdür. Avrupa Topluluğu direktifinde açıkça belirtildiği halde, gerek kaynak İsviçre gerekse de Türk borçlar kanununda ısmarlanmamış hizmetlere ilişkin doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. İsmarlanmamış hizmetleri kapsayan bir örnek düzenleme olmak üzere, Alman medeni kanununun 864. paragraf "sipariş edilmemiş edimler" başlığı altında düzenlenmiş konu, "sipariş edilmemiş bir malın gönderilmesi" ifadesinin yanında fakat başkaca olmak üzere, "sipariş edilmemiş diğer edimlerin sağlanması" şeklinde açık bir şekilde hizmetleri de içine alır vaziyette düzenlenmiştir⁷¹. İsmarlanmamış hizmetleri açıkça kapsam içine alan bu düzenlemenin karşısında, İsviçre ve Türk borçlar kanununda yer alan düzenlemenin, ısmarlanmamış hizmetleri dışarıda bıraktığını söylemek gerekecektir.

⁷⁰ Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler-6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Cilt I**, İstanbul; Beta Yayınevi, 2012, s. 179.

⁷¹ Alman hukukunun yanı sıra Yeni Zellanda hukukunda da hizmetler açıkça kapsama alınmıştır. Bu bakımdan hizmetlere ilişkin tercihi, kanun koyucunun iradesi olarak kabul etmek yerinde olacaktır.

Nitekim Avrupa Birliği direktifine uygun olarak revize edilmek istenen İsviçre borçlar kanunu 6a maddesine ilişkin bir kanun tasarısının hazırlanmasına rağmen kanunlaşmadığı göz önünde bulundurulduğunda, düzenlemenin mevcut halinin, ısmarlanmamış hizmetleri yoruma kapalı olmak üzere kapsam dışı bıraktığı sonucuna ulaşmak mümkündür⁷².

TBK 7. madde bakımından ısmarlanmamış hizmetler konusu, kaynak İsviçre borçlar kanunu ile aynı doğrultuda ele alınmalıdır. Nitekim kaynak İsviçre Borçlar Kanununa benzer şekilde, ısmarlanmamış hizmetler, düzenlemenin kapsamı dışında gözükmemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu noktada vekaletsiz iş görme konusu gündeme gelecektir.

1.3.Hükümleri

1.3.1 Şey Kavramı

Türk Hukukunda “Eşya” kelimesi köken ve mana itibariyle “Şey” kelimesinin çoğulu anlamını taşımaktadır.⁷³ Bu minvalde Eşya ile şey kelimesi mana itibariyle ayrılmamaktadırlar. Genel anlamda eşya, cismani, kendi başına bir varlığı bulunan ve üzerinde hâkimiyet kurulabilen şeyler olarak tanımlanmaktadır.⁷⁴ Ancak bu tanım doğrultusunda eşyanın para ile ölçülebilen herhangi bir değer taşımasının veya hukuki tasarruflara konu olabilmesinin bir önem taşımadığı sadece fiziki özelliğinin önem taşıdığı anlaşılmalıdır.⁷⁵ Eşya Hukukuna göre “eşya”, yani “şeyler” taşınır ve taşınmaz olarak ikiye ayrılmaktadır ve aynı zamanda somut nesne olmayan “şeyler” de eşya olarak kabul edilmiştir.⁷⁶

Ancak Türk Borçlar Kanununun 7. Maddesinde “ ısmarlanmamış şey” tamlamasındaki “şey” kelimesi, Eşya hukukunda bahsedilen “şeyler”den kapsam itibariyle ayrılmaktadır. Zira yukarıda bahsedildiği üzere “şeyler” kelimesi Eşya hukukunda taşınır, taşınmaz ve somut nesne olmayan şeyleri konu edinmekteyken,

⁷² Kanun koyucunun hizmetleri de düzenlemenin altına dahil etmek istemediğine ilişkin somut bir veri olara; İnceoğlu, a.g.e., s. 990, dipnot 31.

⁷³ Rona Aybay ve Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 3. b. 2012 s. 12.

⁷⁴ OliverKælin, **der Sachbegriff im schweizerischen ZGB**, Zurich 2002, s.41.

⁷⁵ A. Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s.5.

⁷⁶ Aybay/Hatemi, a.g.e., s.12

Türk Borçlar Kanununun 7. Maddesi, ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesini düzenlediğinden, Türk Borçlar Kanununun 7. Maddesi'ndeki "şey", bir yerden bir yere gönderimi mümkün olabilen taşınır eşyaları konu edinmektedir.⁷⁷

Türk Borçlar Kanununun 7. Maddesinde "ısmarlanmamış şey" denilerek özellikle mal ve hizmet kavramı kullanılmaktan kaçınılmıştır.⁷⁸ Buradan dahi hükmün "şey" olarak bir yerden bir yere gönderime konu olabilecek taşınır eşyaları konu edindiği anlaşılmaktadır.⁷⁹

Taşınmaz eşyaların bir yerden bir yere gönderimi söz konusu olmayacağından zaten "şey" tanımının içine sokmak mümkün değildir, aynı şekilde taşınmazın ayrılmayan eklentisini veya ayrılmaz parçasını taşınmazdan ayırıp göndermek mümkün olmadığından eklenti ve parçaları da şeyi oluşturmaz.⁸⁰ Örneğin, balkon evin eklentisi sayılmaktadır, ancak gönderimi mümkün olmadığından şeyi oluşturmamaktadır ve bu kanunun kapsamı dâhilinde değildir.

1.3.2 Gönderme

TBK 7. madde ifadesinde kullanılan göndermek fiilinin kapsamı, düzenlemenin uygulamasında, belirleyici bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada öncelikle "şey" kavramı ile ifade edilenin, gönderme eylemine konu olabilecek menkul eşyalar anlamına geldiğini söyleyebiliriz⁸¹. Sonrasında ise "ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi" ifadesinde "göndermek" unsurunun ne olduğunun tespit edilmesi gerekecektir. Bu ilişkiyi tespit edebilmek, düzenlemenin amacına bakmakla mümkündür. Belirtildiği üzere, söz konusu düzenleme, bilgisi haricinde kendisine bir şey gönderilen, ulaştırılan kişiyi, korumak amacıyla, bir takım tedbirlerin öngörülmüş olmasından ibarettir.

⁷⁷ O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayınları, 1. b., 2012, s. 179.

⁷⁸ Ömer Çınar, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre İsmarlanmamış Bir Şeyin Gönderilmesi Ve Sonuçları" **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 15,(Ocak 2012), s.127.

⁷⁹ Antalya, a.g.e., s.179

⁸⁰ a.g.e.

⁸¹ Antalya, a.g.e., s. 179.

Dolayısıyla "ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi" ifadesindeki gönderme unsuru, ısmarlanmamış şeyin gönderildiği kimse bakımından, söz konusu şeyin, kişinin bilgisi haricinde kendisine ulaştırılmış olmasını ifade etmektedir. O halde gönderme unsurunun, göndermek fiilinin dışında, kapının önüne koyma, masaya bırakma, posta kutusuna koyma şeklinde de gerçekleşebileceğini kabul etmek gerekecektir.

1.3.3. İsmarlanmamış Olma

TBK 7. madde kapsamında, ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi ifadesine ilişkin olarak, ısmarlanmamış olma unsuru, özetle talep edilmemiş, istenmemiş, sipariş edilmemiş anlamına gelecektir⁸². Düzenleme doğrultusunda, ısmarlanmamış olma unsuru olarak dikkat edilecek öncelikli nokta, taraflar arasında bir sözleşmenin bulunmaması olacaktır. Nitekim böylesi bir sözleşmenin varlığı durumunda, gönderme eylemi sözleşmeden doğan teslim borcunun ifası olacaktır⁸³. Dolayısıyla sözleşmenin konusunu oluşturacak şeyin gönderilmesi konusunda anlaşma sağlamadan söz konusu şey gönderilmişse, yine "ısmarlanmamış" bir şeyin gönderilmesi söz konusu olacaktır⁸⁴.

Bir gönderme eyleminin varlığının yanı sıra, söz konusu gönderme, alıcı tarafından yapılan bir icabın karşılığı olarak, icaba cevaben yapılmış ise yine TBK 7. madde uygulanamayacaktır. Nitekim böyle bir durumda, ısmarlamama unsurunun aksine bir durum söz konusudur. O halde göndermek eyleminin kabul iradesi olarak değerlendirmesi gerekecektir. Dolayısıyla bu durum için geçerli bir sözleşme kurulmuş olacaktır.

Kendisine gönderi yapılan kişinin icabı bulunmakla beraber, icabın süresinin bitmesi durumunda veya icabı yapanın artık sözleşme yapma iradesinin bulunmadığı

⁸² Çınar, a.g.e., s. 128. ; İsmarlanmamış şey kavramına ilişkin tanım ihtiva etmesi bakımından; bkz. FairTradingAct 1986, 21A-7, New Zeland.

⁸³ Bilgehan Çetiner, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile BM Satım Hukukunun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelemesi" Y. 5, S. 58, Legal Hukuk Dergisi, (Ekim 2007), s. 3142.

⁸⁴ Antalya, s. 180; Schulze, Art.241a, Rn.2; BeckOK BGB, Art.241a, Rn.2.

bilinen bir durumda yapılan gönderi, ısmarlanmama unsurunun mevcudiyeti dolayısıyla TBK 7. madde kapsamında değerlendirilecektir⁸⁵.

Kendisine mal gönderilen kimse bakımından, alıcı tarafından icabın yapıldığı ancak bir sürenin belirtilmediği bir durumda, icabın üzerinden uzunca bir süre geçmesi, icabı yapanın artık sözleşme kurmak iradesinden döndüğü şeklinde anlaşılmalıdır.

ısmarlanmama unsurunun mevcudiyetine ilişkin dikkat edilmesi gereken tek husus elbette taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki değildir. Nitekim geçerli olmayan bir sözleşmeye ya da icaba dayanarak yapılmış olan gönderi, söz konusu geçersizliğe rağmen, ısmarlanmamış olma unsurunun dışında kalacak, bu nedenle TBK 7. madde dışında değerlendirilecektir. Böyle bir durumda, malın gönderilmesi gönderilen kişiye isnat edilebilecektir⁸⁶.

Doktrinde dile getirilen bir başka konu, taraflar arasında bir ısmarlama bulunmama ile beraber, bir çerçeve sözleşmenin mevcut olması halinde, sürekli bir ilişkiden söz edilebileceğinden dolayı, ısmarlanmamış olma unsuru bakımından, TBK 7. maddenin daha esnek bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği yönündedir⁸⁷.

Bu şekilde bir yaklaşımın, kanunun engellemeye çalıştığı tehlike bakımından bir alan daralmasına yol açacağı ifade edilebilir durumdadır. Örnek olarak gösterilen abonelik sözleşmesinin bitiminin ardından, dergi gönderilmeye devam edilmesinin, düzenlemenin kapsamında değerlendirilmemesi, kanunun amacını sınırlandıran bir duruma sebebiyet verebilme potansiyelindedir⁸⁸.

Nitekim ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi durumunda, alıcıyı bir takım külfetlere katlanmak zorunda olmaktan kurtaran düzenleme, kişiye, ısmarlanmamış olmakla, bilgisi dahilinde olmadan sağlanan şeye dair bütüncül bir koruma öngörmüştür. Dolayısıyla, taraflar arasında bir çerçeve sözleşme bulunsada dahi,

⁸⁵bkz. TBK 3. Madde.

⁸⁶İnceoğlu, a.g.e., s. 1003.

⁸⁷ Bahsedilen örnek için bkz. 3. cümler; Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, a.g.e., s. 1004.

⁸⁸ Böyle bir ilişki üzerinden, ısmarlanmamış olma unsurunun esnek olarak ele alınması gerekliliği, a.g.e., sayfa 1004 dipnot 65 ile ifade edildiği üzere kendi içinde yine bir sınırlanmaya gidilerek, kanun ile korunmak istenen değere yakın bir yaklaşım sergilenmek istenmiştir. Ancak böyle bir yaklaşımın kanunun açık ifadesi karşısında, amaca aykırı bir neticeye sebebiyet vereceği ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla bu yaklaşımı benimsemediğimizi ifade ediyoruz.

ısmarlanmamış olma unsurunun mevcudiyeti bakımından bu çerçeve sözleşmenin bir etkisi olmamalıdır. Böylesi bir yaklaşım düzenlemenin ruhuna daha uygun olacaktır.

Taraflar arasında yapılan bir sözleşmeye binaen, sözleşme konusu mal yerine bir başka mal gönderilmesi durumunda, yine ısmarlanmamış olma unsurunun var olduğunu, dolayısıyla durumun TBK 7. madde dahilinde ele alınması gerektiğini söylemek yerinde olacaktır⁸⁹.

Böylesi bir durumun öngörüldüğü ve buna ilişkin bir düzenlemenin yapılmış olduğu Alman Medeni Kanunu 864. paragrafında, sözleşmede kararlaştırılandan başka bir şeyin gönderilmesi durumu bir takım koşullara bağlı olarak ısmarlanmamış olma statüsünde sayılmamıştır. Bu bakımdan aliudifanın ısmarlanmamış mal statüsünde değerlendirilmeyeceği hususu, karşı tarafın edimi kabul etmek ve geri gönderme masraflarına katlanmak zorunda olmadığı açıkça belirtilmiş olmasına bağlıdır. Bu bildirim ihtiva eden bir aliud ifa, düzenlemenin 1. fıkrasında ısmarlanmayan edimlere karşı öngörülmüş hak talep edememe yasağının dışında bırakılmıştır⁹⁰. Alman Medeni Kanununun 864. paragraf 3. fıkrası ile bu istisna durum düzenlenmiştir. Nitekim, karşı tarafı edimi kabul etmek veya geri gönderme masraflarına katlanmak zorunda olmadığını bildirmeyen aliud ifa, sipariş edilmemiş edim statüsünde olacak ve 1. fıkradaki yasak yeniden devreye girecektir.

TBK 7. madde bakımından aliud ifanın durumu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre böylesi bir durumda, taraflar arasındaki sözleşmesel durumun ortaya koyduğu güven ilişkisi bakımından, aliud ifaya ilişkin daha esnek bir yaklaşımla konunun TBK 7. madde kapsamında değil genel hükümler çerçevesinde ele alınması gerektiği yönündedir.

Oysa TBK 7. madde düzenlemesinin "ısmarlanmamış şey" ifadesi ile ortaya koyduğu durum, bu unsurun mevcudiyeti halinde doğrudan uygulama alanı bulabilmelidir. Bu unsuru, söz konusu ilişkide gönderen taraf lehine yorumlamak,

⁸⁹ TBK 7.madde dahilinde aliud ifaya ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamasından dolayı bu durumun kanun koyucunun tercihi olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Kanun koyucu, ısmarlanmamış şeyin gönderilmesini cezalandırmak eğilimi göstermektedir, bkz dipnot** meclis konuşması, dolayısıyla aliud ifa da kanun koyucunun cezalandıracağı bir davranış biçimi olarak değerlendirilecek, bu doğrultuda kendisine mal gönderilen kimse için düzenleme kapsamındaki koruyucu tedbirler yürürlük imkanı bulacaktır.

⁹⁰İnceoğlu, a.g.e., s 992.

kanunun amacıyla ters düşecektir. Nitekim TBK madde 7 ile korunması hedeflenen taraf, ısmarlanmayan şeyin gönderildiği kişidir⁹¹.

1.3.4. Gönderilen Şey Bakımından

Gönderilen şey, gönderme eylemine konu olacak her şey olabilir durumdadır. Dolayısıyla TBK 7. madde temelinde gönderme eylemine konu olabilecek her türlü taşınır eşya, kanun ifadesindeki şey kavramını karşılamaktadır. Dolayısıyla, tabiatı itibariyle gönderme eylemine konu olması mümkün olmayan taşınmazlar TBK 7. maddenin konusu olmayacaktır.

Gönderilen şeyin kıymeti, TBK 7. madde bakımından önem arzetmemektedir. Ancak gönderilen şeyin çok kıymetli olması ve somut olayın bu doğrultuda işaretler taşıması durumunda, söz konusu şeyin yanlışlıkla gönderilmiş kabul edilmesi yerinde bir karar olacaktır.

1.3.4.1. Talep Edilmeksizin Gönderilen Kredi Kartı

Talep edilmeksizin gönderilmiş olan kredi kartının, ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi kapsamında, yani TBK 7. madde dahilinde ele alınması elbette kaçınılmazdır. Ancak maddede ifade edilen öneri yasağının, "gönderilen şey" ile ilişkisi bakımından kredi kartı konusu ayrıca üzerinde durulması gereken detaylar barındırmaktadır. Dolayısıyla öncelikle kredi kartının hukuk yapısını dikkatle incelemek gereği doğmaktadır.

1.3.4.1.1. Genel Olarak Kredi Kartının Hukuki Yapısı

Kredi kartı uygulamasına hukuki açıdan bakıldığında kredi kartı ve harcama belgesi kavramları ile kredi kartının kullanılması ve ticari işletmeler tarafından kabul edilmesine ilişkin hükümler taşıyan sözleşmeler dikkati çekmektedir. Kredi kartı nakit ödeme yapmaksızın harcama olanağı sağlarken, harcama belgesi üye işyerinde yapılan alışverişte kredi kartının kullanıldığını ispata ve alacağın tahsiline yaramaktadır.

⁹¹ bkz. Türk Borçlar Kanunu 7. madde gerekçesi

Kartı çıkaran kurum ile kredi kartı hamili arasında yapılan kredi kartı üyelik sözleşmesi uyarınca kredi kartı, kartı çıkaran kurum tarafından kart hamili adına düzenlenmekte ve kart hamiline teslim edilmektedir. 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 3/e maddesi uyarınca kredi kartı, basılı kart veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasıdır. Kanunun 15'inci maddesi uyarınca da kartın kullanımından doğan sorumluluk, kartın zilyetliğinin geçtiği veya fiziki varlığı bulunmayan kartlarda ise kart numarasının öğrenildiği andan itibaren kart hamiline ait olacaktır. Hamile teslim edilen ve üye işyerlerinde nakit yerine ödeme aracı olarak kullanılan kredi kartının niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

1.3.4.1.2. Banka Hukuku Açısından Kredi Kartı

Kredi kartını banka hukuku açısından değerlendirirken cevap aranacak soru, kartı çıkaran kurumun kredi kartı vermekle kart hamiline kredi kullandırıp kullandırmadığıdır. Bankacılık Kanunu'nda kredi tanımlanmamıştır. Mülga 3182 sayılı ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda da kredi tanımlanmamıştır.⁹² Latince “inanmak, güvenmek” anlamlarına gelen “credere” sözcüğünden türeyen kredi; ekonomik yönden, hazır olan bir satın alma gücünün kullanılmasından belirli bir süreyle diğer bir kişi lehine vazgeçilmesi yada bu gücün ona terk edilmesidir.⁹³

Kredi denilince ilk akla gelen, bir miktar paranın kullanılmak üzere ve geri

⁹² BAYKAL, Murat, **Banka Kredi Sözleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXI, Sayı 3, Haziran 2002, s. 50.

⁹³ TEOMAN, s. 225; İŞGÜZAR, s. 147; SAYIN, s. 21.

ödemek kaydıyla bir kimseye verilmesidir. Bu nedenle kredi kavramının özü ödünç(karz) ilişkisidir. Bir kimseye ödünç vermek onun satın alma gücünü artırdığı için, kredi kişilere satın alma gücü sağlamaktadır.⁹⁴ Kredinin söz konusu olması için mutlaka bir miktar paranın verilmesi şart değildir. Alacaklının borçlusundan olan para alacağını bir süre ertelemiş olması da kredi sayılır.⁹⁵

Bu açıklamalara göre banka kredisi, “bankanın müşterisine belirli bir sınıra kadar, belirli veya belirsiz bir süre içinde nakit para vermeyi veya onun lehine üçüncü kişiler nezdinde taahhüt altına girmeyi; müşterinin de aldığı faiz ve komisyon ilavesiyle geri ödemeyi taahhüt ettiği bir finansman işlemi,” şeklinde tanımlanmaktadır.⁹⁶

Her kredi ilişkisinde geçicilik ve güven olmak üzere iki temel unsur vardır. Kredi alanın bunu geri ödemekle yükümlü olması geçicilik unsurudur, zira kredi belli bir süre sonra ödenmesi koşuluyla verilir. Kredi verenin kredi alanın aldığı krediyi ödeyeceğine olan inancı ise kredi ilişkisinin güven unsurudur.⁹⁷ Çünkü kredi veren bazı araştırmalar yaptıktan sonra kredi alanın kredi değerliliğini denetlemektedir.

Kredi kartı sisteminde bir kredi açma olgusu bulunmadığını savunan Teoman; kredi alanın bu kredi karşılığında kredi verene komisyon, faiz gibi ödemelerde bulunduğu halde, kart hamili kartı çıkaran kuruma faiz, komisyon gibi ödemelerde bulunmadığı, kredi kartı sisteminin yapısı itibarıyla bir “ödeme işlevi”

⁹⁴ KUNTALP, s. 277; YILMAZ, s. 136.

⁹⁵ İŞGÜZAR, s. 147; KUNTALP s. 277.

⁹⁶ BAYKAL, s. 51.

⁹⁷ TEOMAN, s. 226; BUHUR, s. 30; YILMAZ, s. 136.

görmek olduğunu, ticaretlerinin amacının kredi açmak olmadığı, bir satın alma gücünün sağlanması amacıyla kullanılmadığı, kredi kartının amacının hamilin yanında nakit taşıma zorunluluğundan kurtarmak olduğunu, bu nedenle de kredi kartı sisteminde kredi kullandırılmadığını ileri sürmektedir.⁹⁸

Kredi kartı üyelik sözleşmesi uyarınca kartı çıkaran kurum üye işyerine ödediği harcama tutarlarını, hesap kesim tarihlerinde kredi kartı hamilinden istemektedir. Kartı çıkaran kurum üye işyerinden yeterli oranda komisyon tahsil ettiği için de bu kazancı yeterli görmekte ve kredi kartı hamilinden her hangi bir faiz talep etmemektedir. Zaten kredi sözleşmelerinde karzaktan kıyasla faiz istenmektedir. Bu nedenle de burada TTK 22'nci maddesinin kartı çıkaran kurumun iradesinden kaynaklanan bir istisnası bulunmaktadır.⁹⁹

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda kredi kartlarının kredi niteliği konusunda açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, kanunun kredi kullandırma şartlarını belirleyen 60'ncü maddesinin 6'ncü fıkrasındaki kredi kartı verilmesi suretiyle kullandırılacak krediler." ibaresi, kanun koyucunun kredi kartı işlemlerini kredi olarak değerlendirdiğini ortaya koymaktadır.¹⁰⁰

⁹⁸ TEOMAN, 228-229.

⁹⁹ ŞENER, s. 359; "Kredi kartı bakiyelerini günü gününe ödeyen kart hamilleri mal alımı tarihi ile son ödeme tarihi arasındaki süreçte faizsiz olarak kredilendirilmiş olmaktadır." EKECİK, Şükran; **Kredi Kartlarında Bileşik Faiz ve İcra Takibi**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ekim 2005, s. 260; ÇEKER, Mustafa.

¹⁰⁰ Daha geniş açıklama için bkn. YILMAZ, s.135-144.

Sonuç olarak kredi kartı sisteminde kredi kartı ile nakit ödemedi alışveriş yapma olgusu kart hamiline kredi olanağı sağlamaktadır.¹⁰¹ Çünkü kredi kartı ilişkisinin kurulması ile kart hamilinin satın alma gücü arttığı gibi, kredi kartı uygulaması kartı çıkaran kurum açısından bir risk de oluşturmaktadır. Buna karşılık kredi kartına sahip olduğu halde hiçbir harcama yapmayan veya nakit çekmeyen kişi için kredi borcu doğmayacaktır.¹⁰²

1.3.4.1.3. Kredi Kartı Üyelik Sözleşmeleri

Kredi kartı üyelik sözleşmesinin tarafları, kredi kartını çıkaran kurum sıfatıyla bankalar yada kredi kartı şirketleriyle, bunların sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşme imzaladıkları, kredi kartı hamili olmak isteyen kişilerdir. Kartı çıkaran kurum, bir banka veya finans kuruluşu olabileceği gibi, özel olarak kurulmuş bir kredi kartı şirketi de olabilecektir.¹⁰³

Kredi kartı üyelik sözleşmesindeki kredi kartı hamili aynı zamanda üye işyeri ile girilen bedel ilişkisinde müşteri/alıcı konumundadır. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 3/j de, “Kart hamili: Banka kartı veya kredi kartı hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişi,” şeklinde tanımlanmış olup, bu durumda

¹⁰¹ Öğretide kredi kartı ilişkisinin hukuken kredi saymanın mümkün olmadığı, ancak 11 no.lu tebliğ uyarınca bu görüşlerin geçerliliğini yitirdiği de belirtilmiştir. Ayrıntılı açıklama için bkn. SAYIN, s.22-24; RESOĞLU, Seza, s. 100; KUNTALP, Erden / PEKGÜÇLÜ, Güzin; Kredi Kartları ve Yeni Kanun Tasarısı, Bankacılar Dergisi, Yıl 1999, Sayı 31, s. 133, yazarlara göre “Kredi kartının asıl fonksiyonu ödeme aracı olmasına karşın, karta kredi kullanımı gibi tali bir imkan da bağlanmıştır.”

¹⁰² İŞGÜZAR, s. 154.

¹⁰³ ÇEKER, s. 52; karşı görüş için bkn. AKİPEK, Kredi Kartları, s. 107, Dipnot, 14, yazara göre, “ülkemizde kredi kartı ihraç etme yetkisi sadece Bankalar Kanunu uyarınca kurulan bankalara aittir. Finansman şirketlerinin kredi kartı çıkarması Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik uyarınca mümkün değildir.”

karthamilinde bulunması gereken nitelikler genel hükümler ve sözleşme uyarınca saptanmalıdır.

Kredi kartı hamili, kartı çıkaran kurum tarafından adına kredi kartı hesabı açılan ve kartı doğrudan kullanma yetkisi olan gerçek veya tüzel kişidir.¹⁰⁴

Kredi kartı sisteminde bir banka hesabına yatırılan para karşılığında kredi kartının kullanılması şeklinde bir uygulama söz konusu değildir. Zira kredi kartının amacı, nakit ödemeksizin alışveriş yapmak olanağının sağlanmasıdır. Verilen örnekte ise, bankada karşılığı bulunmaması halinde alışveriş yapma olanağı bulunmamaktadır. Halbuki bankalar bu sistemi kredi kartı haricinde verdikleri banka kartları ile uygulamakta ve banka kartı hesabında para bulunması halinde kart hamili alışveriş yapabilmektedir. Sonuç olarak, bu şekilde bir uygulama nakit karşılığı olmadığı zaman kart hamiline alışveriş yapma olanağı sağlamadığından, bu uygulamadan kredi kartı sisteminde bahsetmek olanaksız olacaktır.¹⁰⁵

1.3.4.1.4. Sözleşmenin Şekli

Kredi kartı üyelik sözleşmeleri, kartı çıkaran kurum tarafından daha önceden matbu başvuru formu şeklinde hazırlanan ve standart hale getirilen sözleşmelerin, kart hamili olmak isteyen kişiler tarafından imzalanmalarıyla kurulur. Bu konuda önemli olan; şekil şartının, yani kartı çıkaran kurumlar tarafından bastırılan matbu başvuru formlarının doldurulup imzalanmasıyla sözleşmenin düzenlenmesinin,

¹⁰⁴ Yargıtay 19.HD. 2.6.1994 tarihli ve 1993/5798 E. 1994/5608 K. sayılı bir kararında limited şirket ile banka arasında yapılan kredi kartı üyelik sözleşmesinin geçerli olacağını hükme bağlamıştır. Karar için bkn. KOSTAKOĞLU, Cengiz; Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akredidif, 3. Baskı, İstanbul 2001, s. 442.

¹⁰⁵ BUHUR, s. 69.

geçerlilik şartı olup olmadığıdır. Zira sözleşmenin şeklinin geçerlilik şartı olmasının en önemli sonucu, belirtilen şekle uyulmadan yapılan sözleşmenin geçersiz olmasıdır. Geçerlilik şartı olarak şekil, kanun tarafından öngörülebileceği gibi sözleşmeyle de belirlenebilir.^{106, 107}

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 24'üncü maddesi, kredi kartı üyelik sözleşmelerinin “en az oniki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak yazılı sözleşme” şeklinde düzenlenmesi zorunluluğunu getirmiştir.¹⁰⁸ Bu nedenle kredi kartı üyelik sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Burada adi yazılı şekil yeterli olup, resmi şekil şartı aranmamaktadır. Kanunla getirilen bu hükümlerle kredi kartı üyelik sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması “geçerlilik şekli” olarak kabul edilmiştir. Bunun doğal sonucu olarak da, yazılı olarak yapılmayan kredi kartı üyelik sözleşmeleri geçersiz olacaktır. Ancak burada asıl önemli olan sözleşmenin yazılı olarak yapılması olduğundan, sözleşmelerin mutlaka matbu başvuru formları ile yapılması gerekmektedir. Yazılı olmak kaydıyla başka bir şekilde de kredi kartı üyelik sözleşmesi yapılabilecektir.¹⁰⁹ Diğer yandan kanunun 26/2'nci maddesi uyarınca sözleşmenin şekil ve içeriğinde yer alması gereken asgari hususlar Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu

¹⁰⁶ Konuyla ilgili geniş açıklama için bkn. KILIÇOĞLU, s. 70 vd.; REİSOĞLU, Safa, s. 61; OĞUZMAN/ÖZ, s. 111 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 99 vd.

¹⁰⁷“Sözleşmeler, tarafların acele ve gelişigüzel karar vermesini önleme, hukuksal işleme işlem güvenliği ve açıklık sağlama, taraf iradelerine aleniyet sağlama, hukuksal işleme ciddiyet ve güvenilirlik temin etmek, arzu edilmeyen hukuki işlemlerin yapılmasını dolaylı yolla önlemek, ekonomik, sosyal ve kültürel açıdan zayıf durumda olanları korumak gibi genel amaçlarla şekle bağlı tutulmaktadır.” bkn. KILIÇOĞLU, Ahmet; **Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması**, Yargıtay Dergisi, Yargıtay Kuruluşunun 120'nci Yılı Özel Sayı, Ocak-Ekim 1989, Sayı1-4, s. 291.

¹⁰⁸ “Madde 24: 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.” Bu hükme aykırılık halinde ise 35'inci maddesi uyarınca idari para cezası verilecektir. Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik Taslağı'nın 17/1'inci maddesinde de aynı hüküm yer almıştır.

¹⁰⁹ İŞGÜZAR, s. 64.

tarafından belirlenecektir.¹¹⁰

-
- ¹¹⁰ BDDK tarafından hazırlanan Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik Taslağının 17/4'üncü maddesine göre; " Kredi kartı sözleşmelerinde;
- a) Kart hamilinden talep alınmadıkça kart limitlerinin artırılamayacağına,
 - b) Kart hamilinin sorumluluğunun, kartın zilyetliğine geçtiği veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasının öğrenildiği andan itibaren başlayacağına,
 - c) Sözleşmeye bağlı olarak kart hamillerinden alınacak ücret, komisyon, masraf ve vergilerin neler olacağına dair açıklamaların ve sözleşmede yer alan ücret, komisyon, masraf ve vergiler dışında kart hamilinden herhangi bir isim altında ödeme talep edilemeyeceği ve hesabından kesinti yapılamayacağına,
- ç) Uygulanacak akdi ve gecikme faizi oranlarının Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenen azami oranların üstünde olmayacağına,
- d) Bileşik faiz uygulanamayacağına,
 - e) Kanunun 26 ncı maddesi uyarınca nakit kullanımına ilişkin borçlar hakkında, faizin başlama tarihi olarak işlem tarihinin esas alınacağına,
 - f) Kanunun 9 uncu maddesi uyarınca belirlenecek kredi kartı limitinin kart çıkaran kuruluşun insiyafiti dışında, kart hamilinin harcamalarıyla aşılması halinde aşılan miktara işlem tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süre için akdi faiz yürütüleceğine,
 - g) Faiz oranlarındaki artışın kart hamiline 30 gün önceden bildirileceği ve kart hamilinin faiz artışının bildirim tarihinden itibaren en geç 60 gün içinde borcunun tamamını ödeyip kredi kartını kullanmaya son vermesi halinde faiz artışından etkilenmeyeceğine,
- ğ) Yabancı para cinsinden yapılan işlemlerde bankaca uygulanacak kurun belirlenme esaslarına ve bunun hesap özetine yansıtılmasına,
- h) Asgari ödeme tutarının hesap özetinde belirtilen dönem borcunun yüzde yirmisinden az olamayacağı ve bankanın bu miktardan az olmamak üzere asgari ödeme tutarını belirleyebileceğine,
- ı) Kart hamilinin, kartı ve kartın kullanılması için gerekli şifre bilgilerini güvenli bir şekilde koruması ve bu bilgilerin başkaları tarafından kullanılmasına engel olacak önlemleri alması gerektiği, bunların kaybolması, çalınması halinde veya iradesi dışında gerçekleşmiş herhangi bir işlemi öğrenmesi durumunda kart çıkaran kuruluşa derhal bildirim yapmak zorunda olduğuna,
- i) Kart hamilinin, kart çıkaran kuruluşa yapacağı bildirimden önceki yirmidört saat içinde gerçekleşen hukuka aykırı kullanımdan doğan zararlardan yüzelli Yeni Türk Lirası ile sınırlı olmak üzere sorumlu olduğuna,
- j) Hukuka aykırı kullanımın, hamilin ağır ihmaline veya kastına dayanması veya bildirim yirmi dört saat içinde yapılmaması hallerinde bu sınırın uygulanmayacağına,

5464 sayılı Kanun gereğince ise, yazılı olarak yapılması gereken kredi kartı üyelik sözleşmesinin ayrıca “oniki punto ve koyu siyah harflerle” hazırlanması da şekil şartıdır. Her ne kadar Kanun’un 35’incimaddesi uyarınca şekil şartına uyulmaması durumunda idari para cezası uygulanması öngörülmüşse de; bu durum, öngörülen “oniki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak yazılı sözleşme” şeklinin, geçerlilik şekli olması şartını etkilemeyecektir. Bu durumda hem sözleşme geçersiz olacak, hem de kartı çıkaran kuruma idari para cezası uygulanacaktır.

-
- k) Kredi kartı hamilinin ilgili sigorta prim bedelini ödemek koşuluyla bildirimden önceki yirmi dört saat içinde gerçekleşen hukuka aykırı kullanımdan doğan zararlar ilgili yasal sorumluluk tutarı için sigorta yaptırılmasını talep edebileceğine,
- l) Kartın ve kartın kullanılması için gerekli şifre bilgilerinin kaybolması veya çalınması halinde kredi kartı hamilinin yapacağı bildirimden önceki yirmi dört saatten önce gerçekleştirilen işlemlerden kredi kartı hamilinin sorumlu olduğuna,
- m) Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçlarına,
- n) Kefil alınması halinde, sözleşmede veya kefalet sözleşmesinde yer alması gereken aşağıda belirtilen hususlara;
- 1) Kefil için temerrüt halinin, kart hamilinin borcunun kendisine bildirilmesi ile başlayacağı,
- 2) Kefaletin Borçlar Kanununun adi kefalet hükümlerine tabi olduğu ve önce asıl borçluya başvurulup tüm tahsil yolları denenmeden kefilin borcun ifasının istenemeyeceği,
- 3) Mevcut sözleşme hükümlerinde kefilin sorumluluğunu artıracak değişikliklerin ve kart limitindeki artışın kefil açısından geçerli olabilmesinin kefilin yazılı onayına bağlı olduğu hususları.
- o) Alınan bir teminat varsa teminatın türü, niteliği, hangi hallerde teminata başvurulacağı, teminatın müşteriye iade şartlarına,
- ö) Sözleşmenin sona erme ve fesih şartlarına,
- p) Kart hamilinin adresinde meydana gelen değişiklikleri, değişiklik tarihinden itibaren onbeş gün içinde kart çıkaran kuruluşa bildirmekle yükümlü olduğuna ve adres değişikliğini söz konusu süre zarfında Bankaya bildirmemesi halinde eski adresine yapılacak bildirimlerin geçerli olacağına ilişkin hükümler yer alır.”

1.3.4.1.5. SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

Kartı çıkaran kurum ile kredi kartı hamili arasında imzalanan kredi kartı üyelik sözleşmesinin, nakit ödemeksizin alışveriş yapma olanağı sağlamak, masrafların ödenmesi, tarafların anlaşması, olmak üzere üç unsuru vardır. Bizim bu noktada sadece üçüncü unsuru inceleyeceğiz.

1.3.4.1.5.1. Tarafların Anlaşması

Kredi kartı üyelik sözleşmesi “rıza” bir sözleşme olduğundan, kartı çıkaran kurum ile kart hamili arasında kredi kartı üyelik sözleşmesinin kurulabilmesi için, tarafların anlaşmaları gerekmektedir. Bu nedenle kredi kartı hamili olmak isteyen bir kişi, kartı çıkaran kurum tarafından bastırılmış olan matbu başvuru formunu doldurarak kartı çıkaran kuruma başvurur.¹¹¹ Kartı çıkaran kurum, müşterinin mali ve medeni durumu hakkında verdiği bilgilerin doğruluğunu denetledikten sonra, müşteri adına bir kredi kartı düzenleyerek göndermektedir.

Bu durumda, başvuru formu Borçlar Hukuku açısından “öneriye davet” niteliğindedir. Kredi kartı hamili olmak isteyen başvuru sahibinin formu doldurarak kartı çıkaran kuruma müracaat etmesi ise “öneri”dir.

¹¹¹ Yargıtay sözleşmedeki imzanın kredi kartı hamiline ait olması gerektiğini, aksinin iddia edilmesi durumunda bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiğini belirtmiştir. 13. HD. 24.5.2005 tarih ve 2005/4008 E ve 2005/10495 K sayılı yayımlanmamış kararı. Bununla birlikte sözleşmedeki imza kart hamiline ait olmasa dahi, kart hamil tarafından kullanılmış ve harcama belgesi de hamil tarafından imzalanmışsa hamil yine sorumlu olacaktır. 13. HD. 17.9.2004 ve 2004/9933 E ve 2004/12138 K, 13. HD. 2005/11512 E ve 2005/17286 K sayılı yayımlanmamış kararlar.

Kartı çıkaran kurumun, başvuruyu kabul ettiğine ilişkin cevabı ise “kabul” dür.¹¹² Buna göre kredi kartı üyelik sözleşmesi kartı çıkaran kurumun başvuruyu kabul edip, hamile bildirdiği anda kurulmuş sayılır.(BK. m.10)¹¹³

Ancak konumuzla alakalı olmak üzere, uygulamada bankaların bu prosedüre uymadan, kredi kartı piyasasındaki rekabete paralel olarak müşteri çevrelerini genişletmek amacıyla kişilerin herhangi bir talebi olmaksızın kredi kartı gönderdikleri vakadır. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 8/1’inci maddesinde talepte bulunulmadan kart düzenlenmesi yasaklanmıştır.¹¹⁴ Ayrıca kurumun genel merkezi ve şubeleri dışında kredi kartı toplanabilecek yerlerin BDDK’nın uygun görüşü alınarak Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliği tarafından müştereken belirleneceği belirtilmiştir. Aksi takdirde Kanununun 35/a maddesi uyarınca idari para cezası ile cezalandırılacaklardır. Böyle durumlarda bankanın bu fiili “öneri” niteliğindedir. Müşteri kredi kartını aldıktan sonra açıkça kabul edebileceği gibi zımnen, kredi kartını kullanmak sureti ile de kabul iradesini açıklayabilir.¹¹⁵ Ancak müşteri kredi kartını kabul etmezse, başka bir deyişle kartı çıkaran kurumun önerisineolumlu yanıt vermezse, kredi kartı üyelik sözleşmesi

¹¹² İcap ve kabul işlemleri hakkında geniş açıklama için bkn. KILIÇOĞLU, s. 39-52; ŞENER, s. 343344; “Bir hukuki işlem olan ‘kabul’, niteliği itibariyle tek taraflı kurucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır.” TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 60.

¹¹³ Geniş açıklama için bkn. TEOMAN, s. 161-162; ATEŞ, s. 105; İŞGÜZAR, s. 64; ŞENER, s. 344, dpn. 79.

¹¹⁴ Bu durum ABD’de de yasaklanmıştır. ŞENER, s. 345.

¹¹⁵ ATEŞ, s. 106; İŞGÜZAR, s. 64-65; ŞENER, s. 345.

kurulmayacaktır.¹¹⁶

Kredi kartının düzenlenip kart hamiline verilmiş olması, kredi kartı üyelik sözleşmesinin kurulması için bir şart olmayıp, sözleşme kurulduktan sonra kart hamilinin sözleşmeden doğan haklarını kullanabilmesi için, kartı çıkaran kurumun yerine getirmesi gereken bir edimdir.¹¹⁷ Bunun gibi hamilin kartı çıkaran kuruma başvurusu kabul edildikten sonra, kendisine gönderilen kredi kartının üzerindeki imza hanesini imzalamasının da, sözleşmenin kurulmasıyla bir ilişkisi yoktur. Bu imza daha çok kartın güvenliği ve yetkili hamilin teşhis edilmesi bakımından önem taşır ve hamilin kredi kartı üyelik sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümlülüğüdür.¹¹⁸

Kartı çıkaran kurum ile kredi kartı hamili arasındaki ilişki karşılıklı icap ve kabulden oluşan bir sözleşme ilişkisi olduğu için, taraflar her zaman karşılıklı iradeleri ile sözleşmede değişiklik yapabileceklerdir.

Ancak uygulamada bankalar üyelik sözleşmesini hazırlarken, hamil ile olan ilişkilerini “genel işlem şartları”na¹¹⁹ yaptıkları atıflar

¹¹⁶ “Bu durum sipariş edilmemiş bir malın gönderilmesi anlamına gelir ve bu durumda susma, hiçbir zaman kabul sayılmaz.” ŞENER, s. 346.

¹¹⁷ İŞGÜZAR, s. 63-64.

¹¹⁸ Kanunun 15’inci maddesinde bu yükümlülük açıkça belirtilmiştir.

¹¹⁹“Bankalar, müşteri ile aralarındaki banka işlemlerini, standartlaştırmak, hızlandırmak, eşit işlem yapmak, ilişkilerde hukuki açıklık sağlamak, işlemlerden doğacak rizikoları sınırlandırmak veya ortaya çıkan zararı kısmen de olsa müşteriye yüklemek amacıyla standart sözleşmelerin veya genel işlem şartlarının metinlerini önceden hazırlamakta ve bunların müşteri tarafından hiç değiştirilmeden imzalanmasını ve yürürlüğe konmasını

sonucunda tek taraflı olarak belirlemektedirler. Bu nedenle kartı çıkaran kurum ile kredi kartı hamilinin genel işlem şartları üzerinde de anlaşmış olmaları gerekmektedir.¹²⁰

Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin ileride yapacağı sözleşmelerde karşı âkidine değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır.¹²¹ Hukukumuzda genişlem şartlarıyla ilgili olarak ilk kez TKHK'nın 6'ncı maddesiyle, daha sonra da Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nda hükümler getirilmiştir.¹²²

1.3.4.2. TBK 7. Madde Bakımından Kredi Kartı Gönderilmesinin Hukuki Durumu

TBK 7. madde düzenlemesi doğrultusunda, talep edilmemiş olduğu halde gönderilen bir kredi kartına ilişkin uygulamanın nasıl olacağı üzerinde durulması

gerçekleştirmek istemektedirler." KAPLAN, s. 52.

¹²⁰ ÇEKER, s. 66; ATEŞ, s. 106; ŞENER, s. 349.

¹²¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s.156

¹²²TKHK'nun 4822 sayılı Kanunla değişik 6'ncı maddesine göre kartı çıkaran kurumların tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koydukları, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kurallarına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şart olarak kabul edilmiştir. Aynı maddenin 6'ncı fıkrası ile hazırlanacak matbu-standart sözleşmelerin ne şekilde düzenleneceği de hükme bağlanmıştır. Bu nedenle de kredi kartı üyelik sözleşmelerine konulan sorumsuzluk şartları TKHK'nun 6'ncı maddesi uyarınca haksız şart olup, aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca de tüketiciyi yani kredi kartı hamilini bağlamayacaktır.

Ayrıca Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 24, 25 ve 26'ncı maddeleri ile kredi kartı uygulamasındaki genel işlem şartları hakkında düzenlemeler getirilmiştir.

gereken bir kondur. Kredi kartı, maddesi itibariyle bir değer taşımayıp, ilgili bankanın alt yapısında sunduğu kredi ile taraflar arasında ilişki kuran bir finansman aracıdır¹²³. O halde TBK 7. madde dahilinde, talep edilmemiş bir kredi kartının gönderilmesinin doğuracağı sonuç, gönderilen şeyin nasıl nitelendirileceğiyle ilişkilidir¹²⁴.

Talep etmediği halde kendisine kredi kartı gönderilen kimse, söz konusu kartı muhafaza etme veya geri gönderme yükümlülüğünde değildir. Aynı zamanda gönderme eylemi bir öneri de sayılamayacaktır. Bu noktada, kredi kartı gönderen bankanın davranış şeklini incelemek, sonuca ilişkin ayırt edici bir öneme sahiptir.

Talep edilmeksizin kredi kartı gönderen bir bankanın, bu eylemi bir öneri yapmak maksadıyla gerçekleştirdiğini söylemek yerinde bir ifadedir. Bununla beraber, söz konusu öneri, öncelikle kredi kartının maddi varlığına ilişkin değildir. Nitekim öneri, muhatap ile kredi sözleşmesi kurmak iradesi temelinde yapılmıştır¹²⁵. Dolayısıyla gönderilen kredi kartına bakımından, öncelikle kurulmak istenen sözleşmenin, kredi kartının maddi unsurunun dışında başkaca bir içeriği olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla, kanunun öneri sayılamaz nitelendirmesi, kredi kartının maddi varlığına ilişkin bir öneri olarak değerlendirilmelidir. Bu bakımdan, talep edilmemiş bir kredi kartının kaybolması, başkaları tarafından kullanılması bankanın sorumluluğunu doğuracaktır.

Ancak bankanın kredi kartı göndermekle muhatabına öncelikli önerisi, kredi kartının maddi varlığının dışında, muhataba sunulan bir alt yapıya ilişkindir¹²⁶.

Sunulmakta olan bu alt yapı, her ne kadar kredi kartı ile somutlaşmış gibi gözükse de, kartın maddesinden ayrı olmak üzere, TBK 7. madde kapsamı bakımından, fikrimizce gönderme eylemine konu olabilecek bir nitelikte değildir ve bu bakımdan TBK 7. maddenin koruma alanı, kartın muhafaza edilmemesi

¹²³ Dr. Feridun Kaya, Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması, sayfa 5

¹²⁴ Hacı Ali Açıkgil, "Kredi Kartı Sözleşmeleri" (T.C. ANKARA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI) Ankara, 2007; s 7.

BKM tarafından kredi kartı ise, "Bankalar ve çıkartmaya yetkili kuruluşların müşterilerine belirli limitler dahilinde açtıkları kredilerle, nakit kullanmaksızın mal ve hizmet alabilmeleri, nakit kredi çekebilmeleri için verdikleri ödeme aracıdır" şeklinde tanımlanmaktadır. bkz; www.bkm.c om.tr

¹²⁵ Hacı Ali Açıkgil, a.g.e.,s 59.

¹²⁶ Altyapı kavramının karşılığı için bkz.

Feridun Kaya, **Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması**, Graphis Matbaa, İstanbul, 2009; s. 63.

durumunda ortaya çıkacak sonuçlara ilişkin kabul edilmelidir. Talep edilmeksizin gönderilen kredi kartlarına dair kapsamlı olduğu söylenebilecek bir düzenleme olarak, Florida Eyalet yasalarını incelediğimizde, benzer bir sorumluluk alanının çizildiğini görmekteyiz.¹²⁷

Oysa mevzu bahis alt yapı, banka ile muhatap arasında bir kredi ilişkisi kurmayı öngörerek hazırlanmış bir içeriğe ilişkindir¹²⁸. TBK 7. madde kapsamında, "öneri sayılmaz" nitelendirmesi gönderilen şey ile doğrudan bağlantılıdır. O halde kredi kartı gönderilmesi örneğinde, söz konusu öneri yasağı, kredi kartının maddi varlığına ilişkin kullanım koşulları üzerindeki sözleşmesel ilişki kapsamında etkili olmalıdır¹²⁹. Nitekim kanun, öneri yasağı ile gönderilen şey arasında doğrudan bir ilişki kurmuşken, gönderme eylemine konu olamayacak bir statüye ilişkin öneriyi, söz konusu yasak kapsamında değerlendirmek isabetli bir yaklaşım olmayacaktır.

Bu doğrultuda, TBK 7. madde dahilinde talep edilmeksizin gönderilmiş kredi kartına ilişkin olarak, ele alınacak olan "gönderilen şey" kavramının karşılığı, sunduğu alt yapıdan bağımsız bir şekilde algılanmalı, maddi varlığı ile sınırlı kalmalıdır. Kredi kartının sunduğu alt yapının kullanımını da TBK madde 7 dahilinde değerlendirecek bir yaklaşım, kanunun amacına ters düşecektir¹³⁰. Bunun sonucunda kredi kartı kullanımıyla bir haksız kazanç elde etmenin yolu açılacaktır. Nitekim kanunu bir tehlikeyi bertaraf etmek isterken, bir başkasına kapı açacak şekilde yorumlamak kabul edilebilir bir tutum olmayacaktır .

¹²⁷ İsmarlanmamış kredi kartlarına ilişkin bir düzenleme olarak, Florida Eyaletinde sipariş edilmemiş kredi kartının teslim edilmesini yasaklayan hükümünün yanı sıra, yetkisiz kullanımlarda bu kişinin sorumluluğuna gidilemeyeceği belirtilmektedir, Florida Statutes Part 1-501.011 . Bu nedenle yetkisiz kullanım durumunda sorumsuzluğu açıkça ifade edilen kişinin kendisinin kartı kullanacak olması durumunda sorumluluğun kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmak mümkün olacaktır.

¹²⁸ Örnek, Yapı Kredi Üyelik Sözleşmesi; çevrimiçi, http://www.worldcard.com.tr/worldu-taniyin/worldu-kesfet/pdf/kk_uyelik_sozlesmesi_2.pdf (Erişim tarihi: 03.03.2015)

¹²⁹ Kredi Kartı banka ile muhatap arasında kurulmak istenen asıl sözleşmenin bir aracı niteliğindedir. Örnek olarak verilen Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesinde de görüldüğü üzere kredi kartının mülkiyetinin bankada olduğu hususu belirtilerek, kredi kartının araçsal işlevi doğrultusunda kullanmak üzere verileceği açıkça ortaya koyulmuştur.

¹³⁰ Inceoğlu, a.g.e., s. 1007-1008.

Dolayısıyla talep edilmeksizin kendisine kredi kartı gönderilen kişi, TBK 7. madde kapsamında, gönderilen "şey" ile sınırlı bir çatının altındadır. Kredi kartının kullanımına ilişkin öneri, düzenlemenin açık ifadesi ile öneri sayılmayacakken, kredi kartı ile muhabata yönelmiş alt yapıya ilişkin öneri geçerli bir öneri olarak değerlendirilmelidir. Nitekim kanunun amacı, ısmarlanmamış bir şeyi göndermekle karşı tarafı külfet altına sokan veya karşı edime zorlayantarafın bu davranışını engellemek, sonuçları noktasında gönderi yapılan kişiyi korumaktır. Bu doğrultuda, kendisine gönderilen kredi kartına dair, düzenlemenin ortaya koyduğu bağışıklık, kartın sunduğu alt yapıyı kullanmaya ilişkin olarak mevcut olmayacaktır.

Sonuç olarak kredi kartının maddi varlığına ilişkin, TBK 7. maddenin öngördüğü sonuçlar uygulanacakken, kredi kartının sunduğu alt yapı için bunu söylemek mümkün değildir. Kredi kartı aracılığı ile, söz konusu alt yapıyı kullanan kişi, bankanın sunduğu bu alt yapıya ilişkin önerisini kabul etmiş olacak, ve sonuçlarına katlanacaktır¹³¹.

Gönderilen şey bakımından, elektronik içeriğin statüsü, düzenlemeye konu olabilecek bir niteliktedir. Nitekim elektronik içerik, gerek ısmarlanmamış olma, gerekse gönderme unsuru bakımından elverişli bir durumdadır. Nitekim elektronik içerik örneği olarak bir filmin, "ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi" ifadesine konu olması, günümüz için oldukça mümkün bir örnektir. Yine buna benzer olmak üzere her türlü elektronik içeriğin ısmarlanmaksızın gönderilmesi mümkündür. İsmarlama unsuru bulunmaksızın, söz konusu gönderme eylemiyle muhabatı karşı edime zorlayacak bir girişim, TBK 7. madde kapsamında değerlendirilecektir.

Elektronik içeriğe ilişkin dikkat edilmesi gereken temel nokta, elektronik içeriğin bir hizmet olup olmadığı hususudur. Nitekim TBK düzenlemesi, kaynak İsviçre borçlar kanunundaki düzenleme ile benzer olmak üzere "hizmetler" konusunda bir düzenleme öngörmemiştir. Dolayısıyla söz konusu elektronik içerik bir hizmet şeklinde değerlendirilebiliyorsa, TBK 7. maddenin dışında tutulacaktır¹³².

¹³¹ Murat İnceoğlu'na göre de, talep edilmeksizin gönderilen kredi kartının kullanılması durumda, taraflar arasında yeni bir sözleşme ilişkisi kurulmuş sayılacaktır. İnceoğlu, a.g.e., s 1007-1008 . Bizim de ifade etmek istediğimiz nokta, bankanın kredi kartı göndermekle muhabata sunduğu alt yapıya ilişkin önerinin geçerli bir öneri olduğudur. Aksi halde, kredi kartını kullanmakla, geçerli bir öneri olmaksızın kredi kartı hamilinin davranışını kabul iradesi olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır.

¹³²İnceoğlu, a.g.e., s. 1008.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1. ISMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

1.1. Öneri Sayılmaması

TBK 7. maddenin temel olarak ortaya koyduğu sonuç, ısmarlanmamış bir gönderiye ilişkin olarak gönderme eyleminin bir öneri sayılmayacağıdır. Bu durum kanunda açık bir şekilde ifade edilmiştir. Öneri unsurunun bulunmadığı bir durumda, kabul unsurundan da bahsetmek mümkün olmayacak, kendisine gönderi yapılan kimsenin hiç bir davranışı, kabul olarak değerlendirilemeyecektir. Yanı sıra ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesinin öneri sayılmaması, söz konusu gönderme eylemi ile beraber bir önerinin mevcudiyetinden bağımsız ele alınmalıdır. Bu bakımdansonradan muhataba ulaştırılacak bir önerinin mevcut olması durumu da düzenleme dahilinde sonucu değiştirmeyecektir¹³³¹³⁴.

Nitekim düzenlemenin amacı, ısmarlanmamış bir gönderi ile beraber karşı tarafı bir karşı edim borcu altına sokan tehdidi bertaraf etmektir. Oysa, öneri önce muhataba ulaşmış, sonrasında bir gönderi yapılmış olsa dahi, bu durum muhatabı yine bir karşı edime zorlayacaktır. Dolayısıyla gönderme eyleminin öncesinde veya beraberinde muhataba ulaştırılacak öneri, ısmarlanmamış olma statüsüne ilişkin bir değişikliğe neden olmadığından ötürü, düzenleme dahilinde, "öneri sayılmaz" sonucuna yönelik değerlendirilecektir.¹³⁵

Bu doğrultuda, düzenlemenin amacına uygun olarak, ısmarlanmamış olma unsurunun varlığı ile birlikte, bir gönderme eylemi, gönderme eyleminden önce veya sonra ulaşmış bir öneriye bakılmaksızın öneri sayılmayacaktır.

¹³³Kocayusufpaşaoğlu, a.g.e., s 18, N.20.

¹³⁴Şeker, a.g.e., s. 95.

¹³⁵Özel, a.g.e., s. 66.

Doktrinde tartışılan bir konu olmak üzere, taraflar arasında mevcut olan sürekli bir ilişkiye dayanarak yapılan gönderilerin ne yönde değerlendirilmesi gerektiği karşımıza çıkmaktadır.

Taraflar arasında sürekli bir ticari ilişkinin bulunduğu durumlarda, ısmarlanmamış olma unsurunun daha esnek bir şekilde ele alınması gerektiği ifade edilmişti.

Buna benzer bir durumda, bir başka görüşe göre, sürekli bir ticari ilişkinin varlığına ve bu ilişkiden kaynaklı tecrübelerle dayanarak muhatabının ilgisini çekeceği düşüncesiyle kendisine bir şey göndermesi durumunda, gönderme eyleminin ısmarlama unsuru bakımından TBK 7. madde dahilinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilirken, gönderen açısından bu davranışın temelinde muhatabın durumu bilseydi sipariş verecek olduğu inancı yattığına dayanarak bir yanılgıya düştüğü kabul edilmekte, ve bu durumun hataen gönderilmiş bir şey olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir¹³⁶. Yine bu görüşe göre, kendisine bu şekilde mal gönderilen kimse bakımından, dürüstlük kuralı gereği bir muhafaza ve bildirim borcu doğduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Pratikte en sık karşılaştığımız durum, malın gönderilmesiyle beraber veya sonrasında karşı tarafa bir fatura göndermek suretiyle, gönderilen şey mukabilinde bedel talep etmek şeklinde tezahür etmektedir.

ısmarlanmamış şeyin gönderilmesinin öneri sayılmamasına karşın, kendisine bu şekilde gönderi yapılan kimsenin, talep edilecek karşı edimi gerçekleştirmesi durumunda, nasıl bir sonucun ortaya çıkacağı da tartışma konusu olmuştur.

Düzenlemede mevcut olan "öneri sayılmaz" nitelendirmesi hiç şüphesiz gönderici bakımından ifade edilmiştir. Önerinin mevcut olmadığı bir zeminde, elbette muhatap bakımından kabul iradesine ilişkin bir sonuç doğması mümkün değildir. Ancak bu durum, muhatabın yeni bir öneri yapmasına da engel olmayacaktır. Bu doğrultuda kendisine mal gönderilen kimsenin, gönderene bir ödeme yapması başlı başına bir öneri sayılacaktır¹³⁷¹³⁸. Ancak bu önerinin iradi

¹³⁶İnceoğlu.a.g.e. 1010.

¹³⁷ Gerek Türk hukukunda gerekse incelediğimiz diğer hukuk sistemlerinde, taraflar arasında sözleşme kurulmasını bütünüyle yasaklayan bir sonuca yönelik bir durum söz konusu değildir.

olması gerektiği ifade edilmiş, kendisini zorunda hissettiği için yapılan bir ödemenin öneri sayılamayacağı belirtilmiştir.

1.2. Gönderen Kişi Bakımından Talep Hakkı

1.2.1. Genel Olarak

İsmarlanmamış şeyin gönderilmesi durumunda taraflar arasındaki ilişki, tehlikenin kendisine gönderi yapılan kişiye yönelmiş olması sebebiyle, elbette bu kimse lehine düzenlenmiştir. Kendisine bu şekilde gönderi yapılan kişinin korunması gerektiği düşüncesi, bu kimsenin iradesi dışında bir külfete katlanmak zorunda bırakılmasının haksız bir sonuç olduğu temeline dayanmaktadır. Bu bakımdan alıcı, düzenlemenin ifadesiyle onu geri göndermek ve saklamak zorunda değildir. Bu ifadeyi, alıcı bakımından, göndericiden gelecek taleplere karşı koruyucu bir kalkan olarak düşünmek doğru olacaktır¹³⁹.

Ancak düzenlemenin "geri göndermek veya saklamak zorunda değildir"*** ifadesiyle, alıcı açısından korunan alanın sınırları yeterince açık değildir. Bu durum, gönderen kimse bakımından ne gibi talep haklarının söz konusu olacağını tartışmayı gerektirmektedir.

1.2.2. Sözleşmesel Bir İlişki Temelinde

Bu noktada gerek düzenlemenin amacı, gerekse açık ifadesi karşısında, herhangi bir sözleşmesel ilişkiden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Nitekim TBK madde 7 dahilinde değerlendirilecek bir durum için, kanunun "öneri sayılmaz" ibaresiyle çok açık bir şekilde taraflar arasında bir sözleşme kurulmasına imkan

Dolayısıyla kendisine mal gönderilen kimseinin sözleşme kurma iradesine dayanan davranışını yeni bir öneri olarak kabul etmek gerekecektir.

¹³⁸ Şeker, a.g.e., s 96.

¹³⁹ Kanun koyucunun söz konusu koruyucu tavrı, yasaklayıcı değil engelleyici bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu sonuca, bir kimsenin iradesi dışında bir külfete katlanmak zorunda bırakılmasının engellenmesi şeklinde varıyoruz.

bırakılmamıştır¹⁴⁰. Kendisine mal gönderilen kimsenin, karşı bir öneride bulunması durumunda ise söz konusu ilişki TBK 7. maddenin uygulama alanından çıkacaktır¹⁴¹.

1.2.3. Aynı Haklar Bakımından

Düzenleme dahilinde gönderen bakımından ileri sürülebilecek bir takım aynı taleplerin varlığını kabul etmek gerekmektedir. Nitekim Almanya Medeni Kanundaki açık talep yasağı veya Birleşik Krallık örneğindeki söz konusu olan mülkiyetin kaybedilmesi durumu karşısında, gerek İsviçre hukukunda gerekse Türk hukukunda böyle bir durum söz konusu değildir¹⁴².

Alman medeni kanunda geçen, "...sipariş edilmemiş bir malın gönderilmesibir tüketiciye karşı bir talep hakkı doğurmayacaktır."ifadesi, tüketiciye yöneltilebilecek her türlü talebe karşı açık bir hüküm niteliğindedir. Benzer şekilde Birleşik Krallık örneğinde ise, ısmarlanmamış malın gönderilmesi durumunda, söz konusu gönderinin "koşulsuz hediye" olarak kabul edilmesine olanak sağlayan yapısı, yine gönderen kimse bakımından her hangi bir talebin ileri sürülemeyeceğini ortaya koymaktadır¹⁴³.

TBK 7. maddesinin mülkiyete ilişkin bir sonuç doğurduğunu söylemek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Taraflar arasında mülkiyetin devri için geçerli bir hukuki işlem söz konusu değildir¹⁴⁴. Ayrıca böylesi bir yaklaşımın kanunun amacını aşan bir sonuca sebep olacağı da ortadır. Dolayısıyla, düzenlemenin dahilinde bir ilişkide, söz konusu gönderilen malın mülkiyetinin halen gönderende olduğunu kabul etmekle beraber, kendisine mal gönderilen kimse bakımından mevcut tedbirlerin, mülkiyet hakkına bağlı aynı talepler karşısında nasıl ele alınacağı önemli bir husustur¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Gönderenin önerisi temelinde sözleşme kurmak imkanı yoktur. Diğer taraf için bkz. dipnot 108.

¹⁴¹ Ancak TBK 7. madde ile lehine koruyucu tedbirler getirilen kimsenin söz konusu hükümlerden faydalanacağını kabul etmek gerekecektir.

¹⁴² Mülkiyetin devrini öngören düzenlemeler genellikle işletme ve tüketici arasındaki ilişkiler için benimsenmiştir. bkz. Wolfgang Faber,BrigittaLurger s. 850AcquisitionandLoss of Ownership of Goods.

¹⁴³ Alman hukukundaki talep yasağının, mülkiyet hakkına dair tartışmalara sebep olduğu belirtilmiştir, Inceoğlu, a.g.e s. 992, dipnot 35.

¹⁴⁴ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, a.g.e., s.588.

¹⁴⁵ TBK 7. madde dahilinde gönderilen malın mülkiyeti, taşınırlarda kazandırıcı zamanaşımı açısından söz konusu olabilecektir.

İsma rlama unsuru olmaksızın kendisine bir şey gönderilmiş kimse, söz konusu şeyin mülkiyetini kazanmış olmasa da, gönderilen şeyi fiilen elinde bulundurması bakımından zilyet statüsündedir. Bu noktada, zilyetliğe ilişkin statünün tespit edilmesi gerekecektir .

Kendisine iradesi dışında mal gönderilen kişi, haksız zilyet sayılamayacağına göre, haklı zilyet olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır¹⁴⁶. Nitekim bu kimseyi haksız zilyet olarak kabul etmek için haklı bir sebep bulunmamaktadır. Haklı zilyedin malike karşı sadece iade borcu altında olduğunun yanı sıra, bu kimsenin, hakimiyetinde bulundurduğu şey bakımından, kullanımdan ve buna bağlı meydana gelecek hasarlardan ve hatta şeyin yok olmasından sorumlu tutulamayacağı belirtilmelidir¹⁴⁷.

Haklı zilyedin malike karşı sadece iade borcu altında olmasının yanı sıra, TBK 7. madde, kendisine mal gönderilen kimse bakımından bir geri gönderme yükümlülüğünün bulunmadığını açıkça belirtmiştir. Bu noktada "iade borcu" kavramı ile "geri gönderme yükümlülüğü" ifadesini birlikte ele almak gerekir.

Düzenlemede geçen "...geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir." ibaresi, saklamak fiiline ilişkin olarak, kişinin aksini yapması durumunda sorumlu tutulamayacağı, göndermek fiiline ilişkin olarak ise böylesi bir yükümlülüğün altına sokulamayacağı olarak anlaşılmalıdır. Düzenlemenin amacı, bir yönüyle kişiyi, söz konusu şeyi geri göndermek külfetine veya saklamak zahmetine katlanmaktan muaf tutmaktır. Nitekim böylesi bir yorum, Avrupa Birliği direktifi ile daha uyumlu olacaktır. Dolayısıyla, TBK 7. madde dahilinde, kendisine bir şey gönderilen kimse, söz konusu şey malik tarafından istendiğinde, fiili olarak geri göndermek zorunda olmayacaktır. Ancak malik, gönderdiği şeyi fiilen alma girişiminde bulunduğu, haklı zilyet olarak nitelendirdiğimiz kişi bakımından iade borcu gereği, bu girişime engel olunmaması gerekmektedir.

Düzenleme kapsamında, ismarlanmamış şeyi gönderen kişi, muhatabının haklı zilyet statüsü karşısında, sadece iade talebinde bulunabilecektir. Ancak bu iade

¹⁴⁶ İsmarlanmayan malın gönderilmesiyle, muhatabın kötü niyetli zilyet olarak nitelendirilmesini gerektirecek hiçbir hukuki dayanak bulunmamaktadır. Kötü niyetli zilyet tanımı için bkz. Hayrullah Futuhi Töre, a.g.e., s. 230-231.

¹⁴⁷ bkz. TBK madde 7, TMK madde 993.

talebi fiilen, gönderilen şeyin geri alınması girişimi ve bu sırada oluşabilecek masraflara katlanması şeklinde anlaşılmalıdır¹⁴⁸. Nitekim düzenlemenin amacı, kendisine ısmarlanmamış bir şeyin gönderildiği kişiyi külfet altına girmekten korumaktır.

Haklı zilyede ulaşan iade talebi bulunmakla beraber, bu yönde fiili bir girişim bulunmaması durumunda, TBK 7. madde bakımından, zilyedin saklama sorumluluğu tartışma konusu olmuştur.

Bir görüşe göre, iade talebinin eylemselleşmediği bir durumda, salt iade talebinin var olması, malın tüketilmesi veya yok edilmesi hususunda kişiyi sorumlu tutmaya yeterli olmayacaktır. Ancak malı elinde bulunduran kişi, iade talebinin varlığını bildiği halde, yanı sıra malın saklanması kendisi için özel bir çaba gerektirmiyorken, kasten malı yok etmesi veya zarar vermesi halinde kötü niyetli davranmış sayılacak, dolayısıyla bir hakkın kötüye kullanılması durumu söz konusu olacaktır. Bu doğrultuda, dürüstlük kuralı gereği tazminat sorumluluğunun mevcut olduğu kabul edilecektir¹⁴⁹.

Söz konusu yaklaşım düzenlemenin amacı bakımından isabetli ve ruhuna uygun bir çözümleme sunmaktadır.

Göndericinin haklı zilyede karşı ileri süreceği iade talebinin yanı sıra, bu talebin eylemselleşmesi halinde, zilyedin söz konusu şeyi geri vermeyi reddetmesi ve bu yönde girişime engel olması, yine zilyet bakımından artık kendisini haksız zilyet olarak nitelendirmeyi gerektirecek bir sonucu doğuracaktır¹⁵⁰.

Nitekim TBK madde 7 ile kendisine ısmarlamadığı bir şey gönderilen kişinin külfet altına girmekten ve bir takım konularda sorumlu tutulmaktan muaf tutulduğu belirtilmişti. Ancak düzenlemenin amacı, bu türden gönderilerin mülkiyetinin devrine ilişkin sonucu doğurmadığıdır. O halde mülkiyet hakkı, malik olmayan

¹⁴⁸ 818 sayılı borçlar kanunu uygulamasına dair, ısmarlanmamış mal gönderilen kimse bakımından da sadece saklama borcu mevcuttur, geri gönderme borcu söz konusu değildir.

¹⁴⁹ Antalya, a.g.e. s. 181.

¹⁵⁰ İyi niyetli zilyedin kötü niyetli zilyede dönüşmesi için bkz. Hayrullah Futuhi Töre, a.g.e., s 230-231.

haksız zilyede karşı, zilyedin eşya üzerindeki hakkı karşısında korunması gerekecek üstün bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁵¹

Haksız zilyedin, malikin iade talebi karşısında, elinde bulundurduğu şeyi iade etmesi gerektiği açıktır. Ancak TBK 7. madde dahilinde bir ilişki için, zilyedin geri gönderme yükümlülüğü olmaması sebebiyle, malikin iade talebini eylemselleştirmesi gerekeceği, fiilen söz konusu şeyi alma girişiminde bulunması gerektiği hususu ortadadır¹⁵². Bu noktada haksız zilyede karşı istihkak talebi ve bu bakımdan malikin dava hakkının mevcut olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Nitekim malikin mülkiyet hakkı, zilyede karşı üstün bir hak konumundadır.

Haksız zilyede karşı ileri sürülecek istihkak talebinin yanı sıra, haksız zilyedin TBK 7. madde dahilinde sorumluluk alanı yeniden tartışılması gerekli bir noktadır.

Düzenleme dahilinde, haklı iken haksız konuma düşen zilyet için, sorumluluk alanının eskiye oranla daha geniş olarak ele alınması yerinde olacaktır¹⁵³. Nitekim mülkiyet hakkından kaynaklanan geri alma talebi karşısında, geri alma eylemine fiilen karşı koymuş kimse bakımından, TBK 7. maddenin, geri alma girişiminin başladığı andan itibaren uygulanmaması gerektiği yönünde karar isabetli olacaktır.

Bu konuda gerek Avrupa Birliği direktifi, gerekse TBK 7. maddenin amacı doğrultusunda bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu bakımdan söz konusu düzenlemeler ile, öngörülen tehlike bertaraf edilmiş, geri alma talebinin eylemselleşme anına kadar geçen süre içinde malı elinde bulunduran kişiye ait sorumsuzluk alanı ile, gönderilen şeyin kullanılmış, tüketilmiş veya yok edilmiş olma ihtimalleri dahilinde gönderen cezalandırılmıştır. Dolayısıyla düzenlemeler ile istenilen sonucun alındığını kabul etmek gerekir. Nitekim kanun koyucunun bundan fazla bir sonucu ortaya koyma iradesi olsaydı, Birleşik Krallık veya Almanya hukukunda olduğu gibi, farklı bir düzenleme ile bunu sağlayabileceği hususu göz önünde bulundurulmalıdır.

¹⁵¹ TC Anayasası Madde 35 , Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 Nolu Protokol 1. Madde 18.05.1954.

¹⁵² Akıncı, Ş., Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 5. Bası, Konya 2011, s. 69.

¹⁵³ Hayrullah Futuhi Töre, a.g.e., sayfa 237-238.

Geri alma teşebbüsünün başladığı andan itibaren, zilyet bakımından TBK 7. maddenin uygulanmaması gerektiği fikrine dayanarak, artık malı elinde bulunduran kimsenin haksız zilyedin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir¹⁵⁴.

Haksız zilyedin sorumluluk alanı, başta iade borcu olmak üzere, söz konusu elinde bulundurduğu şeye gelecek zarardan, malın yok olmasından, yanı sıra gecikmeden doğacak zararlardan oluşmak üzere, daha geniş bir şekilde ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, haksız zilyedin durumu TMK 995. Madde temelinde ele alınması gerekecektir.

1.2.3.1. Mülkiyet Hakkı Bakımından Değerlendirme

1.2.3.1.1. Genel Olarak Mülkiyet Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılması

Gerek TBK 7. madde gerekse diğer hukuk sistemleri ile ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi sonucuna ilişkin bir diğer temel tartışma konusu, mülkiyet hakkından kaynaklanan talep haklarının nasıl konumlandırılması gerekeceği hususudur. Bu konuda mülkiyetin devrini veya mülkiyet hakkından kaynaklanan taleplerin önüne geçen bir takım tedbirlerle karşılaşmaktayız.

Nitekim Almanya ve İngiltere örneklerinde mülkiyet hakkına ilişkin açık bir düzenleme ile sonuca dair statü açıkça ortaya konmuştur. Oysa TBK 7. madde dahilinde bu durum açık değildir. Mevcut durumun mülkiyet hakkına ilişkin sınırlandırıcı veya mülkiyetin devrini öngeren bir sonuç doğurup doğurmadığı incelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle Türk hukukunda mülkiyet kavramını ele alacak olursak, 1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesi şu hükmü ihtiva etmektedir:

“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

¹⁵⁴ Geri alma girişimine karşı koyan kişinin sorumluluğunun, söz konusu karşı koyma anından itibaren başlaması gerekeceğine dair düşünce, bu kimsesye karşı geriye dönük bir sorumluluk talebinin ortaya çıkmasının kanunla çelişeceğinden hareketle ifade edilmiştir. Kötü niyetli zilyedin sorumluluğu için bkz. Hayrullah Futuhi Töre a.g.e., s. 230-231

Görüldüğü üzere maddenin ilk fıkrası mülkiyet hakkını, ikinci fıkrası ise mülkiyet hakkının sınırlanmasını düzenlemektedir. Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesi, mülkiyet hakkının da aralarında bulunduğu temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin hükümler ihtiva etmektedir. Bunların yanı sıra, Anayasa'nın 43, 44, 46, 47, 63, 73, 167 ve 68. maddeleri de (açıkça olmasa da) mülkiyet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran hükümler ihtiva etmektedir.

1.2.3.1.1.1. Mülkiyet Hakkının Niteliği

1.2.3.1.1.1.1. Genel Olarak

1982 Anayasası'nın mülkiyet ve miras hakkını düzenleyen 35. maddesinin metni, 1961 Anayasası'nın mülkiyet ve miras hakkını düzenleyen 36. maddesinin metni ile aynıdır. Fakat 1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkına bakışı, 1961 Anayasası'ndan oldukça farklıdır.

1982 Anayasası, kendisini oluşturan koşulların etkisiyle, birey/ devlet dengesinde ağırlığı devlete vermiş ve hakların sınırlanması açısından kanun koyucuya önemli yetkiler tanımış¹⁵⁵ olmasına rağmen mülkiyet hakkı, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” arasında değil, “kişinin hakları ve ödevleri” arasında düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinin gerekçesi de, 1961 Anayasası'nın 36. maddesinin gerekçesinden oldukça farklı şekilde, liberal çizgiden unsurlar taşımaktadır. 1961 Anayasası'nda “mülkiyet hakkının artık Roma hukukunda olduğu gibi sınırsız bir hak olmadığı” vurgulanmışken,¹⁵⁶ 1982 Anayasası'nda mülkiyetin “devletten önce de” mevcut olduğu belirtilerek hakkın kendisine, sınırlamadan daha öncelikli bir yer verilmiştir.

Öncelikle 35. maddenin ilk fıkrasında herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu belirtilerek özel mülkiyet esas olarak kabul edilmiştir. Buna mülkiyet hakkının kişinin hak ve ödevleri arasında düzenlenmesi de eklenirse bu yaklaşımın devlet sistemi açısından bir tercih olarak da görülmesi mümkündür ve bu tercihin

¹⁵⁵ Aliefendioğlu, Y., (2002) "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, Sayı: 19, s. 143.

¹⁵⁶ 36. maddenin gerekçesi şu şekildedir "Artık mülkiyet hakkı Roma Hukukundaki anlamda, ferdi toplum menfaatini dahi hesaba katmaksızın istediği gibi kullanabileceği bir hak, hudutsuz bir hak, hudutsuz bir hürriyet niteliği taşımamaktadır. Batı medeniyetinin öncüleri olan ve kolektif iktisat temayüllerinden çok uzak bulunan memleketlerde ve hatta eski hukukumuzda dahi mülkiyet anlayışı mülkiyetin aynı zamanla sosyal karaktere sahip bir hak olduğu yolundadır."

çağdaş demokrasi yönünde olduğuna da kuşku yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında¹⁵⁷ vurgulandığı üzere demokratik hukuk devletinde özel mülkiyetin tanınması ve korunup garanti altına alınması zorunludur.

Ancak Anayasa, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini ve toplum yararına aykırı olarak kullanılamayacağını öngördüğü için Anayasa'nın, mülkiyet hakkının sosyal yönüne de büyük önem verdiği görülmektedir.

1982 Anayasası'nın mülkiyet anlayışı (ilke olarak özel mülkiyeti esas almakla beraber) mülkiyet hakkını klasik mülkiyet anlayışında olduğu gibi mutlak ve sınırsız bir hak olarak görmemekte, mülkiyetin kişilere haklarla birlikte ödevler de yüklediği kabul edilmektedir.

Yanı sıra, 1982 Anayasası'nda sınırsız bir mülkiyet hakkının benimsendiğini söylemek de mümkün değildir. 1982 Anayasası'nın benimsediği sosyal devlet anlayışı, bireysel menfaat ile toplum yararının karşılaştığı durumlarda, toplum yararının üstün tutulmasını benimsemektedir.

Anayasa Mahkemesi de, 1982 Anayasası'nda bu hak her ne kadar klasik haklar kısmında düzenlenmişse de, mülkiyet hakkının sosyal fonksiyonuna önem vermekte ve mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği hallerde sınırlandırılabilceğini ifade etmektedir.

Bundan dolayı, mülkiyet hakkının Anayasa'da kişinin hak ve ödevleri arasında düzenlenmesinin tek sonucu olağan dönemlerde mülkiyet hakkının kanun hükmünde kararname (KHK) ile düzenlenememesi olmuştur.¹⁵⁸

1.2.3.2.Mülkiyet Hakkının Kapsamı

Anayasa'da mülkiyet hakkının içeriği ile ilgili olarak herhangi bir hüküm yer almadığı için hakkın içeriği, ilk olarak kanun koyucunun 35. maddeye uygun olarak yapacağı kanuni düzenlemelerle, sonrasında ise Anayasa Mahkemesi kararları ile doldurulmaya çalışılmıştır.

¹⁵⁷ 12.10.1976, E:1976/38, K:1976/46, *Resmi Gazete*, T/S:20.1.1977/15825.

¹⁵⁸ Anayasa'nın 91. maddesine göre sosyal ve ekonomik haklarının olağanüstü durumlar dışında da KHK ile düzenlenmesi mümkünken kişinin hak ve ödevlerinin olağanüstü durumlar dışında KHK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Bundan dolayı 1961 Anayasası döneminde olağan dönemlerde bile, mülkiyet hakkının KHK ile düzenlenmesi mümkünken 1982 Anayasası döneminde olağanüstü haller dışında, mülkiyet hakkının KHK ile düzenlenmesi mümkün değildir.

Anayasa, mülkiyet hakkının kapsamının belirlenmesini kanun koyucunun takdirine bırakmıştır. Ancak kanun koyucu, mülkiyet hakkının kapsamını tayin ederken Anayasa'da yer alan hükümlere uygun davranmak zorundadır. Örneğin Anayasa'nın 35. maddesi, özel mülkiyeti kabul ettiğine göre kanun koyucunun özel mülkiyeti tamamen ortadan kaldıracak düzenlemeler yapması mümkün değildir.

Mülkiyet hakkının kapsamını; mülkiyet konusu nesnenin özelliklerine, müdahalenin kimden geldiğine, malike ve malike sağladığı haklar ile yüklediği ödevlere göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

1.2.3.2.1. Malike Sağladığı Haklar

Daha önce de ifade edildiği üzere mülkiyet hakkı kişiye hem haklar, hem de ödevler yüklemektedir. Ancak mülkiyet hakkı, dinamik bir unsur olarak, toplumun yapısından önemli ölçüde etkilendiği ve devletten, devlete ya da aynı toplumda farklı dönemlerde büyük farklılıklar gösterebildiği için hakkın, malike tanıdığı hakları ya da ödevleri tek tek saymaya imkan olmadığı düşüncesindeyiz.

Ayrıca peşinen vurgulamak gerekir ki Anayasa'nın benimsediği mülkiyet anlayışında özel mülkiyet kural, hakkın sınırlandırılması ve malike ödevler yüklemesi istisnadır. Bu nedenle hakkın malike sağladığı yetkilerin geniş, sınırlandırmaların ve ödevlerin ise dar ve katı şekilde yorumlanması gerekmektedir.

İkinci olarak hakkın, malike yüklediği ödevler; hakkın kendisine yabancı, dışsal bir unsur değil, yetkiler gibi bizzat hakkın içinde olan ve hakkın kapsamını oluşturan unsurlardır.¹⁵⁹

Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının malike tanıdığı haklar konusunda Roma hukukunun kabul ettiği yaklaşımı benimseyerek mülkiyet hakkının, kişiye mülkü üzerinde kullanma, ondan yararlanma ve onun hakkında tasarrufta bulunma imkanı verdiğini ifade etmektedir. Her ne kadar Mahkeme'nin bu yaklaşımı, mülk kavramının eşya hukuku anlamında değerlendirildiği izlenimi doğursa¹⁶⁰ da hakkın

¹⁵⁹ Eren F. (1974), "Mülkiyet Kavramı", A. Recai Seçkin'e Armağan, AÜHF, Yayınları No:351, 1974. s. 783.

¹⁶⁰ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesi malikin haklarını şu şekilde düzenlemektedir: "Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi

kapsamını belirlemesi bakımından önemli bir saptamadır.

Ancak, mülk olarak kabul edilecek unsurların sadece maddi varlığı olan nesnelere sınırlı olmadığı, fikri mülkiyet hakları gibi maddi varlığı olmayan unsurların da mülk olarak değerlendirildiği dikkate alındığında, mülkiyet hakkının kapsamını eşya hukuku anlamında değerlendirmek de hakkın niteliğini kısıtlamak anlamına gelebilecektir.

Bundan dolayı, mülkiyet hakkının kapsamının ve malike tanıdığı yetkilerin sadece eşya hukuku anlamında ele alınmaması ve hakkı oluşturan unsurun tabii bulunduğu mevzuatın da dikkate alınması gerekir. Örneğin taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki haklar, Medeni Kanun'a tabidir. Eser sahibinin fikri mülkiyet konusu eser üzerindeki hakları, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na,¹⁶¹ alacaklının alacak üzerindeki hakları ise, Borçlar Kanunu'na tabidir.

Bu bağlamda aslında mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkiler konusunda Roma hukukundan gelen ve Anayasa Mahkemesi'nce de benimsenen sınıflandırma çok anlamlı durmamaktadır.¹⁶² Üstelik daha önce de belirtildiği üzere mülkiyet hakkı, dinamik bir unsurdur, içinde bulunduğu toplumun koşullarından etkilenir. Bundan dolayı mülkiyet hakkının kapsamını, hakkı oluşturan unsurun niteliğine göre tespit etmek daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

Ancak kapsamını oluşturan unsurun malike sağladığı hakları; malikin bazı eylemleri yapmasını sağlayan haklar (mülkiyetin müspet yönü) ve malikin, üçüncü kişilerin müdahalesini önlemesine izin veren haklar (mülkiyetin menfi yönü) olmak üzere iki kapsamda değerlendirilmektedir.

Mülkiyet hakkının müspet yönü, malike mülkü üzerinde çeşitli şekillerde (kullanma, yararlanma, tüketme, ayırma, birleştirme, işleme) hakkı verir. Fakat bu yetkileri tek tek saymak da mümkün değildir. Mülkü yok etme yetkisinin de mülkiyet hakkının müspet yönüne dahil olup olmadığı tartışmalı olsa ¹⁶³ da Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkının kişiye mülkünü yok etme hakkı verdiği

kullanma, yararlanma ve tasarrufla bulunma yetkisine sahiptir.

Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir."

¹⁶¹ Kanun'un 13-17. maddeleri eser sahibinin haklarını düzenlemektedir.

¹⁶² Eren, F., (1977) "Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medeni Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam", *Medeni Kanunun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara, 1977 s. 188.

¹⁶³ Eren, F., (1977) *a. g. e.*, s. 189.

görüştüğüdür.¹⁶⁴

Mülkiyetin menfi yönü ise malikin, üçüncü kişilerin mülküne haksız müdahaleleri karşısında korunmasını ifade etmektedir. Bu kapsamda malik başkalarının mülküne yaptığı haksız müdahaleleri önleyebileceği gibi; müdahalenin önlenmesi, yıkım, istirdat gibi çeşitli davaları açma hakkına da sahiptir.

Klasik mülkiyet anlayışının aksine sosyal mülkiyet anlayışında mülkiyet hakkının malike sağladığı yetkiler bulunduğu gibi, malike yüklediği ödevler de söz konusudur. Anayasa'nın benimsediği bu husus, Anayasa'nın çeşitli maddelerinden kaynaklanmaktadır.

Öncelikle bu husus, Anayasa'nın 2. maddesinde sözü edilen sosyal hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olarak görülebilir. Her ne kadar Anayasa'da mülkiyet hakkı, kişinin hakları ve ödevleri bölümünde düzenlenmiş ise de mülkiyet hakkının sosyal yönü de ihmal edilmiş değildir.

Ayrıca Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı vurgulanmıştır. Bundan dolayı malik, sahip olduğu şeyi kamu ve toplum yararına aykırı kullanmamakla ve özellikle yasaların koyduğu sınırlamalara uymakla yükümlüdür.

Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkını; bir kimsenin, *başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak*koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme hatta yok etme) şeklinde tanımlamaktadır.¹⁶⁵ Bu tanım da malike sadece haklar değil, aynı zamanda bazı ödevler de yüklemektedir.

Bunun yanı sıra Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*" hükmünü içeren 12. maddesi temel hak ve özgürlüklerin; kişiye haklar kadar sorumluluk ve ödevler de yüklediğini göstermektedir. Madde gerekçesine bakıldığında kişilerin

¹⁶⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve E:1988/ 34, K:1989/26 sayılı kararı, *Resmi Gazete T/S:* 05.12.1989/20363.

¹⁶⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve E:1988/ 34, K:1989/26 sayılı kararı, *Resmi Gazete T/S:* 05.12.1989/20363.

sahip oldukları hak ve özgürlükleri kullanırken 12. maddede yer alan ödev ve sorumlulukları da dikkate almak durumunda oldukları anlaşılmaktadır.¹⁶⁶

Anayasa'nın 14. maddesinde de temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması yasaklanmaktadır. Buna göre temel hak ve özgürlükler devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Bu sınırlamalar nedeniyle malik, mülkünü hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde ve kendisine yüklediği ödevler çerçevesinde kullanmak zorundadır. Hukuk düzeninin malike yüklediği ödevleri yapma, yapmama ve katlanma olmak üzere üçe ayırmak mümkündür.

Yapma yükümlülükleri maliki belli bir fiile zorlayan yükümlülüklerdir. Örneğin Medeni Kanun'un 749. ve 750. maddelerine göre taşınmaz malikleri komşuluk hukukundan doğan yetkilerin kullanılması ve taşınmazların etrafının sınırlıklarla çevrilmesi için gerekli işlere ve bunların giderlerine, kendi yararlanması oranında katılmakla yükümlüdür. Bunun yanı sıra vergi ödeme, yapı yapmak için inşaat ruhsatı alma, yapıyı kullanabilmek için yapı kullanma izni alma gibi yükümlülükler de yapma yükümlülükleri niteliğindedir.

Yapmama yükümlülükleri başta Medeni Kanun olmak üzere pek çok kanunda düzenlenmiştir. Örneğin Medeni Kanun'un 737. maddesine göre herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür.

Katlanma yükümlülüğü ise malike yapma ya da yapmama şeklinde bir görev yüklememekte, sadece diğer maliklerin yaptıkları bazı eylemlere malikin katlanmasını zorunlu tutmaktadır. Örneğin Medeni Kanun'un 742. maddesi taşınmaz malikini, üst taraftaki araziden kendi arazisine doğal olarak akan suların ve özellikle yağmur, kar ve tutulmamış kaynak sularının akışına katlanmakla yükümlü kılmaktadır. Malikin mülkiyet hakkını kısıtlayan ve ona katlanma yükümlülüğü doğuran önemli bir kural da zorunlu geçit ve zorunlu mecra hakkı konusundadır.

¹⁶⁶ Aliefendioğlu, Y., (2002) "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 148.

1.2.3.2.2. Müdahalenin Kimden Geldiğine Göre Mülkiyet Hakkı

35. madde ile mülkiyet hakkına getirilen koruma sadece devletin müdahalelerini değil, günümüzün modern ve karmaşık sosyal hayatının getirdiği diğer sosyal güçlerin (baskı ve menfaat gruplarının, dernek ve şirketlerin) ve üçüncü kişilerin müdahalelerini de kapsamaktadır.¹⁶⁷ Bir başka ifadeyle, mülkiyet hakkına kamu idareleri dışındaki kişilerce yapılan müdahaleler de 35. madde kapsamında korunur.

Üstelik devlet üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı mülkiyet hakkını korumakla yükümlüdür. Bu anlamda devlet, bir taraftan kendi organları vasıtasıyla özel mülkiyete haksız müdahalede bulunmamakla, diğer taraftan da üçüncü kişilerin haksız müdahalelerini önlemekle yükümlüdür.¹⁶⁸

Mevzuatımızda yer alan pek çok hüküm; devlete, mülkiyet hakkına üçüncü kişiler tarafından yapılan müdahaleleri önleme veya sonlandırma görevi yüklemektedir. Örneğin taşınmazı haksız olarak işgal edilen kişinin tecavüzün önlenmesi için 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında mülki amire başvurması durumunda taşınmazın başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içerisinde gerçek zilyede teslim edilmesi gerekmektedir.

1.2.3.2.3. Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması

Mülkiyet hakkının olağan dönemlerde sınırlandırılması açısından genel hüküm olan 35. madde, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceğini öngörmektedir. Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesi ise, mülkiyet hakkı için de uygulanır.

Bunun yanı sıra 1982 Anayasası'nda mülkiyet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran pek çok hüküm bulunmaktadır. Bu hükümlere örnek olarak kıyıların devlet hüküm ve tasarrufunda olduğunu belirten 43. madde, topraksız köylülere toprak dağıtımı için büyük toprak mülkiyetine sınırlama getiren 44. madde, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde özel mülkiyette bulunan taşınmazların kamulaştırılmasını düzenleyen 46. madde, devletleştirme işlemlerini düzenleyen 47. madde, kültür ve tabiat varlıklarındaki özel mülkiyete sınır konulabilmesine

¹⁶⁷ Eren, F., (1977) "Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanununun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam", *Medeni Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara, 1977 s. 184.

¹⁶⁸ Eren, F., (1977) *a. g. e.*, s. 184.

imkantanıyan 63. madde, tabi servet ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu düzenleyen 168. madde, ormanların gözetiminin devlete ait olmasını ve devlet ormanlarının mülkiyetinin devredilememesini düzenleyen 169. madde verilebilir.

Bundan dolayı olağan dönemlerde mülkiyet hakkının sınırlandırma amaçları ve sınırlandırmada bulunması gereken şartlar açısından 13 ve 35. maddeler ile mülkiyet hakkına dolaylı olarak sınırlandırma getiren maddelerin uygulanması gerekmektedir.

1.2.3.2.3.1.Hakkın Özüne Dokunmama

1961 Anayasası'nda bulunmasına¹⁶⁹ rağmen 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin ilk halinde yer almayan "*hakkın özüne dokunmama*" ilkesi 4709 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle Anayasamıza tekrar girmiştir. 1961 Anayasası'nda yer alan "*hakkın özü*" ifadesine 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin ilk halinde yer verilmemesine ilişkin gerekçeler ne kadar haklı ise "*hakkın özü*" kavramının 13. maddeye dahil edilmesi de o ölçüde talihsizlik olmuştur.¹⁷⁰

Çünkü demokratik toplumun gerekleri kriteri "*hakkın özü*" kriterine göre daha kullanışlıdır. (Bu durum yukarıda açıklanmıştı.) Ayrıca madem ki 4709 sayılı Kanun'la 13. maddede yapılan değişikliğin amacı "*Anayasanın 13. maddesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlemektir*".⁷⁹ Sözleşme'de yer almayan bir kriterin madde metnine dahil edilmesi anlamsız kalmaktadır.

Hakkın özü kavramı, bir hakkın birbirinden farklı iki unsuru (çekirdek ve çevre) bulunduğu varsayımına dayanmaktadır. Buna göre hakkın temelini oluşturan ve dokunulmaz kabul edilen çekirdek,¹⁷¹ bazı durumlarda sınırlandırılabilen bir çevre ile

¹⁶⁹ Temsilciler Meclisi, Anayasa Komisyonu'nun 09.03.1961 tarihli raporunda da ifade edildiği üzere 1961 Anayasası'nın 11/2. maddesinde yer alan hakkın özüne dokunma yasağı, Batı Almanya (Bonn) Anayasası'nın 19. maddesinin "Hiç bir halde bir temel hakkın özüne dokunulamaz" hükmünü ihtiva eden 2. fıkrasından alınmıştır. Konu ile ilgili olarak bkz. Yüce, T. T., (1974) "Temel Hakların Özünü Kavramı ve Sınırlanması Problemi", *A. Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 351, Ankara 1974.

¹⁷⁰ Aynı yönde Gözler, K., (2001) "Anayasa Değişikliklerinin Temel hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasa'nın 13. Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)" *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 4, s. 58.

¹⁷¹ 1961 Anayasası'nın 11. maddesiyle ilgili olarak Temsilcileri Meclisi, Anayasa Komisyonu'nca hazırlanan 09.02.1961 tarihli raporda bu çekirdek kısım için "cevher ifadesi kullanılmaktadır. Örneğin "Öteden beri hakların sınırlanması meselesinde karşılaşılan tehlike bu tehditlerin çok ileri gitmesi neticesinde *cevherinin* imha edilmesidir." Benzer şekilde "Eğer sınırlama, bir temel hak veya hürriyet veya dokunulmazlığın *cevherini* tahrip ediyorsa, Anayasa'ya aykırılığı dolayısıyla hükümsüz sayılacaktır."

sarılmıştır.¹⁷² Bu dokunulamayan çekirdek kısma hakkın özü denilmektedir. Bir başka tanımla, bir hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu özgürlüğü anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir.¹⁷³

Bu kapsamda hakkın özüne dokunmama ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin çekirdek kısmına hiçbir şekilde dokunulmaması anlamına gelmektedir.¹⁷⁴ İşte bu kapsamda, hakkın çevresel unsurlarının kimi durumlarda sınırlandırmak mümkün iken, çekirdeğe hiçbir şekilde dokunulamaz. Bu dokunmama sadece sınırlamalar için değil, ödevler için de geçerlidir. Hakkın özü kavramı, hak sahibine, ödevlerden arınmış, sınırsız bir yetki alanının tanınmış olduğu için ödev ve sınırlama, hakkın özüne kadardır; hakkın özünde ödev ve sınır yoktur.¹⁷⁵

Ancak burada doğal olarak, bir hakkın ne zaman ortadan kalkmış ya da kullanılamaz hale gelmiş, daha açıkçası ne zaman hakkın özüne dokunulmuş sayılacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Çünkü 1961 Anayasası'nın hazırlık çalışmaları aşamasında Anayasa Komisyonu tarafından da belirtildiği üzere hakkın özü kavramı, her bir hak açısından farklıdır.¹⁷⁶ Bundan dolayı, sınırlamaların hakkın özüne dokunup dokunmadığı hususu, tamamen Anayasa Mahkemesi kararları ile belirlenmektedir.¹⁷⁷

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarında bir hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hale getiren ya da tamamen ortadan kaldıran sınırlamaların hakkın özüne dokunduğuna karar vermiştir.¹⁷⁸

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın ilk dönemlerinde verdiği kararlarında sadece bir hakkı kullanılamaz hale getiren ya da ortadan kaldıran sınırlamaları hakkın özüne dokunur kabul etmiş, buna karşılık hakkın kullanılmasını ciddi surette güçleştirici sınırlamaları öze dokunur kabul etmemiş ise de sonradan bu görüşünden vazgeçmiştir. Bugün için hakkın kullanılmasını önemli ölçüde zorlaş-

¹⁷² Güvenç, İ., (2008) "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı", Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, s. 110.

¹⁷³ Fendoğlu, H. T., (2002) "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. M. 13", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2002, sayı: 19, s. 131.

¹⁷⁴ Arslan, Z., (2002) "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 19, s. 143.

¹⁷⁵ Eren, F., (1977) "Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam", *Medenî Kanununun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408 Ankara, 1977 s. 197.

¹⁷⁶ Arslan, Z., (2002) a. g. m., s. 143.

¹⁷⁷ Arslan, Z., (2002) a. g. m., s. 144.

¹⁷⁸ Anayasa Mahkemesi'nin E: 1962/208, K:1963/ 1 sayılı kararı, *Resmî Gazete T/S: 13.03.1963/11354*.

tır, bir hakkı kullanılamaz hale getiren ya da ortadan kaldıran sınırlamalar, Anayasa Mahkemesi tarafından hakkın özüne dokunur kabul edilmiştir.¹⁷⁹

1.2.3.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında

Mülkiyet Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlanması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında mülkiyet hakkı Sözleşme'ye Ek 1 No.'lu Protokol ile düzenlenmiştir. Protokol'ün "*Mülkiyetin Korunması*" başlıklı 1. maddesi şu şekildedir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yastada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hanel getirmez."

Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi, mülkiyet hakkına sadece devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yapılan müdahaleleri korumaktadır. Özel hukuk kişileri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar mülkiyet hakkı kapsamında değildir. AİHM, özel hukuk kişileri arasında çıkan uyuşmazlık sonucu açılan Gustafsson/İsveç davasında; mülkiyet hakkına kamu otoriteleri tarafından yapılmış herhangi bir müdahale olmadığı durumlarda devletin serbest piyasa şartları altında özel kişilerin davranışlarına müdahale etmemesinden doğan yan etkilerin Ek 1. Protokol'ün 1. maddesi çerçevesinde mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

¹⁷⁹ Arslan, Z., (2002) "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 19, s. 144.

1.3. Haksız Fiil Sorumluluğu

1.3.1. TBK'da Genel Olarak Haksız Fiil Sorumluluğu

1.3.1.1. Kusur Sorumluluğu

Türk Borçlar Kanunu, birinci bölümün ikinci ayırımında “*Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri*” başlığı altında, BK m. 41’de olduğu gibi, sorumluluk hukukunun genel ilkesi olan kusur sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme getirmiştir (TBK m. 49). Bu düzenlemeye göre, “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*”. Madde hükmü, kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışla bir başkasına zarar veren kişinin bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Burada kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olarak kabul edildiği için bu tür sorumluluk “*kusur sorumluluğu*” olarak adlandırılmaktadır¹⁸⁰.

Görüldüğü üzere TBK, kusur sorumluluğunu genel kural olarak düzenlemiştir. Ancak günümüzde sanayi ve teknoloji alanında yaşanan gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni sorumluluk alanları, gittikçe artan bir şekilde kusursuz sorumluluk hallerinin özellikle de tehlike sorumluluğunun dikkate alınmasını gerektirmektedir¹⁸¹.

1.3.1.2. Özen Sorumluluğu

Objektif özen gösterme yükümlülüğünün ihlaline dayanan sorumluluk halleri, TBK m. 66-70 arasında düzenlenmiştir. Olağan sebep sorumluluğu olarak da ifade edilen bu sorumluluk türünde, sorumlu kimseye, hâkimiyeti altında olan kişi ya da kişilerin veya belirli bir şeyin zarara sebep olmaması için gerekli dikkat ve özeni gösterme mükellefiyeti yüklenmiştir. Objektif nitelikteki bu özen gösterme yükümlülüğünün ihlal edilmesi, bir başka ifadeyle denetim ve gözetim mükellefiyetinin yerine getirilmemesi halinde kanun tarafından sorumlu olması öngörülen kişi, bu ihlal dolayısıyla meydana gelen zararı gidermekle yükümlü kılınmıştır¹⁸².

TBK 7. madde dahilindeki sorumluluk alanı da, kanun çizdiği koruma çerçevesinin dışında kalan alanlar bakımından genel hükümler çerçevesinde ele

¹⁸⁰ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 493.

¹⁸¹ Nitekim bu hususu öngören TBK, tehlike sorumluluğuna ilişkin olarak m. 71 ’de genel bir düzenleme yapmıştır.

¹⁸² EREN, age., s. 617; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2012, s. 8, 9.

alınacağı üzere bu alan dahilinde değerlendirilmesi gereken bir konudur.

1.3.1.3. TBK 7. Madde Bakımından Haksız Fiil Sorumluluğu

Düzenlemenin mevcut haliyle, kendisine bir şey gönderilen kişinin haksız fiil sorumluluğunun olmadığını kabul etmek gerekecektir. Nitekim kanunda geçen "....saklamakla yükümlü değildir." ibaresini, kişiye, söz konusu şeyi kullanması, yok etmesi, tüketmesi ihtimallerine dair çizilen bir sorumsuzluk alanı olarak değerlendirmek yerinde olacaktır¹⁸³. Buna dayanak olarak, yine düzenlemenin, ısmarlanmamış şeyin gönderilmesi ile ortaya çıkan haksız bir pazarlama tekniği genelinde, özelde muhatabın eline geçen şeyi kullanmasını kabul beyanı sayan davranışına ilişkin sonucu bertaraf etmek, ve kendisini külfet altına girmekten korumak olduğunu ifade edebiliriz. Bu bakımdan, TBK 7. madde dahilinde kendisine bir şey gönderilen kişinin, saklamak zorunda olmayışı karşısında, malı kullanmak, tüketmek veya yok etmek durumunda haksız fiil sorumluluğundan bahsetmek yerinde olmayacaktır.

Ancak söz konusu eşyanın yanlışlıkla gönderilmesi ve bu durumun alıcı tarafından bilinmesi durumunda, haksız fiil sorumluluğunun var olduğunu, böylesi bir durum için, dürüstlük kuralı doğrultusunda, malı saklamak ve göndericiye bilgi vermek yükümlülüğünün mevcut olduğunu kabul etmek gerekmektedir¹⁸⁴.

Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bir takım senaryolar dahilinde farklı sonuçlar elde etmek mümkündür. Gönderenin malik olmadığı bir durumda, TBK 7. madde bakımından uygulamaya ilişkin olarak, kendisine mal gönderilen kimse tarafından durumun bilinip bilinmemesi ayrımını yaparak sorumluluk alanının tespit edileceği ifade edilmiştir¹⁸⁵.

Bu görüşe göre, kendisine mal gönderilen kimse, söz konusu şeyin üçüncü bir kişiye ait olduğunu biliyorsa, dürüstlük kuralı gereği bir sorumluluk alanının oluşacağı kabulü üzerine, bu kimsenin artık malike karşı haksız fiillerinden sorumlu

¹⁸³ ŞEKER, a.g.e., s. 75.

¹⁸⁴ ŞEKER, a.g.e., s. 77

¹⁸⁵ Inceoğlu, a.g.e., s. 1016.

olacağı ifade edilmiştir¹⁸⁶. Bu doğrultuda kişinin, malı saklamak ve bildirimde bulunmak yükümlüğü altında olduğunu söylemek gerekli olacaktır.

Malın üçüncü kişiye ait olduğunu bilmeyen kimse bakımından TBK 7. madde dahilinde çizilen sorumsuzluk alanı esas alınması gerekecektir.

Fikrimizce bu görüşe genel olarak katılmakla beraber, gönderenin malik olmadığı, ancak malikin rızası dahilinde hareket ettiği bir kurguda, alıcının haksız fiil sorumluluğundan bahsetmenin mümkün olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Kendisine mal gönderilen kimsenin, malın üçüncü kişiye ait olduğunu bildiği halde haksız fiil sorumluluğuna sebep olacak bir davranışta bulunması, tek başına haksız fiil sorumluluğuna sebep olmamalıdır. Nitekim gerek kaynak İsviçre hukukunda mevcut olan, gerekse düzenlemenin meclis genel kurula gelen tasarı metninden çıkarılmış olan ikinci fıkrada, yanlışlıkla gönderinin "açıkça" bilinir olması bir gereklilik olarak zikredilmiştir. O halde bahsedilen kurguda, kendisine mal gönderilen kimsenin haksız fiil sorumluluğunu, malın üçüncü kişiye ait olduğunu bilmekle beraber, malikin iradesi dışında gönderilmiş olabileceği yönünde bir sonuca varmasını gerektirecek bir durumun varlığına bağlamak yerinde olacaktır¹⁸⁷.

Böylesi bir durumda malik açısından haklı bir sebep bulunuyorsa, zararını gönderenden talep etmesi, TBK 7. maddenin düzenlenme amacına daha uygun düşecektir. Aksi halde, kendisine mal gönderilen kimse bakımından, tek başına, malikin üçüncü bir kişi olduğunun bilinmesi şartına bağlanmış haksız fiil sorumluluğu, kanunun koruma alanını ciddi manada daraltmış olacak, ve yine kanunun arkasından dolanmak için uygun bir zemin hazırlayacaktır.

Dolayısıyla, gönderenin malik olmadığı durumda, alıcı bakımından haksız fiil sorumluluğu, yine malın gönderildiği kimse bakımından mülkiyetin üçüncü bir

¹⁸⁶ Yazarın kanunun uygulanmasına engel olabilecek türden bu yaklaşımına katılmıyoruz. Nitekim yazarın katıldığımız bir başka görüşüne göre, bir malın yanlışlıkla gönderildiğinin sonradan anlaşılması durumunda dürüstlük kuralından kaynaklanacak sorumluluğun kabul edilmesi kanunun uygulanmasına engel olmak imkanına sahiptir, a.g.e., s. 1022. Bu görüşe göre başlangıçta bilerek malı gönderecek kişi, istediği sonucu elde edemeyince malı yanlışlıkla gönderdiğini idda edebilecektir. Dolayısıyla gönderenin malik olup olmaması üzerinden geliştirilecek bir yaklaşım yasanın uygulanmasının önüne geçebilme imkanını doğurabilecektir.

¹⁸⁷ Malın başkasına ait olduğunun bilinmesinin tek başına dürüstlük kuralı gereği sorumluluk doğuracağını kabul etmek, uygulamada sıkıntılara yol açabilecektir. Kanunun arkasından dolanmak isteyenler için, böylesi bir yaklaşım oldukça elverişli sonuçlar doğuracaktır.

kişide olduğunun bilinmesinin yanı sıra, gönderme eyleminin malikin rızası dışında gerçekleştiği yönünde düşünmeyi gerektirecek bir durumun varlığı sonucunda söz konusu olmalıdır.

Bir başka husus ise, haksız fiil sorumluluğunun, malın gönderildiği kişi dışında, üçüncü kişiler bakımından söz konusu olabileceği yönündedir. Düzenlemenin, gönderen bakımından kendisine mal gönderilen kimseye karşı haksız fiil talebinde bulunmasının önüne geçtiği ortadadır.

Ancak söz konusu haksız fiil talebinin, gönderi yapılan kişi dışında, üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinde bir engel bulunmadığını söylemek mümkündür. Kanunun sorumsuzluk alanı, kendisine mal gönderilen kimse için söz konusudur. Oysa bunun dışında kimselerce gönderme eylemine konu şeye zarar verilmesi mümkündür.

Üçüncü bir kişi tarafından, söz konusu mala zarar verilmesi durumunda, haksız fiil sorumluluğu temelinde, zilyet tarafından tazminat talebinde bulunulamayacağı kabul edilmelidir. Nitekim bu kimse bakımından, zarar verilen malın maliki olmadığı gerekçesiyle, mal varlığında meydana gelmiş bir zarardan da söz etme imkanı yoktur. Oysa haksız fiilden kaynaklanacak tazminat talebini ancak mal varlığında eksilme meydana gelen kişi ileri sürebilecektir¹⁸⁸. Ancak mevzu bahis üçüncü kişiye karşı, malik tarafında yöneltilecek haksız fiilden kaynaklı tazminat talebinin var olduğunu kabul etmek gerekecektir. Düzenlemenin amacı, ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi hususunda taraflar arasında malın gönderildiği kimse bakımından ortaya çıkacak tehlikeyi bertaraf etmektir. Bu bakımdan kendisine mal gönderilen kişi için çizilen sorumsuzluk alanının, üçüncü kişileri de kapsamı altına alacağını söylemek kanunun amacını aşan bir yaklaşım olacaktır. Dolayısıyla, üçüncü kişiler için TBK 7. madde dahilinde bir ilişki bakımından haksız fiil sorumluluğunun mevcudiyeti söz konusudur.

Üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek haksız fiil sorumluluğunun yanı sıra, doktrinde bu konuda bir sınırlama olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁹. Bu doğrultuda, malın gönderildiği kişi bakımından kanunun çizdiği sorumsuzluk alanı nedeniyle bu

¹⁸⁸ Gürsoy, a.g.e. s. 149-150.

¹⁸⁹ Inceoğlu, a.g.e., 1017-1018.

kimseye karşı yöneltilemeyen haksız fiil sorumluluğu, aynı şekilde malın gönderildiği "kimse ile aynı derecede mala yakın olan kimselere karşı da yöneltilememesi gerekecektir. Nitekim kanun ile çizilen sorumsuzluk alanı, bu kimsenin hayatını paylaştığı kimseler bakımından da, örneğin ev ahalisi bakımından da söz konusu olacaktır.

Yine kanunun amacı bakımından, taraflar arasında tesis ettiği statü ve bertaraf etmeyi amaçladığı tehlike dolayısıyla, bu görüşe katılmak gerekecektir.

İsmlenmemiş şeyin gönderilmesinin ardından, söz konusu şeyin elden çıkartılması durumunda gönderen ve malın yeni zilyedi arasındaki ilişki de ayrıca üzerinde durulması gereken bir konu olarak karşımızdadır. Böylesi bir durumda gönderen bakımından ileri sürülebilecek taleplerin TBK 7. madde dahilinde nasıl karşılık bulacağı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Düzenleme dahilinde, öncelikle ismlenmemiş şeyin elden çıkarılmasının hukuki sonucu tespit edilmelidir. Bu noktada, kendisine ismlenmediği şey gönderilen kişi açısından, söz konusu şeye ilişkin malik sıfatını kazanacağını söylemenin imkansızlığını bir kez daha vurgulamak gerekmektedir.

Nitekim Türk hukukunda, Birleşik Krallık hukukunda olduğu gibi ismlenmemiş şeyin gönderilmesi ile birlikte mülkiyete ilişkin bir devir söz konusu değildir. Benzer şekilde, Alman hukukunda çok açık bir şekilde ifade edilen, tüketiciye karşı yöneltilecek herhangi bir talebin önüne geçen yaklaşım da hukukumuzda mevcut bulunmamaktadır. Bazı Avrupa Birliği ülkelerinde ismlenmemiş şeyin gönderilmesi "karşılıksız bir hediye" olarak ele alınmış olsa da, bu yaklaşımın genele yayılmış bir yöntem olmadığını kabul etmek gerekecektir¹⁹⁰. Ayrıca bu yaklaşıma sebep olan kurala ilişkin düzenlemelerde uygulama alanı, söz konusu ilişkinin bir tarafın işletme diğer tarafın tüketici olması

¹⁹⁰ Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, Principles Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich: Sellier, European Law Publishers, 2009, 4133

durumunda ortaya çıkmaktadır¹⁹¹. Türk hukukunda ise mevzu bahis ilişki, taraflar açısından bir sınırlama olmaksızın ve mülkiyete ilişkin bir hüküm doğuracak sonucu çıkartmaya elverişli olmayan bir şekilde düzenlenmiştir.

Dolayısıyla TBK 7. madde dahilinde ele alınan bir ilişki çerçevesinde, kendisine ısmarlanmamış bir şey gönderilen kişinin yine aynı düzenleme ile bir takım haklara sahip olduğunu kabul etmekle beraber, bu kişinin mülkiyeti ele geçirdiğini söylemek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, kendisine gönderi yapılan kişinin, elinde bulundurduğu şey hakkında sadece TBK 7. madde dahilinde tanınmış haklar nispetinde faydalanması söz konusu olacaktır.

O halde, TBK 7. madde dahilinde kendisine mal gönderilen kişinin malik olmaması nedeniyle, malın elden çıkartılması durumunda, yetkisiz tasarruf işlemi söz konusu olacaktır. Bu noktada üçüncü kişinin mülkiyeti elde edebilmesi, bir takım koşullara bağlanmış durumdadır.

Üçüncü kişinin, mülkiyeti iktisap edebilmesi, söz konusu durum için iyi niyetli olması koşulu ile mümkündür. Nitekim o anda malı elinde bulunduran kişi malik olmamakla beraber, emin sıfatıyla ziyettir ve bundan ötürü bu kişinin tasarruf yetkisi bulunmasa da, üçüncü kişinin iyi niyeti korunacaktır. Böylesi bir durumda, bu kimsenin malik sıfatını kazanacağı kabul edilmelidir¹⁹².

Üçüncü kişinin iyi niyetli olmadığı bir senaryo için, TBK 7. madde ile düzenlenen, ısmarlanmamış şeyi gönderen ve kendisine gönderi yapılan kişiler arasında geçerli statü, bu kimse açısından uygulama alanı bulmayacaktır. Bu bakımdan üçüncü kişinin mülkiyete dair bir iktisabının mümkün olmamasının yanı sıra, TBK 7. maddeye dayanan sorumsuzluk alanı da üçüncü kişi açısından uygulama alanı bulmayacaktır.

Dolayısıyla ısmarlanmamış şeyi gönderen tarafından üçüncü kişiye karşı haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanan tazminat talebi yöneltilebilecektir.

¹⁹¹ a.g.e.

¹⁹² Nitekim taşınır bakımından, yetkisiz tasarrufa bağlı işlemlerde üçüncü kişinin mülkiyeti kazanması iyi niyet koşuluna bağlanmıştır.

1.4. Sebepsiz Zenginleşme

İsmarlanmamış malın gönderildiği kimse bakımından, gönderilen şeyin kullanılması, tüketilmesi veya yok edilmesi sonucunda bir sebepsiz zenginleşme talebinde bulunulması mümkün değildir¹⁹³. Kanunda ifade edildiği üzere kendisine mal gönderilen kişi söz konusu malı saklamakla yükümlü tutulmamıştır. Bu ifade, hiç şüphesiz kanun koyucunun bertaraf etmek istediği tehlike temelinde, malın kullanılması, tüketilmesi veya yok edilmesi durumunda, gönderi yapılan kimse bakımından bir külfetin oluşmasını engellemekle beraber, bir yönüyle de ısmarlanmamış malı gönderen kişiyi cezalandırmaya yöneliktir¹⁹⁴¹⁹⁵. Dolayısıyla ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi akabinde, kendisine gönderi yapılan kişiye yönelik bir sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülemeyecektir¹⁹⁶.

Ancak kendisine mal gönderilen kimsenin, söz konusu malı bir başkasına satması halinde sebepsiz zenginleşme konusu yeniden gündeme gelecektir¹⁹⁷.

Alman Medeni Kanununda düzenlendiği şekliyle, ısmarlanmamış bir malın gönderilmesinin ardından, gönderi yapılan kimseye karşı herhangi bir talepte bulunulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu yaklaşımı, kanun koyucunun ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesini cezalandırmaya yönelik bir tercih olarak değerlendirmek isabetli olacaktır.

TBK 7. madde ele alındığında, kendisine mal gönderilen kişinin, malın mülkiyetini iktisap etmediğinden yola çıkarak, söz konusu malı satabileceği sonucuna ulaşmak, kanunun amacını aşan bir duruma sebebiyet verecekti. Düzenleme ile kendisine gönderi yapılan kişiye dair çizilen sorumsuzluk alanı, genel itibariyle malın kullanılması, tüketilmesine ilişkindir. Dolayısıyla malın bir başkasına

¹⁹³Antaya, a.g.e., 181.

¹⁹⁴Birleşik Krallık örneğinde cezalandırma unsurunu aktif bir şekilde para cezası olarak görmekteyiz. Benzer bir örnek için bkz.

¹⁹⁵Berger, Christian, s.652; Mansel-Jauernig, § 241a, N.ljSosnitza, s.2320; Olzen- Staudinger, § 241a, N.l; Lorenz, s.198; Schwarz, s.1450.

¹⁹⁶Kocayusufpaşaoğlu sayfa 18,,N. 22; özel s. 66.

¹⁹⁷antalyaa.g.e., 181.

satılması durumunda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin devreye gireceğini kabul etmek gerekecektir.

2.Yanlışıklıkla Gönderilmiş Olmanın Sonuçları

Yanlışıklıkla gönderilmiş olmanın sonucu olarak dürüstlük kuralından kaynaklanan bir haber verme ve muhafaza etme yükümlülüğünden bahsetmek gerekecektir. Nitekim , sonradan metinden çıkarılan, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 7. maddesinin 2. fıkrası ifadesiyle,

“İsmarlanmamış bir şeyin yanışıklıkla gönderildiği açıkça anlaşılırsa, onu alan kişi, uygun bir sürede gönderene haber vermek zorundadır”.

dürüstlük kuralına ilişkin bir yükümlülük öngörülmüştür. Kaynak İsviçre Borçlar kanunu 6a maddesi 3. fıkra dahilinde yanışıklıkla gönderilmiş olmanın sonuçları, Türk hukukunda tasarıdan çıkarılan metinle özdeş olduğu görülmektedir¹⁹⁸. Meclis görüşmeleri sırasında

Böylece ilk fıkrada düzenlenen duruma bir sınırlama getirilmiş ve ısmarlanmamış şeyin yanışıklık gönderildiğinin açıkça anlaşılması halinde bir haber verme yükümlülüğü öngörülmüştür.

Ancak bu fıkra Tasarının Mecliste görüşülmesi sırasında kaldırılmıştır. Bu fıkra gerek Avrupa Birliği Yönergesinde, gerekse de Avrupa ülkelerinin iç hukuk düzenlemelerinde yer almaktadır. Söz konusu hüküm ilk fıkrayı bütünlemesinin yanı sıra hükmün koruma amacına dürüstlük kuralına uygun bir sınır getirmektedir. Bununla beraber Meclis Genel Kurulunda ikinci fıkra, "mağdur olan İnsanların korunması amacıyla, ... artık ısmarlanmamış bir malı birine gönderirken şirketlerin, kuramların daha ciddi olmaları, daha ciddi davranmayı düşünmeleri amacıyla" kaldırılmıştır.

¹⁹⁸Çınar, a.g.e., bkz. s. 133-134.; Antalya, a.g.e., 181.

Buna rağmen, aynı yükümlülüğün dürüstlük kuralından çıkartılmasının mümkün olduğunu söylemek isabetli olacaktır. Aynı zamanda Tasarının Meclis Genel Kurula giden halinin gerekçesinde de ikinci fıkra hükmünün dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün sonucu olduğu açıkça belirtilmiştir.

Yanlışlıkla gönderilen bir malın kullanılması ya da tüketilmesi halinde, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir .nitekim malın yanlışlıkla gönderilmiş olduğu açık olduğuna göre, malı gönderen kimsenin sözleşme kurmak iradesinin bulunmadığı da ortadadır.

Her ne kadar kaldırılan hükümde sadece haber verme yükümlülüğünden söz edilmişse de, işin doğası gereği saklama yükümlülüğünün, de mevcut olduğunu kabul etmek gerekir. Bu yükümlülüğün doğal bir sonucu olarak da kendisine mal gönderilen kimsenin bu malı kullanması mümkün değildir. Buna karşılık kendisine mal gönderilen kimsenin malı geri göndermek yükümlülüğünün mevcut olduğundan da söz edilemez.

Diğer taraftan, bahsedilen saklama borcu, beraberinde bir takım masrafları meydana getirmişse, bu masraflar karşı taraftan talep edilebilecektir.u borcun altında olan kimse için bir takım masrafların yapılmasını gerektirmişse,masraf oluşturuyorsa varsa saklama masrafları ile malın geri gönderilmesi halinde bu masraflara vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca malı hataen gönderen kimse katlanmak zorundadır. Nitekim Avusturya Hukuku'nda bu durum açıkça öngörülmüş durumdadır.

Kendisine mal gönderilen kimse, bildirim veya saklama yükümlülüğüne aykırı davranması halinde malı yanlışlıkla gönderen kimsenin bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır . Ancak bu kimse ancak ağır kusurundan sorumlu tutulmalıdır¹⁹⁹. Kötü niyetli zilyedin sorumluluğunu düzenleyen Türk Medeni Kanununun 995. maddesinin uygulanması işin niteliğine uygun düşmeyecektir.

Burada örtülü bir kanun boşluğu bulunduğu kabulü ve bu boşluğun alacağın temliki hükümlerine kıyasen, kendisine mal gönderilen kimsenin sadece ağır kusurundan sorumlu olması gerektiği şeklinde doldurulması isabetli gözükmektedir.

¹⁹⁹ Töre, a.g.e., s. 130.

Değerlendirilmesi gereken ikinci husus, bu kimsenin bildirim yapmasından sonra malı ne zamana kadar saklamasının gerektiğidir. Gönderenin söz konusu malı uzun süre geri almaması halinde, kendisine mal gönderilenin malı uzun süre saklamak zorunda kalması hükmün korumak istediği menfaate aykırı olacaktır.

Buna göre, kendisine mal gönderilen kimsenin malı saklama yükümlülüğü dürüstlük kuralı uyarınca uygun bir süre ile sınırlanmalıdır . Uygun sürenin belirlenmesinde malın değerinin ve gönderen kimsenin malı alması için normal şartlarda ihtiyaç duyacağı sürenin göz önüne alınması gerektiği belirtilmektedir . Uygun sürenin geçmesinden sonra birinci fıkradaki durumun ortaya çıkacağı kabul etmek gerekir. Diğer bir anlatımla kendisine mal gönderilen kimse artık malı tüketmek, kullanmak ve yok etmek yetkisine sahip olacaktır.

Son olarak, kendisine mal gönderilen kimsenin malın hataen gönderildiğini sonradan anlayabilecek duruma gelmesinin, örneğin bu durumun kendisine bizzat gönderen veya bir üçüncü kişi tarafından bildirilmesinin etkisinin ne olacağı da ele alınması gereken bir husustur. Bu konuda akla gelen ilk çözüm tarzı, malın hataen gönderildiğinin açıkça anlaşılması gereken ana kadar, malın kullanılmasının, tüketilmesinin ve yok edilmesinin mümkün olduğu, ancak bu andan itibaren malın saklanması ve malı gönderen kimseye durumun bildirilmesinin gerektiği şeklindedir.

Ancak bu çözüm tarzı kötü kullanmalara açıktır. Zira malı gönderen kimse malı başlangıçta bilerek göndermiş olsa bile, sonradan böyle bir bildirimde bulunmak suretiyle hükmün birinci fıkrasının uygulanmasına engel olmak imkanına sahip olacaktır. Bu nedenle, kanaatimizce malın hataen gönderildiğinin ilk anda açıkça anlaşılmaması halinde, bu durum sonradan anlaşılabilirse bile böyle bir bildirim ve saklama yükümlülüğünün olmadığı kabul etmek gerekir.

SONUÇ

Öncelikle ifade etmek gerekir, 818 sayılı Borçlar kanununda yer almayan bu hüküm Borçlar Kanunumuzun genel yapısından ayrılan, istisnai bir düzenleme içermektedir. Bu düzenleme ile ısmarlanmamış gönderi hususunda, ciddi bir koruma kalkını geliştirilmiş olmakla beraber, bir takım çözülmesi gereken bazı noktaları da beraberinde getirmiştir. Ancak yine de bu hükmün yeni Borçlar Kanununda yer alması oldukça önemlidir. Nitekim ortaya koyduğumuz üzere, bu gibi durumlarda kendisine mal gönderilen kimsenin korunma ihtiyacı mevcuttur. Böyle bir düzenleme Avrupa Birliği mevzuatına uyumlaştırma çalışmalarının halen devam ettiği bir dönemde ayrı bir önem taşımaktadır.

Buna karşılık bu düzenlemenin doktrinde eleştirilen yönleri de mevcuttur. Bunların başında söz konusu maddenin temel olarak tüketicileri koruması gereken bir hüküm olmasına karşın, Borçlar Kanununun genel hükümlerinde kişi bakımından bir sınırlama getirilmeksizin düzenlenmiş olması gelmektedir. Bunun yanı sıra, bazı yazarlara göre, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununda da yer alan benzer düzenleme, aynı konunun iki farklı yerde düzenlenmiş olması bakımından eleştirilecek bir noktadır. Nitekim Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 7 ifadesiyle,

"(1) 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"

konu çok benzer bir şekilde düzenlenmiştir.

Her iki benzer düzenlemenin farklı kanunlarda yer alması bu bakımından oldukça eleştirilmiştir²⁰⁰.

Bunun yanı sıra hükmün ikinci fıkrasının Meclis Genel Kurulunda kaldırılmış olması da, gerek kaynak isviçre borçlar kanunu madde 6a, gerekse üye devletlerin benzer düzenlemelerindeki yaklaşımdan uzaklaşmak olarak algılanmıştır. Her ne kadar bu hususun yorum yoluyla aşılması mümkün ise de, kanun metninde bu noktanın doğrudan yer alması gerekli bir unsurdur. Bunun yanı sıra söz konusu hükmün uygulama alanının genişletilmesinde ve Avrupa Birliği Mevzuatında olduğu gibi hizmetlerin de kapsama alınmasında fayda bulunmaktadır .

²⁰⁰Inceoğlu, a.g.e., s. 1022.

KAYNAKÇA

Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 5. Bası. Konya 2011.

Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler-6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Cilt I, İstanbul; Beta Yayınevi, 2012.

Bucher, Eugen, Basler Kommentar (Hrsg. Honsell/ Vogt/ Wiegand), Obligationenrecht, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007

ENGİN, Baki İlkey; İfa Uğruna Edim, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, s. 839-862, İstanbul 2001.

Engin, Baki İlkey. "Uzaktan Pazarlama Yoluyla Kurulan Sözleşmeler". Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu - Acquis Communautaire'in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler. der. Ünal Tekinalp, İstanbul, İÜ Yayınları, 2001.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.

Gauch/Schulep, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl., Zürich 1987.

Micklitz Hans, W. / **Reich**, Norbert. Die Fernabsatzrichtlinie im deutschen Recht, Baden, 1998.

İnceoğlu, Murat. Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, der. Baki İlkey Engin, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2010

Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch. (Autor: Mansel), 14. Auflage, 2011.

Kaya, Feridun. Türkiye'de Kredi Kartı Uygulaması, Graphis Matbaa, İstanbul, 2009.

Larenz, Karl/ **Wolf**, Manfred; Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004

Oğuzman, M. Kemal / **ÖZ**, Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2012

Oğuzman, M. Kemal / **Seliçi**, Özer / **Özdemir**, Saibe Oktay. Eşya Hukuku, İstanbul; Filiz Kitapevi 12. b., 2009

Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann,

Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, Principles Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich: Sellier, European Law Publishers, 2009.

Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, İstanbul: Beta Yayınevi, 20. b., 2008.

Reich, Norbert, "Die neue Richtlinie 97/7/EC über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz", Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1997.

Aybay, Rona / **Hatemi**, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 3. b., 2012.

Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. b., İstanbul: Vedat Yayınevi, 2006

Schulze, Reiner (Schulze u.a), Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, 2012.

Sirmen, A. Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Sutschet, Beck'scher Online-Kommentar BGB (Hrsg. Bamberger/Roth), (BeckOK BGB), Edition. 23, 1.5.2012.

TEKİNALP, Ünal; Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988.

Tekinay, S. Sulhi / **Akman Sermet** / **Burcuoğlu**, Haluk / **Altop**, Atilla. Tekinay Eşya Hukuku, İstanbul; 5. b., 1989

Yıldırım, Abdülkerim, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.

Sürelî Yayınlar

BAYKAL, Murat, Banka Kredi Sözleşmesi. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. XXI. Sayı 3. Haziran 2002. s. 49-90.

Berger, Christian, "Der Ausschluss gesetzlicher Rückgewähransprüche bei der Erbringung unbestellter Leitung nach S 241a BGB", Juristische Schulung (JuS) 2001, s. 649-654

Çınar, Ömer, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre İsmarlanmamış Bir Şeyin Gönderilmesi Ve Sonuçları" Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 15, (Ocak 2012) s. 125-139.

Şeker, Muzaffer, "6098 SAYILI YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE İSMARLANMAYAN ŞEYİN GÖNDERİLMESİ (BK. 7)" İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y:12 S: 24 (Güz 2013/2) s. 81-98.

Töre, Hayrullah Futuhi, "Zilyedin Sorumluluğu ve Hakları", Ankara Barosu Dergisi, Y.1974,S. 2.

Tezler

Açıkıl , Hacı Ali, "Kredi Kartı Sözleşmeleri" (T.C. ANKARA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI) Ankara. 2007.

BUHUR, Oğuzhan; Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması, Ankara 2004.

İŞGÜZAR, Hasan.Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003.

TEOMAN, Ömer; Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, İstanbul 1996.

Mevzuat

Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, article 9.

Das Obligationenrecht. Switzerland.

The Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000, 24, Inertia Selling. UK.

Unsolicited Goods and Services Act 1975 (UGSA). UK.

Fair Trading Act 1986, New Zeland

Florida Statutes, Title XXXIII, Chapter 501, Part 1, The State of Florida,

Çevrimiçi Kaynaklar

http://www.abgs.gov.tr/files/Mukteseabat_Uyum_Programi/28_TuketiciniveSagliginKorunmasi.pdf

http://www.worldcard.com.tr/worldu-taniyin/worldu-kesfet/pdf/kk_uyelik_sozlesmesi_2.pdf

Duke Law Journal, Vol 1970, 991, 992,
<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol19/iss3/>

