

# 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME <sup>1</sup>

Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR\*

## I. TARİHÇE

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun TBMM tarafından kabul edilerek, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmesinin ardından, onun ayrılmaz bir kısmını teşkil eden 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun da değiştirilmesi gündeme gelmiştir. Aslında, Adalet Bakanlığı yeni bir Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlamak üzere 1998 yılında harekete geçmiştir. Bu amaçla üniversitelerden öğretim üyeleri, Bakanlık personeli ve toplumun değişik kesimlerinden belirlenen üyeler bir araya gelerek, 2002 yılında tamamlanan bir Tasarı (Taslak)<sup>2</sup> hazırlamışlardır.

Tasarı, Adalet Bakanlığı tarafından kanunlaştırılması amacıyla, ilk olarak 23.09.2005 tarihli ve 2565 sayılı yazı ile Başbakanlığa gönderilmiştir. Hazırlanan metne yöneltilen eleştiriler üzerine Başbakanlık, eleştiri metinleri ile birlikte Tasarayı 11.7.2006 tarihli ve 3575 sayılı bir yazı ile Adalet Bakanlığı'na iade etmiştir. Tasarı, Adalet Bakanlığı tarafından, görüş ve eleştirileri değerlendirilerek son şeklinin verildiği belirtilmek suretiyle, 02.10.2006 tarihli ve 3004 sayılı yazı ile yeniden Başbakanlığa gönderilmiştir.

Adalet Bakanlığı tarafından son şekli verilerek Başbakanlığa gönderilen Taslak, bu Bakanlar Kurulu'nda görüşülüp kabul edilerek, 22.1.2008 tarihinde TBMM Başkanlığı'na gönderilmiştir. TBMM Başkanlığı 25.01.2008 tarihinde, Tasarı hakkında görüşlerini almak amacıyla çeşitli kamu kurum ve kuruluşları ile sivil toplum örgütlerine son metni göndermiştir. Bu arada Tasarı Adalet Komisyonu tarafından, 20.02.2008 tarihinde Adalet Alt Komisyonu'na havale edilmiştir.

Alt Komisyon değişik tarihlerde yaptığı toplantılarla Tasarayı görüşmüş ve esasa ilişkin pek değişiklik yapmadan kabul etmiştir. Alt Komisyon Tasarı hakkında hazırladığı Raporu 4.6.2008 tarihinde Adalet Komisyonuna sunmuştur. Adalet Komisyonu değişik tarihlerde yaptığı toplantılarla Alt Komisyon

---

<sup>1</sup> Bu makale, Türk Borçlar Kanunu Tasarı halinde iken, hakkında daha önce yayınladığımız iki çalışmadan sonra, meydana gelen değişikliklerin değerlendirilmesini ihtiva etmektedir.

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>2</sup> Komisyon tarafından hazırlanan metin bu aşamada, teknik anlamda tasarı değil, taslaktır. Fakat doktrinindeki geleneğe uyarak bu çalışmada da tasarı kavramı kullanılmıştır.

Raporunu değerlendirmiş ve çalışmalarını 25.12.2008 tarihinde tamamlayarak Tasarıyı 12.1.2009 tarihinde TBMM Başkanlığı'na takdim etmiştir.

TBMM Genel Kurulu, Tasarıyı 321 sıra sayısı ile görüşmeye başlamış ve değişik tarihlerdeki görüşmelerde ilk 60 maddesini kabul etmiştir. Bununla birlikte, Genel Kurul görüşmeleri sırasında verilen değişiklik tekliflerinden 6 adedi kabul edilmiştir<sup>3</sup>.

Tasarı uzun süre TBMM Genel Kurul gündeminde, 321 sıra sayısı ile ikinci sırada, görüşülmesi yarım kalmış tasarı olarak yer almıştır<sup>4</sup>. Daha sonra TBMM Başkanı'nın başkanlığında toplanan siyasi parti grup başkanları, Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun genel kurulda temel kanun olarak görüşülmesi konusunda anlaşmaya varmışlardır. Bu anlaşmanın bir gereği olarak Türk Borçlar Kanunu 11.01.2011 tarihinde 6098 sayılı Kanun olarak kabul edilmiş, Resmî Gazete'de yayınlanmıştır<sup>5</sup>.

6098 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden değişikliğe uğramıştır. Gerçekten de, TBK. m. 15/III'te yer alan “*Usulüne göre onaylanmadıkça veya imza ettikleri sırada metnin içeriğini bildikleri ispat edilmedikçe, görme engellilerin imzaları onları bağlamaz*” hükmü, 6111 sayılı Kanun m. 213 ile “*Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir*” şeklinde değiştirilmiştir. Aynı şekilde 6217 sayılı Kanunla<sup>6</sup>, kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 6098 sayılı Kanun'un 322, 324, 330, 339, 341, 342, 343, 345, 346 ve 353 üncü maddelerinin, Kanun'un yürürlük tarihi olan 1/7/2012 tarihinden itibaren 5 yıl süreyle uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemede ayarınca, bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunacağı hükme bağlanmıştır (Geçici Madde 2). Görüldüğü gibi, Kanun, daha yürürlüğe girmeden değişikliklere uğramaya başlamıştır.

Yürürlükteki Borçlar Kanunu 544 maddeden ibaret iken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda 649<sup>7</sup> madde yer almaktadır.

## II. KANUNUN OLUMLU VE OLUMSUZ YÖNLERİ

Kanunu'un son derece yerinde hükümleri mevcuttur. Bunlar arasında özellikle genel işlem şartları, satım (satış) akdinde hasarın intikali, kural olarak

<sup>3</sup> Değişiklik teklifleri kabul edilen maddeler; 7, 15, 24, 29, 32, 41'dir.

<sup>4</sup> www.tbmm.gov.tr/gundem/gundem.htm, 21.03.2010.

<sup>5</sup> Bkz. RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

<sup>6</sup> Bkz. RG. T. 14.04.2011, S. 27905.

<sup>7</sup> Buna karşılık, , 2005 yılında yayınlanan ilk Tasarıda madde sayısı 650; 2007 ve 2008 Tasarılarında da 649 madde mevcuttur.

kira ve kefalet hukukunda yapılan değişiklikler ve gibi müesseseler ilk sırada gelmektedir.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, Tasarının hazırlık komisyonundaki oylama şekli doğru olmamıştır. Çünkü, Tasarı hazırlanırken, bir maddenin metni sadece parmak çoğunluğuna dayanılarak kabul edilmiştir. Böylece *yarıdan bir fazla oy sağlandığı takdirde madde kabul edilmiştir*. Hâlbuki, hazırlanan metin üzerinde uzun süre çalışılıp hazırlanmış ise bunun, hiçbir gerekçeye dayanılmadan, sırf parmak sayısı fazla olmasına kurban edilmemesi gerekirdi.

Kanunda gerek şekil ve gerekse muhteva açısından yanlış maddelerin bulunduğu doktrinde ileri sürülmüştür. Gerçekten de, doktrinde, eksiklik ve hataların sadece şekil konusunda olmadığı, esasa ilişkin hataların da bulunduğu kabul edilmektedir. Tasarıya yönelik eleştirilerin pek çoğu ilmî çalışma olarak çeşitli tarihlerde birden çok eserde ve yerde yayınlanmış bulunmaktadır<sup>8</sup>.

### III. KANUNDA TERİMLERİN ANLAMINI DEĞİŞTİRİLMİŞ, DÜPLİKASYONA YOL AÇILMIŞTIR

Kanun'da yerleşik kavramların anlamları değiştirilmiştir. Bunun en güzel misali, hükümsüzlüktür. Kanunda butlan yerine kesin hükümsüzlük kavramı kullanılmıştır (TBK. m. 27/I). Hâlbuki, doktrinde hükümsüzlük bir üst kavram olarak kabul edilmekte ve bunun alt türleri butlan (Nichtigkeit), iptal (kabili-

---

<sup>8</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Adalet Bakanlığı; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Gelen Görüşler (15 Şubat–10 Haziran 2005), Ankara 2005; Türk Sanayi ve İşadamları Derneği'nin, 01.06.2006 tarihli ve ŞİB/bs/ŞP/06–1054 sayılı yazısı ekinde bulunan “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı” Hakkında TÜSİAD Görüşü; Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu; “Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarılarına İlişkin TİSK Görüş ve Önerileri, İşveren Dergisi Özel Eki/Ağustos 2005; Türkiye Bankalar Birliği; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Türkiye Bankalar Birliği'nin Değerlendirme Görüş ve Önerileri (25 Mayıs 2005); Kurdoğlu, Nuri; Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İncelenmesi, ABD. 2005, S. 3, sh. 53–84; Türkiye Barolar Birliği, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Eleştirileri, Raporu Hazırlayan Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu, Ankara 2008; Hotoğlu, Cengiz; Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı Neler Getiriyor?, [www.aksam.com.tr](http://www.aksam.com.tr), 06.08.2005.; Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin 16.05.2006 tarihli ve 19113 sayılı yazısı ekinde yer alan “Türk Borçlar Kanunu Hakkında Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin Görüşleri”; Serozan, Rona; BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi, HPD. 2006, S. 6, sh. 38 vd. Atamer, Yeşim; Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, HPD. 2006, S. 6, sh. 9 vd. Başpınar, Veysel; “*Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi*” Prof. Dr. Ali Naim İNAN'a Armağan, Ankara 2008, sh. 215-237; Aynı yazar; “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Şekli Açısından Değerlendirilmesi*”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, sh. 473-491.

yeti=Anfechtung, Anfechbarkeit) ve eksiklik (Unvollkommenheit) olarak sıralanmaktadır (BK. m. 20, 31)<sup>9</sup>.

Kanunda terim birliği de bulunmamaktadır. Gerçekten de, aynı müesseseler için Kanunda kullanılan terimler birbirinden farklıdır. Meselâ, tazminat müessesesi için bazı maddelerde giderim<sup>10</sup> kavramı kullanılmıştır. Buna karşılık bazı yerlerde ise, aynı müessese için *tazminat*<sup>11</sup> terimi tercih edilmiştir.

Kanunda düplikasyona da sebebiyet verilmiştir. Meselâ, yasal önalım (kanunî şuf'a) hakkı Türk Medenî Kanunu'nda ( m. 732-735) düzenlenmiş iken, Kanunda bir kere daha kabul edilmiştir (m. 237-241). Aynı şekilde, aile konutu TMK. m. 194'de hükme bağlanmış iken, aynı şey Kanunda yeniden düzenlenmiştir (m. 349). Yine taşınmaz satımı TMK. m. 706'da yer alırken, TBK. m. 237-246'da yeniden kabul edilmiştir.

Kanunda aynı zaman dilimleri farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Bu anlamda olmak üzere Kanunda, “iş saatleri” (m. 94), “iş zamanları” (m. 572/II); “gecikmeksizin ” (m. 226)-“*imkân bulur bulmaz*” (m. 223) “*hemen*”<sup>12</sup> kavramlarını ifade etmek mümkündür. Aynı şey “*bir hafta-yedi (sekiz) gün*”<sup>13</sup>, “*iki hafta*” m. 418, “*bir ay*”<sup>14</sup> “*otuz gün*”<sup>15</sup>, “*iki ay –altmış gün*”<sup>16</sup>, “*altmış gün*”<sup>17</sup> kavramları bakımından da geçerlidir. Görüldüğü gibi, Kanunda, aynı süreleri düzenlemek amacıyla hareket edilirken, bundan uzaklaşarak, süreler arasındaki ahengin bozulmasına yol açılmıştır.

#### IV. YERLEŞMİŞ KAVRAMLAR YA TEMELİNDEN OYNATILMIŞ VEYA ATILMIŞTIR

Kanun'da, “icap” yerine “öneri” kabul edilmiştir (m. 3). Hâlbuki, edebiyatta Leyla ile Mecnun ne ise, Borçlar Hukukunda da icap ve kabul odur. Bunların Leyla ile Mecnun'da olduğu gibi birbirinden ayrılması asla mümkün de-

<sup>9</sup> Bkz. Huguenin Claire; Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, Bern 1984, Kramer, Ernst A.; Berner Kommentar, Bd. VI, I, 2, 1 Kommentar zu Art. 19-20 OR., Bern 1990, 144 vd.; Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2010, sh. 299 vd.; Başpınar, Veysel; Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, sh. 21 vd.

<sup>10</sup> Bkz. m. m. 58, 60, 67, 69, 112, 113, 213, 236, 308.

<sup>11</sup> Bkz. m. 35, 37, 39, 51, 52, 55, 66, 72, 73, 75, 76, 118, 125, 126, 130, 227, 244, 260, 334, 355, 372, 373, 374, 375, 377, 415, 417, 420, 433, 434, 438, 439, 441, 453, 456, 475, 484, 485, 617.

<sup>12</sup> Bkz. m. 212, 252.

<sup>13</sup> Bkz. m. 92, 253/I, b. 8, 255, 264, 465.

<sup>14</sup> Bkz. m. 91, 271, 330, 350/I, b. 3, 351, 352, 355/II, 420/II, 601/I.

<sup>15</sup> Bkz. m. 315, 316, 345, 439.

<sup>16</sup> Bkz. m. 433, 440, 454.

<sup>17</sup> Bkz. m. 158, 362/II.

gildir. Nitekim bu durum Adalet Komisyonunda, icap ve kabulün birbirinden ayrılmayan iki, öz, özgün kavram olduğu açıkça dile getirilmiştir<sup>18</sup>. Fakat Komisyon Tasarı metnindeki kavramın aynen kalmasını benimsemiştir. Böylece kabul icapsız, Mecnun Leylâ'sız kalmıştır. Acaba bu hikâyenin mevcut olduğu ülkelerin edebiyatlarında, Leylâ'nın olmadığı bir hikâye, Leylâ ile Mecnun hikayesi olur mu?

## V. HAZIRLIK ÇALIŞMALARINDA MİLLETLERARASI DÜZENLEMELERDEN YARARLANILMAMIŞTIR

Kanun'un hazırlanması sırasında, milletlerarası sözleşmelerden yeterince faydalanılmamıştır. Bunlar arasında ilk sıralarda UNIDROİT, UNCITRAL, "Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler", 11 Nisan 1980 tarihli "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması"<sup>19</sup> (*Emtia Satımı Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması*, CISG), "Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri" ve "Avrupa Haksız Fiil Hukukunun Temel İlkeleri" gelmektedir. Aynı şeyi, tümüyle değiştirilen Hollanda Medenî Kanunu ve Borçlar Hukuku ile ilgili hükümlerini Avrupa Birliği Direktifleri doğrultusunda yeniden düzenleyen Almanya açısından söylemek mümkündür. Üstelik 11 Nisan 1980 tarihli "*Emtia Satımı Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*"<sup>20</sup>, Türkiye açısından<sup>21</sup>, 01.08.2011 tarihinde, yani Türk Borçlar Kanunu'ndan önce yürürlüğe girecektir<sup>22</sup>. İşte bu durumu da dikkate alarak, vakit varken, Türk Borçlar Kanunu hükümleri, CISG hükümleri ile uyumlu hale getirilmelidir.

<sup>18</sup> TBMM Tutanak Müdürlüğü, Komisyon: Adalet, Giriş: 1030, Tarih 05.11.2008, Grup: Serpil, sh. 1.

<sup>19</sup> Bkz. RG. T. 07.04.2010, S. 27545.

<sup>20</sup> CISG hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bucher, Eugen; Überblick über die Neuerungen des Wiener Kaufrechts; desen Verhältnis zur Kaufrechtstradition und zum nationalen Recht, [www.eugenbucher.ch/pdf\\_files/55.pdf](http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/55.pdf). 07.03.2010; Tiryakioğlu, Bilgin; 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi, AHFD. C. 41, S. 1-4, sh. 191 vd.; Ergin, A. Dicle; Milletlerarası Mal satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Sözleşmesi), [www.vergidegundem.com/files/Hukuk%20Dünyası\\_MART\\_2004.doc.](http://www.vergidegundem.com/files/Hukuk%20Dünyası_MART_2004.doc.), 07.03.2010; Atamer, Yeşim (Editör); Milletlerarası Satım Hukuku, İstanbul 2008.

<sup>21</sup> Bkz. 5870 sayılı Kanun, RG. T. 14.04.2009, S. 27200.

<sup>22</sup> CISG m. 99/1'e bu Anlaşma, onu kabul eden devlet bakımından, 92. Madde uyarınca yapılmış bir beyanı içeren bir belge dahil olmak üzere, onuncu onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girer. Türkiye söz konusu Sözleşmeye katılmayı 07.07.2010 bildirmiştir. Bu sebeple Türkiye için 01.08.2011 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bkz.

## VI. GENEL GEREKÇE VE MADDE GEREKÇELERİ YETERSİZDİR

Kanunda gerçek anlamda bir gerekçe bulmak mümkün değildir. Her ne kadar, Kanunu hazırlayan bilim komisyonu üyeleri tarafından, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun değiştirilmeyen maddeleri için gerekçe yazılmadığı değişik yerlerde düzenlenen ilmî toplantılarda ifade edilmiş ise de, böyle bir görüşe katılmak mümkün değildir. Kanunda gerçek anlamda bir gerekçe olmadığının en güzel misali, haksız fiilden doğan taleplerin tabi olduğu zamanaşımında görülmektedir. Gerçekten de konuya ilişkin 2005 (m. 77), 2007 (m. 71) ve 2008 (m. 71) Tasarılarında tazminat talebinin zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı hükmü yer almaktadır. Buna karşılık, Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen Tasarı metninde (m. 73) ve nihayet Kanunda (m. 72) bu süre yeniden on yıla indirilmiştir. Bununla birlikte, maddenin gerekçesinde sürenin neden yirmi yıldan on yıla indirildiğinin gerekçesi belli değildir. Diğer taraftan madde gerekçesinde hâlâ yirmi yıllık zamanaşımı süresinden söz edilmektedir.

Yukarıda ifade edilen sonuçlar, konut ve çatılı işyerleri ile ilgili kira sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Gerçekten de, konut ve çatılı işyerleri ile ilgili kira sözleşmesinin en fazla 15 yıl için yapılabileceği kabul edilmiş (2008 Tasarısı m. 346/I), sonradan bu süre TBMM'nde 10 yıla düşürülmüştür (Kanun m. 347/I). Fakat değişikliğin gerekçesi mevcut değildir. Üstelik madde gerekçesinde onbeş yıl ifadesi, düzeltilmeden aynen muhafaza edilmiştir.

Kanunda, çoğu maddenin gerekçesinde, "*dil sadeleştirilmiştir, hüküm değişikliği yoktur*" denilmesine rağmen, çok fazla hüküm değişikliği yapılmıştır. Meselâ, m. 481'in gerekçesinde hüküm değişikliği yoktur, ifadesine rağmen, eski metinden (818 m. 366) çok farklı olarak, bedelin yapıldığı yer ve zamana ve müteahhidin masraflarına göre belirleneceği hükmü kabul edilmiştir.

## VII. ZAMANAŞIMI SÜRELERİ ARASINDAKİ AHENK ORTADAN KALDIRILMIŞTIR

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda zamanaşımı süreleri 1 ve 10 yıl (BK. m. 60, 66, 125) olarak belirlenmiştir. Buna karşılık, 6098 sayılı Kanun'nda ise bu süreler önce akdî ilişkilerde ve sebepsiz zenginleşmede 2 ve 10 yıl (TBK. m. 72, 82) olarak kalırken, yukarıda da ifade edildiği üzere, haksız fiillerde zamanaşımı süresi *önce 2 ve 20 yıl olarak kabul edilmiş*<sup>23</sup>, fakat sonradan 2 ve 10 yıl olarak değiştirilmiştir.

---

www.uncitral.org./uncitral/en/uncitral\_texts/sale\_goods/1980CISG\_status.html.,  
13.06.2011.

<sup>23</sup> Sürelerin uzatılmasının eleştirisi için bkz. TBB. Rapor, sh. 37 vd.

818 Sayılı Kanunda eser sözleşmesinde müteahhidin sorumluluğu 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda 5 ve 10 yıl iken (m. 363, 125), müteahhidin kusurunun bulunmaması halinde, taşınırlarda 2 yıl, taşınmazlarda 5 yıl olarak belirlenmiştir. Diğer taraftan, müteahhidin ağır kusuru halinde sorumluluğu 20 yıla (m. 478, 147) çıkarılmıştır. Gerekçede, buradaki amacın haksız fiillerdeki zamanaşımı süresi ile uyum sağlamanın amaçlandığı belirtilmiştir. Hâlbuki haksız fiillerde süre 10 yıla düşürülmüştür. Böylece madde metinleri ile gerekçeleri birini tekzip eder hale gelmiştir.

### VIII. KANUNDA TARAFLAR ARASINDAKİ DENGİ BOZULMUŞTUR

TBK. m. 76'ya göre, haksız fiilde davacı aldığı geçici ödemeyi geri vermede yükümlülük altına alınmamıştır. Başka bir deyişle, davalının ödediği parayı geri alabilmesi teminat altına alınmış değildir. Böylece davalı, davacı karşısında korumasız bırakılmıştır. Tehlikeli işletmeye izin veren Devlet veya kamu tüzel kişisi iken, denkleştirme yoluyla zarara katlanan bölgede yaşayan fertlerdir. Başka bir deyişle burada, izin veren başka, zarara katlanan başkadır Bu ise ferdin, sebebiyet vermediği zarara katlanması demek olup, hukuka ve adalet idesine aykırıdır.

### IX. KANUNDA, SÖZLEŞME HÜRRİYETİNE AYKIRILIK SÖZ KONUSUDUR

Kanunda, sözleşmenin zayıf tarafını koruyan hükümler getirilirken –deyim yerinde ise- ölçü kaçırılmıştır. Bu sonuç, özellikle kira, hizmet ve kefalet ile ilgili hükümlerde<sup>24</sup> görülmektedir. Bu kabulün altında yatan düşünce ise genel olarak, “nasıl olsa kiracılar, kefiller ekonomik bakımdan sözleşmenin zayıf tarafını teşkil eder, o halde sözleşmenin zayıf tarafı olan kiracıları ve kefilleri korumak gerekir” şeklinde ifade edilebilir. ,

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda “*Hilâfına mukavele olmadıkça*” vb. ifadelerle mümkün olduğu oranda tarafların iradeleri ön plâna alınmıştır<sup>25</sup>. Böyle bir kabul, Roma hukukundan günümüze kadar varlığını sürdüren “*favor negotii*” ilkesinin bir gereği olduğu kadar, “*ferdin ve iradesinin yeniden ön plâna çıktığı 21. yüzyıl anlayışına*” da uygundur. Hatta, kanunkoyucu taraf iradelerine o kadar önem vermiştir ki, bu sonuç, sözleşmenin butlanı hallerinde dahi değişmemiştir (BK. m. 20/II, cümle 1)<sup>26</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nda da aynı hükümler kural olarak muhafaza edilmiştir (m. 337 hariç). Ancak 818 sayılı Kanunda yer alan “*hilâfına mukavele*

<sup>24</sup> Bkz. m. 299 vd., 343 vd.; 581 vd.

<sup>25</sup> Meselâ, BK. m. 77, 144, 156/II, 157, 158, 161/II, 182/II, 185, 186, 208/II, 210, 215, 227, 247, 262/II, 263, 285, 287, 296, 297, 298, 308/II, 311, 314, 331, 337, 342, 356/III, 459/III, 507/III, 509, 510, 521, 523, 531'de durum böyledir.

<sup>26</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, Kısmî Butlan, sh. 149 vd.

*olmadıkça*” yerine, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda, genel olarak, “*kanunla veya taraflarca aksi öngörülmedikçe*” ifadesi kabul edilmiştir. Böylece tarafların münhasır iradelerine “*kanun*” eklenmek suretiyle sözleşme hürriyetine bu açıdan da müdâhale edilmiştir.

Kanunda yukarıda ifade edilenlerin yanında, sözleşme hürriyetini bir taraf lehine kısıtlayan pek çok hüküm kabul edilmiştir. Bu kısıtlamayı özellikle kira, hizmet ve kefalet sözleşmelerinde görmek mümkündür. Gerçekten de, kira sözleşmesindeki kiracı lehine getirilen yeni hükümlerden sonra, sözleşme hürriyetinden söz etmek pek mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Kanunda sözleşme hürriyetinin yerine göre sınırlandırıldığı, ancak daha ziyade ortadan kaldırıldığı yolundaki kanaatimizi şu misallerde görmek mümkündür: “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*” (m. 25), “*Borçlu, faiz veya giderleri ödemede gecikmemiş ise, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahiptir. Aksine anlaşma yapılamaz*” (m. 100), “*Satıcının sözleşmenin kurulduğu sırada belirlenen toplam satış bedeline ek bir bedel isteme hakkını saklı tutan bütün kayıtlar geçersizdir.*” (m. 268), “*Ödünç alana, sözleşmede kararlaştırılan para yerine verilenlerin değeri borsa değeri üzerinden hesaplanır, aksine sözleşme geçersizdir*” (m. 391). Yine “*Ücretin işveren lehine kullanılacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir*” (m. 407/III), “*Gelecekteki ücretin devredilmesi veya rehnedilmesi geçersizdir*” (m. 410/II), “*Zorunlu harcamaların kısmen veya tamamen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmalar geçersizdir*” (m. 414/III) “*Hizmet veya toplu iş sözleşmelerinde işçinin aleyhine hüküm doğuracak düzenleme yapılamaz*” (m. 423/IV) hükümleri de sözleşme hürriyetine müdâhale eden hükümlerdir.

6098 sayılı Kanunda sözleşme hürriyetinin kısıtlandığı veya ortadan kaldırıldığı hakkında yukarıda ifade edilenlere ilâve olarak, Kanunda kiracı aleyhine hiçbir şey yapılamaz hâl’e getirilmiştir. Çünkü Kanunda kabul edilen hükümlerle, kiraya verenler açısından -deyim yerinde ise- “*kiracı veliminetimdir*” felsefesi kanunun ruhuna dâhil edilmiştir. Meselâ, “*... konut ve çatılı işyerleri ile ilgili sözleşmelerinde kiracı aleyhine değişiklik yapılamaz*” (m. 301), “*Kira sözleşmesinin sona ermesi halinde, sözleşmeye aykırı kullanımdan doğan tazminat dışında başka bir tazminat ödenmesini öngören anlaşmalar geçersizdir*” (m. 334/II), “*Kira sözleşmesinde kira bedelinin belirlenmesi dışında kiracı aleyhine değişiklik yapılamaz*” (m. 343), “*Kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz*” (m. 344/IV), “*Kiracıya kira bedeli ve yan giderler dışında başkaca ödeme yükümlülüğü getirilemez, kira bedelinin ödenmemesi halinde diğer kira bedellerinin muaccel olacağına dair anlaşmalar geçersizdir*” (m. 346).



Kanun ile kira hukukuna ilişkin olarak kabul edilen hükümlerle, kısa vadede kiracının korunması amaçlanmıştır. Hâlbuki bu tür düzenlemeler, konut sahiplerinin uzun vadede bu alana yeni yatırım yapmasını önler. Bu ise, ihtiyaç kadar konut üretimine engel olacak, kira bedellerinin yükselmesine sebep olur. Sonuçta bu düzenlemelerden yine kanun hükümleri korunmak istenen kiracı zarar görür.

Liberal ekonominin benimsendiği bir dönemde, yapılacak düzenlemelerde bir tarafın aleyhine kısıtlayıcı hükümler getirilmemelidir. Çünkü Medenî Kanun veya Borçlar Kanunu gibi yüzyıllarca uygulanması amaçlanan temel kanunlarda, ekonomik durumdan derhal etkilenen haller hakkında hükümlere yer verilmesi doğru değildir. Borçlar Hukuku kuralları ekonomik hayatı biçimlendirir. Borçlar Hukuku tüm devlet ve milletlerin en temel hukukudur. Onun için Borçlar Hukukuna “*özel hukukun anayasası*” denir<sup>27</sup>. Böylesine önemli kanunların uzun süre hayatta kalabileceği düşünülerek, kurallarının soyut ve genel şekilde konulması gerekir; ihtiyaçlara göre yapılacak değişiklikler, temel kurallarda değil, ayrıntıda gerçekleştirilir. Zaman içerisinde ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla temel kanunlarda da gerekli değişiklikleri yapmak gerekir. Fakat, bunun için, sözkonusu düzenlemeler çok özel, sabırlı ve dikkatli olmayı gerektirir.

## X. TEKNİK KAVRAMLAR SADELEŞTİRİLEMEZ

Kanun'da halkın anlayacağı bir dil kullanılmak amaçlandığı görülmektedir. “*halk anlasın*” diye, hukukçuların kabul edemeyeceği ve teknik olmaktan uzak yeni terimler, kavramlar getirilmemelidir. Herkesin anlayacağı bir kanun hazırlamak amacıyla hareket edildiği takdirde, kimsenin anlamayacağı bir metinle karşı karşıya kalma tehlikesi de mevcuttur. Zira, herkesin okuduğu kanunu anlaması ancak suç tipleri için söz konusu olur. Buna karşılık, genel hükümlerde ve özellikle özel hukukta böyle bir yola başvurulmaz.

Bir kanunun dili başka şey, teknik kavramlar başka şeydir. Kanunun dili sadeleştirilebilir; fakat teknik kavramlar sadeleştirilemez. Halk anlasın diye, hukukçuların anlamayacağı kavramlar getirilemez. Özellikle hukuk dilinin teknik terimlerinde sadeleştirme diye bir şey söz konusu olamaz.

## XI. MADDE NUMARALARININ DEĞİŞTİRİLMESİ DOĞRU OLMAMIŞTIR

Daha önce incelemelerimizde ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, kanunların madde numaralarını değiştirmek, hukukçuları yeniden madde numaralarını öğrenmek mecburiyetinde bırakmaktır. Madde numaralarının değiştirilmesi ile ayrıca bugüne, kadar binbir gayretle oluşturulmuş bulunan Türk

<sup>27</sup> TBMM Dönem 23, Yasama Yılı :3, (S. Sayısı 321), Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), sh. 262.

Borçlar Hukuku hukuk kültürü bu tasarrufla birlikte tahribe uğratılmış, bir çırpıda çöpe atılmış olur. Bu durumu Alman hukukçu von Krischmann tarafından, “*kanun koyucunun üç yeni düzeltici kelimesi koca kütüphanelerin okkalık kâğıt haline gelmesine yeter.*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>28</sup>.

Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu, Roma hukukuna kadar uzanan bir hukuk geleneğine dayanırlar. Bu Kanunlar, dört başı mamur dogmatik temellere dayanır. Hukuk mesleğinden olanlar, hukukî müesseseleri madde numaralarıyla düşünürler. Hukukçu, bir hukukî düşünceyi, bir meseleyi, sadece kanundaki madde numarasını anmakla kısaca ve kolayca dile getirir.

Madde numaralarının değiştirilmesi SEROZAN tarafından “*onyılların tüm bilimsel ve yargısal birikimlerini, tüm hukuksal düşünce kalıplarını ve tüm bilgisayar programlarını bir anda silip çöpe atma anlamına gelir. Bir benzetme yapmak gerekirse: Böyle bir girişim, bir hukukçu için, koca bir kentin elektrik gerilimini bir anda 220 volttan 110 volta indirmekten beterdir*”<sup>29</sup> şeklinde eleştirilmiştir.

Adalet Komisyonunun Raporunda aynen “*Seksen yıldan fazla bir süre zarfında mevcut Kanununun madde numaraları, hukuk öğretisi ve mahkeme uygulamalarında yer edinmiş, hafızalardaki yerini almıştır. Madde hafızasının korunması amacıyla madde numaralarının değiştirilmesi yerine, yapılan yeni değişikliklerin mevcut maddelere ek madde veya fıkra olarak ilâve edilmesi daha uygun olacaktır*”<sup>30</sup> ifadesine yer verilmiştir. Bununla birlikte, Komisyon gerekçeyi yazmakla yetinmiş, TBMM de madde numaralarını değiştiren Tasarını yeni haliyle kabul ederek kanunlaştırmıştır.

## XII. KANUNDA YER ALMASI GEREKEN DÜZENLEMELER

Borçlar Kanunu gibi temel bir kanunu bütünüyle yürürlükten kaldırırken, yeni düzenlemeler mutlaka metne dâhil edilmelidir. Ekonomik ve ticarî hayatın günümüzde vazgeçilmez müesseselerinin Kanunda mutlaka yer alması gerekirdi. Meselâ, imalatçının sorumluluğu konusunda Avrupa Birliği 1985 yılında, doktrinde büyük önem atfedilen bir Direktif de yayınlamış bulunmaktadır. Aynı şekilde, garanti sözleşmesi, ülkemizde banka teminat mektupları yoluyla geniş bir uygulama alanına kavuşmuştur.

<sup>28</sup> Bkz. von Kirschmann, Hermann J. (Çev. Coşkun Üçok) İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği, AHFD. C. 6 (1949) S. 1-4, sh. 181-212. Bu makalenin elektronik ortamdaki metni için bkz. dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/243/2145.pdf., 25.06.2011.

<sup>29</sup> Serozan, Rona; Medenî Kanunu Tümüyle Yenilemek Yerinde midir? Yasa Hukuk Dergisi, 1999, Sayı 9, sh. 1086.

<sup>30</sup> Bkz. TBMM Dönem 23, Yasama Yılı : 3, (S. Sayısı 321), Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), sh. 263.

Kanun'un eser sözleşmesine ilişkin hükümleri, küçük çaplı eser sözleşmeleri dikkate alınarak düzenlenmiştir. Hâlbuki, bugün Türk müteahhitlerinin gerek yurt içinde ve gerekse yurt dışında aldığı büyük çaplı inşaat sözleşmeleri çok büyük rakamlara ulaşmıştır. Kanunda bu tür eser sözleşmelerine ilişkin hükümlere de yer verilmeliydi. Ayrıca; culpa in contrahendo, arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmesi (kat karşılığı inşaat sözleşmesi), adî ortaklığın ticarî işletme işletip işletemeyeceği, konsorsiyum, müşterek iş ortaklığı, tek satıcılık sözleşmesi, seyahat düzenleme sözleşmesi, güven sorumluluğu bunlardan bazılarıdır.

### SONUÇ

Abidevî bir temel Kanunu, bütünüyle bir köşeye atmak demek, onunla ilgili tüm içtihatları da bir yana bırakmak demektir. Bu ise hazin bir sonuçtur. Mevcut Borçlar Kanunu, genel ilkeleri tespit eden, teferruatı doktrin ve içtihatlarla bırakan son derece esnek, abidevî bir Kanundur. Böyle bir Kanunu tüümüyle değiştirmek, kaldırıp çöpe atmak yerinde bir davranış olmaz. Fakat Kanunu'un günümüz ihtiyaçlarına cevap veremeyen hükümleri değiştirilmeli, buna karşılık, esas yapısı muhafaza edilmeliydi. Ancak komisyonlarda ve TBMM Genel Kurul çalışmaları sırasında bu yapılmadığına göre, yeni Kanun, vakit varken CISG hükümleri ile uyumlu hâl'e getirilmelidir. Bu yapılırken ise, kanun yapma tekniklerine mutlaka uyulmalıdır. Çünkü "*ben yaptım oldu*" mantığından, zarar görecektir olan, ne Tasarıyı hazırlayan komisyon ne de kanun koyucudur; aksine toplumdur. Bu sebeple henüz vakit geçmemiş iken, 6111 sayılı Kanununla, 6098 sayılı TBK. m. 15/III'te ve 6217 sayılı Kanunla aynı Kanun'un kira hükümlerinde yapılan değişikliklerde olduğu gibi, kanunun aksayan yönleri, yürürlüğe girmeden mutlaka düzeltilmelidir.



# YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA SÖZLEŞMENİN KURULUŞUNA DAİR BAZI DEĞİŞİKLİKLER VE YENİLİKLER (YTBK M.4; M.7; M.8)

Yrd. Doç. Dr. Ümit GEZDER\*

## I. GİRİŞ

Teknolojinin günümüz dünyasında her geçen gün artarak sunduğu imkânlar, meselâ modern iletişim araçları, yüzyıl öncesine dayanan İsviçre/Türk Borçlar Kanunu'nda da çağın gereklerine uyma çalışmalarını başlatmıştır.

Türk Hukukunda, şu ana kadar, bu bağlamda yürürlüğe konan mevzuattan bazıları şunlardır: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a ('TKHK') 4822 sayılı Kanun<sup>1</sup> ile eklenen ve "mesafeli sözleşmeleri" düzenleyen m.9/A<sup>2</sup>, 2003 tarihinde; TKHK m.9/A f.2 ve TKHK m.31'e istinaden Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca hazırlanan "Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" ('MSHY') ise, 14.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>3</sup>. Bu Yönetmelik, 06.03.2011 tarihli ve 27866 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan "Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik"<sup>4</sup>in ('MSDY') 13. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Tüketici Hukuku alanında Avrupa Birliği ('AB') Mevzuatına uyum çalışmaları çerçevesinde, 1997 tarihli, 97/7/EC sayılı Mesafeli Sözleşmeler Direktifi<sup>5</sup>, Türk Hukukuna, özellikle MSHY ve şu anda MSDY ile aktarılmak istenmiştir. Keza, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, 23 Ocak 2004 tarihinde yayımlanmıştır<sup>6</sup>. Türk Hukukunda Tasarı olarak şu anda gündemde olan "Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun

---

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> 4822 sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un kabul tarihi: 06.03.2003'dür. 4822 SK m.38'e göre, "Bu Kanunun; 36 ncı maddesi ile geçici 1 inci maddesi yayımı tarihinde, diğer maddeleri ise yayımı tarihinden itibaren üç ay sonra yürürlüğe girer."

<sup>2</sup> Bu konuda bkz.: Ümit Gezder, **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, 1.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul Mart 2004; Ümit Gezder, **Mesafeli Sözleşmeler**, 2.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.

<sup>3</sup> Bkz.: RG. 13 Haziran 2003 – S. 25137.

<sup>4</sup> MSDY m.14'e göre, "(1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer."

<sup>5</sup> Bkz.: OJ L 144, 04.06.1997, s. 19-27. MS Direktifinin bazı hükümleri, 2002/65/EC ve 2005/29/EC sayılı Direktiflerce değişikliğe uğratılmıştır. Bu Direktif hakkında bkz.: Gezder, Mesafeli, s. 6-7.

<sup>6</sup> Bkz.: RG. 23 Ocak 2004 – S. 25355.

Tasarısı” (‘E-Ticaret Tasarısı’) ile, özellikle henüz Türk Hukukuna uyarlanmayan AB’nin 08 Haziran 2000 tarihli olan ve 17 Temmuz 2000 tarihinde yürürlüğe giren “İç Pazar’da Bilgi Toplumu Hizmetleri’nin, Özellikle Elektronik Ticaretin, Belirli Yasal Yönleri Hakkındaki 08 Haziran 2000 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 2000/31/EC sayılı Direktifi (‘E-Ticaret Hakkında Direktif’)”nin<sup>7</sup> Türk Hukukuna uyumunun sağlanması amaçlanmıştır<sup>8</sup>. Belirtilebilir ki, E-Ticaret Hakkında Direktif (2000/31/EC<sup>9</sup>), Avrupa’nın bir bilgi temelli ekonomiye geçişini hazırlamada önemli bir adım teşkil etmektedir<sup>10</sup>.

6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu (‘YTBK’)<sup>11</sup> ise, diğer bazı hükümler yanında, bu çalışmanın konusunu teşkil eden **m.4**, **m.7** ve **m.8** düzenlemesi ile, teknolojiadaki bu gelişmeler karşısında kayıtsız kalmadığını göstermiştir! Nitekim meselâ, YTBK m.4’ün Gereğesinde kanunkoyucu, “818 sayılı Borçlar Kanununun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen telefon yanında, **teknolojik gelişmeler göz önünde tutularak**, Tasarıda “bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla ....” demektedir.

İsviçre Hukukunda<sup>12</sup> ise, özellikle 2001 yılında Elektronik Ticaret Hakkında Federal Kanun Tasarısı<sup>13</sup> yayımlanmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu’nda (‘OR’) ve Rekabet Kanunu’nda (‘UWG’) düzeltme yapma ve yeni hükümler ekleme yolunda olan ve büyük oranda bu konudaki AB Direktiflerine uyma çabasındaki E-OR (ve E-UWG), 09 Kasım 2005 tarihinde reddedilmiştir. Bu reddedışteki temel dayanaklardan birisini, İsviçre’nin AB Hukukunu kabul etme zorunluluğunun olmadığı teşkil etmiştir<sup>14</sup>. Elektronik İmza Hakkında Federal Kanun (ZertES) ise, Aralık 2003’te yayımlanmıştır.

Bu çalışmanın konusunu **YTBK m.4** ve **m.8**’deki değişiklikler ve yenilikler ile tamamen yeni bir hüküm olan **m.7** teşkil ettiğinden, **m.4** ve **m.8**’de değişikliğe uğramayan kısımlardan ilgili olduğu kadar bahsedilecektir.

Bu çalışmada, İsviçre Elektronik Ticaret Hakkında Federal Kanun Tasarısı (E-OR) ve İsviçre Hukukunda buna getirilen eleştiriler de ele alınacaktır. Bu yöntem ile, çalışma konumuzla ilgili İsviçre’de ne yapılmak istendiği ve

<sup>7</sup> Bu Direktif hakkında daha fazla bilgi için bkz.: **Gezder**, İnternet, s. 28 vd.; **Gezder**, Mesafeli, s. 7-9.

<sup>8</sup> Bkz.: **Genel Gerekeçe**, s. 6.

<sup>9</sup> Bkz.: OJ L 178, 17.07.2000, s. 1-16.

<sup>10</sup> **Gezder**, İnternet, s. 28.

<sup>11</sup> Bkz.: RG. 04 Şubat 2011 – S. 27836. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.648’e göre, “bu Kanun 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girer.”

<sup>12</sup> Bu konuda bkz.: **Gezder**, İnternet, s. 34 vd.

<sup>13</sup> Bu, ‘E-OR’ ve ilgili olduğu yerde ‘E-UWG’ olarak; Tasarı (Entwurf (‘E-OR’ ve ‘E-UWG’)) hakkındaki Rapor ise, “**Begleitbericht zum Entwurf**” olarak anılacaktır.

<sup>14</sup> Bkz.: <http://www.infostar.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/mm/2005-11-091.html> (30 Kasım 2005).

fakat, en azından şu ana kadar, yapılamadığı, İsviçre doktrininde bu Tasarımın nasıl karşılandığı ve YTBK'da ne yapıldığı, anlatılmaya çalışılacaktır.

## II. YTBK M.4/II HÜKMÜ

### A. Genel olarak

Borçlar Kanunu ve geleneksel doktrin, hazır olanlar ve hazır olmayanlar arasındaki önerilerde fark gözetmektedir. Nitekim, YTBK m.4 hazır olanlar ve m.5 hazır olmayanlar arasındaki öneriyi düzenleyerek, hazır olanlar<sup>15</sup> ve hazır olmayanlar arasındaki sözleşmenin kuruluşunu birbirinden ayırmaktadır<sup>16</sup>. Bu ayırım, birçok bakımdan önemlidir<sup>17</sup>. Örneğin, öneride bulunan sonsuza kadar önerisiyle bağlı değildir. Buna göre, YTBK kabul için süreli olan (m.3) ve olmayan (m.4, m.5) öneriler arasında ayırım yapmıştır. Beyanda bulunan kabul süresine yönelik bir müddet koymamışsa (süresiz öneri), önerinin bağlayıcılık süresi, beyanın hazır olanlar (m.4) ya da olmayanlar (m.5) arasında olup olmadığına bağlı olacaktır<sup>18</sup>. Şu hâlde YTBK m.4 ve 5'in konusu, süresiz bir önerinin bağlayıcılık müddetidir<sup>19</sup>.

### B. Hazır Olanlar Arasında Sözleşmenin Kurulması

#### 1. Genel olarak

YTBK m.4/I, “*hazır olanlar arasında yapılan süresiz öneride, önerenin önerisiyle bağlı olmaktan kurtulacağı an*”<sup>20</sup>, yani hazır olanlar arasında sözleşmenin kurulmasında kabul süresi olmayan önerinin bağlayıcılık müddetini; YTBK m.4/II ise, “*hangi önerilerin, hazır olanlar arasında yapılmış sayıla-*

<sup>15</sup> “Hazır olanlar arasında” deyimini için, “karşı karşıya veya yüz yüze olanlar arasında” deyimleri de kullanılmaktadır (bkz.: Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukukî İşlem – Sözleşme**, 4 üncü Bası dan 5 inci Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 195; S. Sulhi **Tekinay/Sermet Akman/HalukBurcuoğlu/Atilla Altop**, **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7.bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 87 vd.).

<sup>16</sup> Bkz.: Florian S. **Jörg/Oliver Arter**, “Ein kritischer Blick auf den Entwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr”, **AJP**, 2/2002, s. 166; **OFK/Kostkiewicz**, OR 4, N. 1, iç: Jolanta Kren **Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf** (Herausgegeben), **OR –Schweizerisches Obligationenrecht**, 2.Auflage, orellfüssli Verlag AG, Zürich 2009.

<sup>17</sup> Bunlar için bkz.: **Gezder**, Mesafeli, s. 128.

<sup>18</sup> Bkz.: Karin F. **Schwab**, **Die Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in elektronisch abgeschlossene Verträge**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2001, s. 56.

<sup>19</sup> **OFK/Kostkiewicz**, OR 4, N. 1.

<sup>20</sup> **Gerekçe**, m.4.

cağı<sup>21</sup>nı, yani sözleşme taraflarının hangi durumda hazır olanlar arasında sayıldıklarını düzenlemektedir.

Hemen belirtelim ki, aşağıda açıklayacağımız üzere, ne YTBK m.4'ün kenar başlığında kullanılan "**hazır olanlar arasında**" kavramı<sup>22</sup>, ne de m.4/II'de kullanılan "**telefon, bilgisayar**" kavramları, lâfız itibariyle yol gösteren kavramlardır. Ancak m.4/II'nin " ....**doğrudan iletişim sırasında**.... " ifadesi, yol gösteren bir ibaredir.

## 2. Hazır olma kavramı

Hazır olma kavramı, irade beyanlarının değişik tokuşuna dayanmaktadır. Buna göre hazır olan taraflar öneri ve kabulü, YTBK m.4/II'de de ifade edildiği gibi, " ....**doğrudan iletişim sırasında**.... " aralarında değişik tokuş edebilmektedirler<sup>23</sup>. Şu hâlde, YTBK m.4'ün kenar başlığında kullanılan "**hazır olanlar arasında**" kavramının kelime kelime anlamının aksine, hazır olanlar arasında sözleşmenin kurulmasında mekân olarak aynı yerde hazır olma gerekmemektedir<sup>24</sup>, ancak aynı anda bir doğrudan iletişim<sup>25</sup> bağlantısı içinde olunmak zorunludur. O bağlantı kesilmeden, yapılan önerinin kabul edilmesi gereklidir. Yani meselâ, öneriyi alan telefonunu kapatıp birkaç saniye sonra önereni arayıp öneriyi kabul ederse, sözleşme kurulmayacak, bu yeni bir öneri sayılacaktır<sup>26</sup>. Ancak meselâ, öneriyi kabul etme mümkün olmadan önce telefon bağlantısı tarafların kontrolünde olmayan bir şekilde teknik problemler yüzünden kesilirse ve öneriyi alan bağlantı yeniden kurulur kurulmaz arayıp öneriyi kabul ederse ve öneren hemen reddetmezse, sözleşme kurulmuş sayılacaktır<sup>27</sup>. Ancak

<sup>21</sup> **Gerekçe, m.4.**

<sup>22</sup> **Schwab**, s. 57, dnt. 295.

<sup>23</sup> Bkz.: Wilhelm **Schönenberger**/Peter **Jäggi**, **Zürcher Kommentar, Teilband V 1a, Kommentarzu den Art.1-17**, 3. Auflage, SchulthessPolygraphischerVerlag AG, Zürich 1973, Art. 4, N. 4; **Schmidlin**, Art. 4, N. 3, iç: **Ernst A. Kramer/BrunoSchmidlin**, **BernerKommentar – Kommentar zum schweizerischenPrivatrecht, Band VI: AllgemeineBestimmungen, 1. Abteilung, 1. Teilband, AllgemeineEinleitung in dasschweizerische Obligationenrechtund Kommentarzu Art. 1-18 OR**, VerlagStämpfli&Cie AG, Bern 1986; Karl **Larenz**/Manfred **Wolf**,**AllgemeinerTeildesBürgerlichenRechts**, 9. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2004, § 29, N. 35; **Gezder**, Mesafeli, s. 129.

<sup>24</sup> **Schmidlin**, Art. 4,N. 1-3;**Schwab**, s. 57.

<sup>25</sup> Bkz.:**Schönenberger**/**Jäggi**, Art. 4, N. 4;**Schmidlin**, Art. 4, N. 3; **Schwab**, s. 57.

<sup>26</sup> Bkz.: Alfred **Koller**, **Schweizerisches Obligationenrecht AllgemeinerTeil – Grundrissdesallgemeinen Schuldrechtsohne Deliktsrecht – Band I**, Stämpfli Verlag AG, Bern 2006, § 7, N. 47.

<sup>27</sup> Peter**Gauch**/Walter R. **Schluop**/Jörg **Schmid**, **Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, ohne ausservertraglichesHaftpflichtrecht, Band I**,8. Auflage, Schulthess, Zürich 2003, N. 408. K.g. Kemal **Oğuzman**/M.Turgut**Öz**,**Borçlar**



bu kural, önerinin tabiatına bağlıdır<sup>28</sup>. Meselâ, değeri hızlı değişen şeyler için geçerli sayılamayabilecektir.

### 3. “Doğrudan iletişim”

#### a. Kavram

Hemen belirtelim ki YTBK m.4/II'de de ifadesini bulan, “ ....**doğrudan iletişim** .... ” ile kastedilen, **doğrudan beyan bağlantısıdır**.

İçinde bulunduğumuz teknolojik çağda doğrudan iletişim bağlantısı, sadece klasik anlamda telefonda konuşma ile değil, keza modern iletişim araçları kullanılarak, örneğin görüşme ya da yazılı bağlantı<sup>29</sup> ile de sağlanabilmektedir. Doğrudan iletişim yani doğrudan beyan bağlantısında, başka bir ifadeyle dolaysız diyalogda<sup>30</sup> ilgili kriter, sözün ve karşı sözün doğrudan doğruya mümkün olmasıdır<sup>31</sup>. Buna göre, her bir taraf, karşı tarafın beyanını doğrudan doğruya alabilmeli ki, **aynı anda**<sup>32</sup> doğrudan doğruya reaksiyonla cevap verebilsin<sup>33</sup>. Hemen belirtelim ki, taraflar, doğrudan iletişim hâlinde iseler, irade beyanları hususunda bir karar verme süresi hesaba katılmamaktadır<sup>34</sup>.

Şu hâlde, yukarıda belirttiğimiz gibi, mekân itibariyle hazır olma, yani aynı yerde fiziksel olarak yüz yüze bulunma gerekli olmayıp, asıl olan **doğrudan iletişim**, yani **doğrudan beyan bağlantısı** olduğundan, keza mekân itibariyle hazır olma, yani aynı yerde fiziksel olarak yüz yüze bulunulmasa dahi, doğrudan iletişim, yani doğrudan beyan bağlantısı sağlayabilen mesafeli iletişim araçları ile de, meselâ telefon ve bilgisayarın bu koşulu yerine getiren araçları ile, irade beyanı ve bilgi edinme arasında gönderme olayı, iletişim, yani beyan bağlantısı bozulmadan ya da uzatılmadan, başka bir anlatımla, aynı za-

---

**Hukuku – Genel Hükümler**, Sekizinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 54, dnt. 62a.

<sup>28</sup> Gauch/Schlupe/Schmid, N. 408.

<sup>29</sup> Bkz.:ManfredRehbinder/Stefan Schmaus, “Rechtsprobleme beim Vertragsschluss im Internet”, UFITA, 2000/II, s. 323.

<sup>30</sup> Dolaysız diyalog kavramı için bkz.:Begleitbericht zum Entwurf, s. 9-10; OFK/Kostkiewicz, OR 4, N. 3.

<sup>31</sup> Bkz.:Schönenberger/Jäggi, Art. 4, N. 4; Schwab, s. 57, dnt. 294.

<sup>32</sup> “... Ancak, bu sonucun, önerenin sadece “doğrudan iletişim” sağlayabilen araçlarla yaptığı, yani muhatabın da aynı anda içeriğini öğrenebildiği bir öneri bakımından geçerli olduğu kabul edilmiştir.” (Gerekçe, m.4).

<sup>33</sup> Bkz.:Gezder, Mesafeli, s. 130.

<sup>34</sup> Bu konuda bkz.:RalphChristophGemar, “Rechtliche Aspekte moderner Telekommunikation – Dargestellt anhand der Rechtsprechung zum Fax in der Schweiz und in Deutschland”, recht, 1996, s. 94 vd.; ChristophGrafvonBernstorff, “Ausgewählte Rechtsprobleme im Electronic Commerce”, RIW, 2000, s. 14 vd.

manda ya da kayda değer bir zaman farklılığı olmaksızın<sup>35</sup> meydana geldiğinden, hazır olanlar arasında sözleşme kurulabilmektedir<sup>36</sup>. Nitekim, hazır olanlar arasında sözleşmenin kuruluşunu düzenleyen YTBK m.4/II'ye göre, “**Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.**”

### **b. Doğrudan iletişim sağlayabilen iletişim araçları**

#### **1. YTBK m.4/II'de ifadesini bulan “ ..... gibi ..... ”nin anlamı**

İsviçre Hukukunda E-OR m.4/II, mevcut hükme telefon yanında “*elektronik arac*”ı eklemekle yetinmiştir. Başka bir ifadeyle, İsviçre E-Ticaret Tasarısı E-OR m.4/II'de, sözleşme taraflarının bizzat veya temsilcilerinin diğer bir elektronik iletişim aracını kullanmalarını, telefon kullanmaları ile aynı kabul etmektedir<sup>37</sup>. Ancak, İsviçre E-Ticaret Tasarısı'nın OR m.4/II'ye eklemek istediği “ .....*elektronik iletişim aracı*..... ” ibaresinin maddede yer almasının, sınırlayıcı ve bu nedenle de lüzumsuz olduğu, doktrinde<sup>38</sup> ifade edilmiştir.

Türk kanunkoyucusu YTBK m.4/II'ye “*telefon*” yanına “*bilgisayar*”ı eklemekle kalmamış, bunu müteakiben “**gibi**” ifadesine yer vermiştir. Bu hükmün açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, bu hükümde hazır olanlar arasında sözleşmenin yapılmasını sağlayabilen iletişim araçları, örnek kabilinden sayılmıştır. Şu hâlde, bunlar dışında kalan ve keza gelecekte teknolojik gelişmelerle ortaya çıkabilecek, doğrudan iletişim sağlayabilen bütün iletişim araçlarını hükmün kapsamına alabilecek olması bakımından, bu ifade yeterince esneklik sağlamıştır ve bu açıdan isabetlidir.

Ancak, aynen İsviçre E-Ticaret Tasarısı'nın OR m.4/II'ye eklemek istediği “ ..... *elektronik iletişim aracı* ..... ” eki gibi, YTBK m.4/II'ye eklenen “*bilgisayar*” ekinin de, Sözleşmeler Hukukunda hiçbir yeni değişiklik meydana getirmediği söylenebilecektir. Zira, zaten EBK m.4/II, **de lege lata** bunu kapsamaktaydı. Şu hâlde, “*bilgisayar*” ibaresi sadece, E-OR m.4/II'deki “ .....*elektronik iletişim aracı*..... ” eki gibi, YTBK'da teknolojinin yakından takip edildiğini gösteren, tabir caizse, bir makyaj ve yeni doktrin hazırlanması çerçevesinde bir ektir<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Bkz.:Schmidlin, Art. 4, N. 1, N. 3; OFK/Kostkiewicz, OR 4, N. 5; Kocayusufpaşaoğlu, s. 195.

<sup>36</sup> Schmidlin, Art. 4, N. 3. Bu konuda ayrıca bkz.:Tekinayv.d., s. 87 vd.; Gezder, Mesafeli, s. 130.

<sup>37</sup> Bkz.:E-OR m.4/II.

<sup>38</sup> Bkz.:Jörg/Arter, s. 167.

<sup>39</sup> E-OR m.4/II'nin ifadesine yönelik İsviçre doktrininde benzer nitelendirmeler için bkz.: Heinrich Honsell/Thomas Pietruszak, “Der Vernehmlassungsentwurfzueinem Bundesgesetzüber den elektronischenGeschäftsverkehr”, AJP, 7/2001, s. 772; Jörg/Arter, s. 167.

## 2. YTBK m.4/II'nin ifadesinin eleştirisi

YTBK m.4/II'ye, “*telefon, bilgisayar*” kavramları ile başlanması yanlıtıdır. Zira, mademki “*telefon*” ve meselâ açık elektronik bilişim ağına, yani internete<sup>40</sup> bağlı bir “*bilgisayar*”<sup>41</sup> birden fazla iletişim aracını içermektedir, bunların her birinin durumunun ayrı bir değerlendirilmeye tabi tutulması ve öneri yapmak için kullanılan bu iletişim araçlarından hangilerinin m.4/II'nde hazır olanlar arasında önerinin yapılmış sayılmasına imkân tanıdığı belirlenmesi gerekmektedir, kanaatimize göre, YTBK m.4/II'de ifadesini bulan telefon, bilgisayar<sup>42</sup> gibi iletişim sağlayabilen araçlarla yapılan önerilerin hazır olanlar arasında mı, yoksa hazır olmayanlar arasında mı yapılmış sayılacağına soyut olarak karar verilemeyecektir. Aynı şekilde, yapılan önerilerin hazır olanlar arasında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı yapılmış sayılacağına tespitinde, tarafların sadece kullandıkları araçların başında aynı anda fiziksel olarak hazır bulunmaları kriteri de yeterli olamaz<sup>43</sup>. Şu hâlde telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlar kullanılarak yapılan önerilerin hazır olanlar arasında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı yapılmış sayılacağına tespiti büyük ehemmiyet arz etmektedir.

Bu noktada, aslında YTBK m.4/II hükmünün devamı yol göstericidir. Buna göre, telefon, bilgisayar gibi iletişim araçlarından sadece doğrudan iletişim sağlayabilen iletişim araçları kullanılarak yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır. Ancak, sürekli gelişen ve değişen teknoloji karşısında bu iletişim araçlarının teker teker belirlenmesi söz konusu olamayacağı gibi, bu çalışmanın kapsamı da şu anda mevcut olan bütün iletişim araçlarını burada incelemeye imkân vermemektedir. Bu nedenle, bu çalışmada bu iletişim araçlarından bazıları açıklanırken, benzer diğer iletişim araçları için de geçerli olabilecek genel ilkeler verilmeye çalışılacaktır.

<sup>40</sup> Belirtelim ki, günümüzde artık cep telefonları ve hatta televizyonlar internete bağlanabilmektedir (Bu öngörü için bkz.: **Gezder**, *İnternet*, s. 12).

<sup>41</sup> Özellikle vurgulanmalıdır ki, bilgisayarın, şu an itibariyle, sadece açılıp çalıştırılması, iletişim sağlayabilmesi için yeterli değildir. Nasıl bir telefonun iletişim sağlayabilmesi için bir telefon hattına ihtiyacı varsa, bilgisayarın da iletişim sağlayabilmesi için, meselâ açık elektronik bilişim ağı, yani internet hattına ihtiyacı vardır. Şu hâlde, kanunkoyucu telefon yerine “telefon hattı”; bilgisayar yerine meselâ “elektronik bilişim ağı” ifadelerini kullanmak yerine, bir anlamda simgesel ifadeler olan ve aynı zamanda elbette “telefon hattında” iletişimi sağlayabilen “telefon” ve meselâ açık elektronik bilişim ağına, yani “internette” iletişimi de sağlayabilen “bilgisayar” kavramlarını kullanmıştır. Elektronik bilişim ağı (Network) kavramı ve çeşitleri için bkz.: **Gezder**, *İnternet*, s. 8 vd.

<sup>42</sup> Bilgisayar konusunda karşı görüş için bkz.: **Oğuzman/Öz**, s. 54; Mehmet **Ayan**, **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, 6.Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2010, s. 124.

<sup>43</sup> **Gezder**, *Mesafeli*, s. 128-129; Aynıyönde bkz.: **Jörg/Arter**, s. 166.

### 3. YTBK m.4/II'de ifadesini bulan “*telefon, bilgisayar*”ın anlamı

#### a. *Telefon*

##### i. Geleneksel telefon ve görüntülü görüşme (video araması)

YTBK m.4/II'ye göre, telefon ile doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır. Telefonla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneride taraflar mekân itibariyle aynı yerde, başka bir ifadeyle fiziksel olarak yüz yüze bir arada olmamalarına rağmen, YTBK m.4/II'ye göre yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır. Bu hükmün **RatioLegis**'i, bu önerinin kabulünün ya da reddinin **hemen** gerçekleşmesinin mümkün olmasıdır<sup>44</sup>. Şu hâlde geleneksel telefon, bir doğrudan iletişimi, yani bir doğrudan beyan bağlantısını mümkün kılabilir.

Klasik telefonlaşmaya kıyasla görüntü göndermenin de ilâve edildiği telefon aracılığıyla video araması/görüntülü görüşme de doğrudan iletişim, yani doğrudan beyan bağlantısı sağlayabildiğinden, bunun ile yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.

##### ii. Doğrudan iletişim sağlamayan telefon araçları

Ancak belirtmeliyiz ki, gelişen teknoloji ile artık telefon ile meselâ, kısa mesajlaşma (sms) da yapılabilmektedir. Telefon ile yapılan mesajlaşmada (sms) doğrudan bir iletişim, yani beyan bağlantısı kurulamadığından, bunun ile yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılamayacaktır. Başka bir ifadeyle, bu durumda telefon kullanılmasına rağmen, hazır olmayanlar arasında bir sözleşme kuruluşu söz konusu olacaktır<sup>45</sup>.

#### b. *Bilgisayar*

##### i. Kavram

Dijital bilginin dönüşümünün ya da intikalinin makineleşmesi, bilgi işlemi olarak adlandırılmaktadır. Şu anda ise, bilgi işlemi aslında, münhasır olmamakla birlikte, bilgisayarlanmasına gelmektedir<sup>46</sup>.

Çağımızda kullanılan teknolojide, Bilgisayar Hukukunun<sup>47</sup> konu alanında<sup>48</sup> bulunan bilgi işleminin yönlerinden biri, YTBK m.4/II'ye “*bilgisayar*” ifadesi ile dâhil edilmiştir.

<sup>44</sup> Bkz.:Jörg/Arter, s. 166.

<sup>45</sup> Aynı yönde bkz.:Jörg/Arter, s. 167, dnt. 24. Ayrıca bkz.:Ingeborg **Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil**, Vierte Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2006, N. 27.12.

<sup>46</sup> Daha detaylı bilgi için bkz.:Chris**Reed, Computer Law**, Ed. Chris Reed, Fourth Edition, Blackstone Press Limited, London 2000, s. 2, dnt.2. Bu konuda ve Bilgisayar Hukukunun tanımı için keza bkz.: **Gezder**, İnternet, s. 2 vd.

ii. Bilgisayarın doğrudan iletişim sağlayan araçları

**aa) İnternette<sup>49</sup> telefonlaşma**

İnternette telefonlaşma da bir doğrudan iletişimi, yani bir doğrudan beyan bağlantısını mümkün kılarak, bu doğrudan iletişim sırasında irade beyanlarının doğrudan doğruya değiş tokuşuna izin verdiğinden<sup>50</sup>, internet telefonunun, geleneksel telefondan farklılıkları<sup>51</sup>, ona değişik davranılmasını haklı göstermektedir<sup>52</sup>.

İnternette telefonlaşmaya kıyasla, resim gönderilmenin de ilâve edildiği internet aracılığıyla video da, doğrudan iletişim<sup>53</sup> yani doğrudan beyan bağlantısı sağlayabildiğinden, bunun ile yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.

**bb) İnternette Sohbet (chat)**

İnternette sohbet<sup>54</sup>, elektronik iletişimin değiş tokuşuyla herhangi bir saatte irade beyanlarının doğrudan doğruya mübadelesine olanak sağlayarak, karşılıklı konferans, başka bir deyişle, beyan-karşı beyan elde edilebilen bir interaktif görüşme formudur. İnternette sohbette bir doğrudan iletişim, yani bir doğrudan beyan bağlantısı sağlandığından, bu doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılacaktır<sup>55</sup>. İletişimin bu şekilde önemli faktör olan ve meselâ onu klasik anlamda telefondan ayıran, buradaki **iletişimin yazılı olarak yapılmasıdır**<sup>56</sup>. İnternette sohbette iletişim doğrudan olmasına rağmen, iletişim yazılı yapıldığından, en azından ifade etmek biraz zaman alacağından cevap doğrudan doğruya verilemeyebilir. Özellikle, bir be-

---

<sup>47</sup> Bilgisayar Hukuku, bilginin teknolojiye ait durumunu düzenleyen hukuk dalıdır. Başka bir ifadeyle, bilgi işlemlerini yöneten hukuktur (**Reed**, s. 2; **Gezder**, İnternet, s. 2).

<sup>48</sup> **Reed**, s. 2; **Gezder**, İnternet, s. 2.

<sup>49</sup> İnternet kavramı için bkz.: **Gezder**, İnternet, s. 11 vd.

<sup>50</sup> Bkz.: **Rehbinder/Schmaus**, s. 316; **OFK/Kostkiewicz**, OR 4, N. 3; **Begleitbericht zum Entwurf**, s. 9-10.

<sup>51</sup> Bu farklılıklar için bkz.: **Oliver Frei**, **Der Abschluss von Konsumentenverträgen im Internet**, y.y., Zürich 2001, s. 60-61.

<sup>52</sup> Bu konuda ayrıca bkz.: **Gezder**, İnternet, s. 96; **Gezder**, Mesafeli, s. 131.

<sup>53</sup> Bkz.: **Frei**, s. 61-62.

<sup>54</sup> Bu konuda bkz.: **Gezder**, Mesafeli, s. 132.

<sup>55</sup> Alman Hukukunda aynı görüş için bkz.: **Jörg Fritzsche/ Hans M. Malzer**, "Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen", **DNotZ**, 1995, s. 3, 11; **Sven-Erik Heun**, "Die elektronische Willenserklärung", **CR**, 1994, s. 597 vd.; **Rehbinder/Schmaus**, s. 325.

<sup>56</sup> Bkz.: **Honsell/Pietruszak**, s. 772.

yanı göndermek için bir gönderme tuşuna tıklanması gerektiğinde yazma, anlama ve bir beyana cevap verme arasındaki süre önemli derecede genişleyebilecek ve bu gecikme, taraflardan biri sorulan bir soruya cevap verirken diğer taraf o esnada hâlbuki zaten başka bir soru sormuş olabileceğinden, yanlış anlaşılma ile sonuçlanabilecektir. Ancak hemen belirtelim ki, her bir taraf belirsizlikler hakkında internette sohbetin sağladığı doğrudan iletişim sayesinde hemen bilgi alabileceğinden, taraflar arasında doğrudan iletişim yani doğrudan beyan bağlantısı mevcut olmaktadır<sup>57</sup>. Burada ilgili kriter ise, karşı soru doğrudan doğruya yöneltilebileceğinden, karşı tarafın beyanı doğru anlayıp anlamadığına karar verilebilecek olmasıdır<sup>58</sup>. Böylece, internette sohbet sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılacaktır<sup>59</sup>.

Şu hâlde, doğrudan iletişim sağlayabilen araçlar, muhatabın aynı anda önerinin içeriğini öğrenebilmesini mümkün kılan araçlardır<sup>60</sup>.

ii. Bilgisayarın doğrudan iletişim sağlamayan araçları

#### **aa) Elektronik-Posta (E-Posta)**

Hemen belirtilmelidir ki, “e-posta (e-mail)” kavramı, sadece yazılı beyanların internet üzerinde gönderilmesini kapsamamaktadır<sup>61</sup>. E-posta, bir internet kullanıcısının bilgiyi metin, resim, ses<sup>62</sup> ya da video şeklinde, dosya olarak e-postasına ekleyerek, başka birine göndermesini mümkün kılmaktadır<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> Bkz.:**Frei**, s. 62; **Gezder**, İnternet, s. 113. Ayrıca bkz.: **Rehbinder/Schmaus**, s. 329;**OFK/Kostkiewicz**, OR 4, N. 3.

<sup>58</sup> **Heun**, s. 597 vd.;**Gezder**, Mesafeli, s. 132. Keza bkz.:**Rehbinder/Schmaus**, s. 316, 325; **Jörg/Arter**, s. 167 vednt. 23.

<sup>59</sup> Aynı görüş için bkz.:**Kocayusufpaşaoğlu**, s. 196; Mehmet **Demir**, **Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması**, Turhan Kitabevi, Ankara, Mayıs 2004, s. 223; Emrehan **İnal**, **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005,s. 117-118; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 46; İpek **Sağlam**, **Elektronik Sözleşmeler**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 95

Alman Hukukunda aksi görüş ve bunun eleştirisi için bkz.:**Rehbinder/Schmaus**, s. 324-325.

<sup>60</sup> Bkz.:**Gerekçe**, m. 4

<sup>61</sup> **Rehbinder/Schmaus**, s. 316.

<sup>62</sup> Bunlar, “ses mailleri (voicemails)” olarak adlandırılmaktadır (**Rehbinder/Schmaus**, s. 316. Bu konuda ayrıca bkz.: Michael **Hart**, “Internet Law”, **CLSR**, Vol. 14, no. 4, 1998, s. 224-225).

<sup>63</sup> Petra **Dilger**, **Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet**, Verlag C.H. Beck, München 2002, s. 14.

E-posta ile hızlı bir iletişim sağlanmakla birlikte, e-posta ile beyanların iletiminde taraflar arasında bir doğrudan iletişim, yani doğrudan beyan bağlantısı olanaklı değildir. Zira, irade beyanlarının ulaşması, tetkik edilmesi ile aynı ana rastlamamaktadır. Nitekim, sözleşmenin her iki tarafı da aynı anda bilgisayarlarının başında olsalar dahi,<sup>64</sup> gönderilen e-postanın açılması, okunması, düşünülmesi ve cevap verilmesi zaman almakta ve ayrıca bir taraf, peş peşe birkaç e-posta gönderebilmekte ve bu e-postaların içerikleri farklı olabilmektedir. Diğer taraf ise, gönderilen bu e-postalardan ilk gelenini de son gelenini de önce açıp okuyabilecektir<sup>65</sup>. Şu hâlde, e-posta ile iletişim çok hızlı olmasına rağmen, en azından şu anda, o, tarafların doğrudan iletişimine, yani doğrudan beyan bağlantısına imkân vermediği için, e-posta ile yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılmayacaktır. Türk<sup>66</sup>, İsviçre<sup>67</sup> ve Alman<sup>68</sup> doktrininde ağırlık kazanan görüş bu yöndedir.

### **bb) Web Formlarının doldurulması**

Karşılıklı konferans yani beyan-ve karşı beyan (sohbet), karşı soru, izah, karşı öneri vb.'yi<sup>69</sup> mümkün kılmadığından, on-line alışverişte web formlarının doldurulmasının da, sözleşme tarafları arasında, bir doğrudan iletişime, yani bir doğrudan beyan bağlantısına olanak vermediğinden, hazır olmayanlar arasındaki<sup>70</sup> bir iletişimi ve hâliyle hazır olmayanlar arasındaki sözleşmenin kuruluşunu sağladığına kuşku yoktur<sup>71</sup>.

---

<sup>64</sup> Farklı yaklaşım için bkz.:**Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku – Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 40.

<sup>65</sup> **Gezder**, Mesafeli, s. 133-134.

<sup>66</sup> **Gezder**, İnternet, s. 114; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 196; M. Turgut **Öz**, **Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 5; Halûk N.**Nomer**, **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, Dokuzuncu Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011,s. 25; Çiğdem **Kırca**, “İnternette Sözleşme Kurulması”, **BATİDER**, C.XX, S.4, Aralık 2000, s. 100; **Sağlam**, s. 93. K.g.,**Kılıçoğlu**, s. 46.

<sup>67</sup> **Gemar**, s. 105;**OFK/Kostkiewicz**, OR 4, N. 2, OR 5, N. 1; **Schwenzer**,N. 27.12; **Frei**, s. 63; **Schwab**, s. 57; Robert G. **Briner**,**Verträge und Haftung im Internet – Was der Praktiker im globalen Umfeld wissen muss**, orellfüssli Verlag AG, Zürich 2002, s. 30, 38.

<sup>68</sup> Ivo**Geis**, “DiedigitaleSignature”,**NJW**, 1997, s. 3000; **Fritzsche/Malzer**, s. 3; **Rehbinder/Schmaus**, s. 329.

<sup>69</sup> Bkz.:**Koller**, § 7, N. 43.

<sup>70</sup> **Rehbinder/Schmaus**, s. 329.

<sup>71</sup> Bkz.:**Gezder**, Mesafeli, s. 134.

### a. YTBK m.4/II'nin kapsamı dışında kalanlar

Şu hâlde, YTBK m.4/II hükmünün zıt anlamından (argumentum e contrario) anlaşılıyor ki, öneri doğrudan iletişimi, yani doğrudan beyan bağlantısını sağlayamayan bir iletişim aracı ile yapılırsa, hazır olanlar arasında yapılmış sayılmayacak, başka bir ifadeyle hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kuruluşu söz konusu edilecektir. Belki bu sebeple, İsviçre kanunkoyucusunun OR m.5'e bu konuyla ilgili yeni bir f.4 ilâvesine ihtiyaç görmemesi<sup>72</sup> gibi, Türk kanunkoyucusu da, YTBK m.5'e, bu konuyla ilgili yeni bir fıkra eklemeye ihtiyaç hissetmemiştir!

### A. YTBK m.4/II'nin dolaylı ifadesi

EBK m.4/II'de, iki tarafın bizzat<sup>73</sup> yahut temsilcilerinin<sup>74</sup> ibaresine yer verilmişti. YTBK m.4/II'de bu ibare kaldırılmış, dolaylı bir anlatım tercih edilmiştir. Ancak, elbette bir sözleşmeyi ya tarafların bizzat kendileri ya da sözleşmenin kurulması için yetki verdikleri temsilcileri kurabileceğinden, YTBK m.4/II'nin bu dolaylı anlatımı herhangi bir değişiklik içermemektedir.

### B. YTBK m.4/II'nin sadece "öneri"den bahsetmesi

Dikkat edileceği gibi, YTBK m.4/II hazır olanlar arasında yapılmış sayılacak sözleşmelerden değil, hazır olanlar arasında yapılmış sayılacak **öneriden** bahsetmektedir. EBK m.4/II ve mehaz OR m.4/II'nin ifade tarzından niçin farklı bir yola gidildiği, pek anlaşılammaktadır! Bu ifade tarzı şöyle bir soruyu akla getirebilecektir: Bu hükme göre, sadece önerinin doğrudan iletişim sağlayabilen bir araçla yapılması, hazır olanlar arasında sözleşmenin kurulması için yeterli midir? Zira, EBK m.4/II, iki tarafın bizzat yahut temsilcilerinin telefon iletişim aracını kullanarak yaptıkları sözleşmelerden bahsederken, YTBK sadece önerinin doğrudan iletişim sağlayabilen bir araçla yapılmasını aramakta, sanki kabulün bu iletişim aracıyla yapılmasını aramamaktadır! Bu durumda nasıl bir yorum yapılmalıdır? Kanaatimize göre, YTBK m.4/I'de ifadesini bulan "...**hemen kabul edilmezse**; ...." ibaresi yol gösterici olacaktır. Şu hâlde, önerinin **hemen kabulü**, şüphesiz ki kabul beyanında da doğrudan iletişim sağlayabilen bir iletişim aracının kullanılmasını gerektirecektir.

<sup>72</sup> **Begleitbericht zum Entwurf**, s. 10.

<sup>73</sup> Buradaki "bizzat" kelimesi, taraflar için bir anlam ifade edecektir (bkz.:**Kılıçoğlu**, s. 45-46).

<sup>74</sup> EBK m.4/II, "İki taraf .... vekillerinin bizzat telefon ...." ibaresini kullanmaktaydı. Mehaz kanun OR m.4/II'deki ibare, "....Bevollmächtigten...." olduğundan, "vekil" değil "temsilci" kullanılmalıydı (bu konuda bkz.:**Tekinay**, s. 88-89, dnt. 13; **Kılıçoğlu**, s. 45). Şu hâlde madde, "İki tarafın bizzat yahut temsilcilerinin ...." şeklinde anlaşılmalıdır.



Ancak burada diğer bir sorun, **kabul** beyanının doğrudan iletişim sağlayabilen başka bir iletişim aracıyla verilebilir verilemeyeceğidir. Zira, EBK m.4/II iki tarafın bizzat yahut temsilcilerinin telefon ile yaptıkları akitlerden bahsederken, yani bunların sadece telefon kullanmalarını ararken, YTBK m.4/II'i, böyle bir ifade tarzını devam ettirmemiştir. Şu hâlde, kanaatimize göre, YTBK m.4/II'i, öneri doğrudan iletişim sağlayabilen bir iletişim aracıyla yapıldığında, önerinin hemen kabulünü sağlayacak başka bir doğrudan iletişim sağlayabilen iletişim aracının kullanılmasıyla kabulüne, kural olarak, cevaz vermektedir. Bu durumda öneri, meselâ internette sohbet (chat) ile yapılmış ve fakat kabul beyanı yapılamadan internet bağlantısı taraflara atfedilemeyecek teknik sebeplerle kesilmişse, kural olarak, kabul beyanı, **kayda değer bir zaman farklılığı olmaksızın**, örneğin klasik anlamda telefon kullanılarak yapılabilecektir.

## I. YTBK M.7 VE MEHAZ OR M.6A HÜKÜMLERİ

### A. Genel olarak

1990 yılında İsviçre kanunkoyucusunun hazırlık yaparak 01 Temmuz 1991 yılında yürürlüğe koyduğu OR m.6a ile ısmarlanmayan (sipariş edilmeyen) malların gönderilmesini hüküm altına alması, Türk Borçlar Kanunu'nda 2011 yılında, YTBK m.7 ile gerçekleştirilmiştir.

Ancak, OR m.6a İsviçre'de o zamandan beri tartışılmaktadır. Türk kanunkoyucusu, kanaatimizce, aynen İsviçre kanunkoyucusu gibi<sup>75</sup>, tamamıyla pragmatik açıdan olaya bakmış, ancak bu hükmün dogmatik olarak nereye ait olduğunu dikkate almamıştır!

### B. YTBK m.7'nin amacı

YTBK m.7 ısmarlanmayan bir **şey** için, kişiye bir koruma öngörmektedir. Bu hükme göre, ısmarlanmayan bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmayacaktır. Böylece ısmarlamadığı şeyi alan kişi, artık kendi hukukî durumu hakkında bir belirsizlik içinde olmayacaktır. YTBK m.7, mehaz OR m.6a gibi<sup>76</sup>, bu belirsizliği pragmatik yolla bertaraf etmiştir.

Bu hükümle, haksız rekabet de önlenmek istenmektedir<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Bu görüş için bkz.: **Honsell/Pietruszak**, s. 772.

<sup>76</sup> Bu konuda bkz.: **Schwenzer**, N. 28.12 vd.; **Koller**, §7, N. 85; **Honsell/Pietruszak**, s. 772.

<sup>77</sup> MS Direktifi m.9 için aynı yönde bkz.: Norbert **Reich**, "Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz", **EuZW**, 1997, s. 581, 587; Olaf **Sosnitsa**, "Wettbewerbsrechtliche Sanktionen im BGB – Die Reichweitedes neuen § 241a BGB", **BB**, 2000, s. 2317.

### C. YTBK m.7'nin kişi bakımından uygulama alanı

Alman Hukukunda bu konuya dair hüküm olan **BGB § 241a**'da, tüketicilerin söz konusu olduğu açık bir biçimde belirtilmiştir. Zaten **BGB § 241a**, MS Direktifi m.9'u Alman Hukukuna aktarmak için konulmuştur.

OR m.6a'da böyle bir açıklık olmamasına rağmen, İsviçre doktrininde Bucher'e göre, OR m.6a sadece tacir olmayan kişilere gönderilen tüketim mallarına<sup>78</sup>, başka bir ifadeyle tüketicilere<sup>79</sup> uygulanacaktır.

TKHK m.9/A'da hüküm altına alınan "mesafeli sözleşmeler" in mehzamını teşkil eden MS Direktifi'nde m.9 ile sipariş edilmeyen mal ve hizmetlere dair hüküm yer almasına<sup>80</sup> rağmen, ne TKHK m.9/A ne de MSHY ile bu konu ele alınmıştır. Ancak MSHY'yi yürürlükten kaldıran ve 06.03.2011'de yürürlüğe giren MSDY m.10 ile, bu konu düzenlenmiştir. "Sipariş edilmeyen mal ve hizmetler" kenar başlıklı **MSDY m.10**'a göre, "(1) Sipariş edilmeyen malın teslimi veya hizmetin sunulması durumunda; mal veya hizmetin kullanılması veya tüketilmesi hariç olmak üzere satıcı veya sağlayıcı tüketiciciye karşı herhangi bir hak ileri süremez. Bu hâllerde tüketicinin sessiz kalması, sözleşmenin kurulmasına yönelik bir kabul beyanı olarak yorumlanamaz ve tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur."

Şu hâlde, aslında mesafeli sözleşmeler mevzuatına dâhil olan, başka bir anlatımla Tüketici Hukukuna ait olan bir sorun, hem YTBK m.7'de hem de MSDY m.10'da düzenlenmiştir. Üstelik, bu iki düzenleme birbirinden oldukça farklı içeriktedir.

Ancak denebilir ki, YTBK m.7 ile, Tüketici Hukuku mevzuatı büyük bir kısım itibariyle ait olduğu yere, yani Borçlar Kanunu'nun içine, dâhil olmaya başlamıştır!

### D. YTBK m.7'nin maddî bakımdan uygulama alanı

Mademki YTBK m.7 c.1'e göre, "*İsmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz.*", şu hâlde hizmetler, bu hükmün uygulama alanı dışındadır.

Gereğe'dekanunkoyucu "*Böylece, bu tür taşınırları posta kutusunda veya kapısının önünde bulan ya da başka bir yolla alan kişilerin, ....*"<sup>81</sup> diyerek, m.7 c.1'de ifadesini bulan "şey" ile kastedilenin "taşınırlar" olduğunu, bir an-

<sup>78</sup> BSK/Bucher, Art.6a, N. 4. Ayrıca bkz.: Schwenger, N. 28.12; Gauch/ Schlupe/ Schmid, N. 426; KUKO/ Wiegand, Art. 6a, N. 1.

<sup>79</sup> Bunun için ayrıca bkz.: M. Murat İnceoğlu/Başak Başoğlu, "Sipariş Edilmemiş Malların Gönderilmesi", iç: Prof.Dr.RonaSerozan'a Armağan, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 997 vd.

<sup>80</sup> Bkz.:Gezder, İnternet, s. 243 vd.

<sup>81</sup> Gereğe, m.7.

lamda vurgulamıştır. Ancak **TKHK m.3 b.c'**de mal<sup>82</sup> şöyle tanımlanmaktadır, “*Mal: Alış-verişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları, ... İfade eder.*” Buna göre, kanaatimizce, “konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar” dışında kalanlar, yani “alış-verişe konu olan taşınır eşya ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar”, m.7'nin uygulama alanında olmalıdır.

Mehaz OR m.6a da sadece malları kapsamaktadır. İşte bu sebeple İsviçre kanunkoyucusu E-OR m.6a/IV'ü, OR m.6a'yı tamamlamak için tasarlamış ve bunun ile “sipariş edilmeyen hizmetleri” OR m.6a'ya eklemek istemiştir. Böylece OR m.6a, sipariş edilmeyen hizmetlere de uygulama alanı bulacaktı. İsviçre kanunkoyucusuna göre<sup>83</sup>, E-OR m.6a/IV ile OR m.6a'ya yapılacak olan bu ek, şu anda ve gelecekte tahminen çoğalacak olan alıcının hiçbir zaman sipariş etmediği hizmetlerin özellikle internet aracılığıyla yerine getirileceği gerçeğini göz önüne almaktadır. İsviçre kanunkoyucusuna göre, başlangıç noktası aynı olup alıcının hakları ve yükümlülükleri aynı düzenlendiği için, bu ek, tamamen adildir. Oysa İsviçre'de bazı yazarlar<sup>84</sup>, E-OR m.6a/IV'ü olumsuz bulmaktadırlar ve onlardan Honsell/Pietruszak'a göre, sipariş edilmeyen mal ve hizmetlerin aynı klasmanda ele alınması kabul edilemez. Zira, meselâ, tesadüfen kaza yerine gelen bir doktor tarafından ilk yardım alan yaralı kişi, ısmarlanmayan (sipariş edilmeyen) hizmet kuralına dayanarak YTBK m.529/I (EBK m.413/I<sup>85</sup>)/OR m.422/I'e dayanan bir talebe karşı çıkabilecek ve böylece getirilmek istenen E-OR m.6a/IV hükmü, gerçek vekâletsiz iş görmenin<sup>86</sup> uygulama alanından, örneğimizde doktoru, mahrum edecektir<sup>87</sup>. Ancak, Begleitbericht zum Entwurf'ta bu soruna dair herhangi bir çözümden bahsedilmemektedir.

Belirtelim ki, mehaz MS Direktifi m.9'a uygun olarak, MSDY m.10 hem sipariş edilmeyen malları hem de hizmetleri kapsamaktadır.

<sup>82</sup> Bu konuda bkz.:Gezder, Mesafeli, s. 42 vd.

<sup>83</sup> **Begleitbericht zum Entwurf**, s. 10.

<sup>84</sup> Bkz.:Honsell/Pietruszak, s. 773; Jörg/Arter, s. 168.

<sup>85</sup> Bu hüküm için bkz.: Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 8. Baskı (Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen), Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 570.

<sup>86</sup> Vekâletsiz iş görme konusunda bkz.:Yavuz, s. 563 vd.; Aydın Zevkililer/Ayşe Havutçu, **Zevkililer Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri**, 9. Baskı,Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 351 vd.

<sup>87</sup> **Honsell/Pietruszak**, s. 773.

İsviçre Borçlar Hukukundahizmet (Dienstleistungen), hukuk kavramı olarak ilk defa, Borçlar Hukuku'nda tüketicinin korunması<sup>88</sup> için OR'nin tadili çerçevesinde yürürlüğe konulan OR m.40a/I ve m.40f/III'te ele alınmıştır<sup>89</sup>. Hizmet, sağlayıcının<sup>90</sup> tipik asli edim yükümlülüğünün, bedenî ya da fikrî faaliyet tarzında bir karşılık teşkil ettiği bütün sözleşmeleri kapsamaktadır<sup>91</sup>.

Hizmet TKHK m.3 b.d'de ise şöyle tanımlanmaktadır, “*Hizmet: Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti, .... İfade eder.*”

YTBK'nın muhtelif maddelerinde, hizmet<sup>92</sup> kavramına yer verilmiştir<sup>93</sup>.

### E. YTBK m.7 c.1 hükmü

OR m.6a/I ile hemen hemen paralel bir düzenleme olan YTBK m.7 c.1'e göre, “*İsmlenmemiş bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz.*” Bu ifade, hemen belirtelim ki, OR m.6a/I'den farklıdır. Zira OR m.6a/I, “*....öneri değildir.*” demektedir. Koller<sup>94</sup> bu ifadeyi, haklı olarak, eleştirmiş ve bu ifadenin daha doğru şeklinin, “*....öneri sayılmaz.*” olduğunu belirtmiştir. YTBK m.7 c.1, şu hâlde, doğru bir şekilde ifade edilmiştir.

Bu hüküm, YTBK m.8 gibi sadece yorumlayıcı bir kural değil, bir **fiksiyondur** (Fiktion)<sup>95</sup>. Yani bu hükme göre ismlenmemiş, başka bir ifadeyle sipariş edilmemiş bir şeyin gönderilmesi, bir sözleşmenin kurulması için,

<sup>88</sup> BG vom 5. Oktober 1990 über die Änderung des OR, in Kraft seit 1. Juli 1991.

<sup>89</sup> **Honsell/Pietruszak**, s. 773.

<sup>90</sup> Sağlayıcı TKHK m.3 b.g'de, “*Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri, .... İfade eder*” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>91</sup> Bu konuda bkz.: **Honsell/Pietruszak**, s. 773; **Jörg/Arter**, s. 168; **Gezder**, İnternet, s. 246.

<sup>92</sup> Bu kavramın YTBK m.393 vd.'da düzenlenen “hizmet sözleşmeleri” ile karışmaması için, YTBK m.393 vd.'da düzenlenen “hizmet sözleşmelerine”, “iş sözleşmeleri” denmesi isabetli olurdu. Nitekim OR m.319 vd.'da düzenlenen bu sözleşmeler, “...arbeitsvertrag” olarak anılmaktadır. Oysa OR m.40a/I ve m.40f/III'te **hizmet** kavramı için “Dienstleistung” ibaresi kullanılmaktadır.

<sup>93</sup> Meselâ YTBK m.506/II'ye göre, “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.*” Herhâlde bu maddede kanunkoyucu, iş ile “bedenî faaliyeti”; hizmet ile “fikrî faaliyeti” kastetmektedir! YTBK m.20/IV'e göre ise, “*Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.*” Burada ise “sunulan hizmet” ile kastedilen, herhâlde “bedenî ve/veya fikrî faaliyet”tir.

<sup>94</sup> Bkz.: **Koller**, § 7, N. 84. Kezabkz.: **Begleitbericht zum Entwurf**, s. 10.

<sup>95</sup> **Schwenzer**, N. 28.12. Ayrıca bkz.: **Koller**, § 7, N. 86.

bir öneri teşkil etmeyecektir<sup>96</sup>. Oysa, bu hüküm olmasaydı, bu şeyin gönderilmesi bir öneri sayılacaktı. Bu durumda gönderenin şeyi göndererek bir öneri yapmak istediği açıkça ortada olsa ve bu şeyi alan da aslında sözleşme kurmak niyetinde olsa dahi, bir sözleşme kurulamayacaktır. Bu durumda, bu şeyi (gönderiyi) alanın irade beyanı, örneğin bu şeyin fiyatını ödemek istemesi, şeyi gönderenin kabulünü gerektiren bir öneri olarak değerlendirilmelidir<sup>97</sup>. Buna göre, bu şeyi alanın irade beyanı öneri sayılacak ve mademki bu şeyi gönderenin sözleşme kurma isteği açıkça ortadadır, bu şeyi gönderenin kabulünün açık olması gerekmeyecektir. Bu durumda, YTBK m.6 uygulanacak, yani bu şeyi gönderen, öneriyi uygun bir sürede reddetmezse, sözleşme kurulmuş sayılacaktır<sup>98</sup>.

Şu hâlde, mademki YTBK m.7 c.1'e göre, "*İsmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz.*", bu şeyin gönderilmesi, bir önerinin genel prensiplerine uygun olması gerekir. Meselâ, fatura ya da makbuz içeriyor veya açık bir öneri ise, bu hüküm anlam ifade edecektir<sup>99</sup>.

YTBK m.7'nin Gerekeç'sinde ismarlanmadan gönderilen şeyin **değerine ilişkin** bir ifade yer almamasına rağmen, OR m.6a'nın Botschaft'ında, anahtarlık ve kartpostallardan bahsedilmektedir. Oysa, ismarlamadığı bir şeyi alanı etkili olarak korumak için, bu hüküm ucuz şeylerle sınırlandırılmamalı, yani daha değerli şeyler için de uygulanabilmelidir. Ve fakat gönderilen şeyin olağanüstü değeri/pahalı olması, onun yanlışlıkla gönderilmesine bir işaret olabilecek ve böylece, OR m.6a/III'ün<sup>100</sup>, Türk Hukukunda ise, aslında Tasarıda yer alan ve OR m.6a/III'e hemen hemen paralel bir hüküm olan f.2, YTBK m.7'den çıkarıldığından, dürüstlük kurallarının (TMK m.2) uygulama alanı söz konusu olacaktır.

Bu hüküm, pratikte daha çok abonelik sözleşmelerinde mevzubahis olacaktır. Buna göre, aboneliği iptal edilmiş birine mal göndermeye devam edildiğinde, bu hüküm uygulanabilecektir. Başka bir ifadeyle, ismarlanmamış bu şey gönderilmekle, bu kişi aboneliği devam ettirmeye zorlanamayacaktır<sup>101</sup>.

## F. YTBK m.7 c.2 hükmü

### 1. Genel olarak

Mehaz OR m.6a/II ile paralel bir düzenleme olan YTBK m.7 c.2'ye göre, "*Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir.*"

<sup>96</sup> Bkz.: **Begleitbericht zum Entwurf**, s. 10.

<sup>97</sup> **Koller**, § 7, N. 86; **Schwenzer**, N. 28.12-13; **Gezder**, İnternet, s. 245; **Öz**, s. 5.

<sup>98</sup> **Koller**, § 7, N. 86.

<sup>99</sup> **Koller**, § 7, N. 84.

<sup>100</sup> **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 428a.

<sup>101</sup> **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 427.

MSDY m.10'a göre de, “...ve tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.”

Bu hükme göre, gönderilen bu şeyi alan kişi, onu ne geri göndermek ve ne de saklamak zorundadır. Böylece, bu şeyi (gönderiyi) alan, hiçbir sözleşmesel karşılık vermeksizin malı geri göndermeyebilir, kullanabilir, tüketebilir ve hattâ yok edebilir. Bu durumda, böyle bir davranış sözleşmenin kuruluşunu getirmeyecektir<sup>102</sup>. Nitekim Gerekçe'de de bu durum, “...bunları geri göndermemesi, saklamaması **hattâ kullanması sebebiyle, taraflar arasında örtülü irade açıklaması sonucunda bir sözleşme ilişkisinin doğmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.**”<sup>103</sup> şeklinde belirtilmiştir<sup>104</sup>. Üstelik, bu yaptıklarından dolayı ne haksız fiil tazminatı ne de sebepsiz zenginleşme ile muhatap olacaktır<sup>105</sup>.

Bu kuralın sebebi, ismarlanmayan şeyin gönderilmesinin, bu şeyi alanın kişisel alanını ihlâl etmesidir. Elbette bu müeyyidelendirilecektir<sup>106</sup>.

Bu şeyi gönderen onu geri istiyorsa veya gelip geri almaya hazır olduğunu bildiriyorsa ne olacaktır? Mademki bu şeyi alan onu geri göndermekle ve saklamakla yükümlü değildir, bununla muhatap olmak zorunda değildir<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> **Schwenzer**,N. 28.13-14; **Koller**, § 7, N. 89;Keza bkz.:**Gauch/Schluep/Schmid**, N. 430.

<sup>103</sup> **Gerekçe**, m.7.

<sup>104</sup> Ancak MSDY m.10, ne YTBK m.7 ne de mehaz OR m.6a'da olan bir sınırlama getirmektedir. Buna göre, “*Sipariş edilmeyen malın teslimi veya hizmetin sunulması durumunda; mal veya hizmetin kullanılması veya tüketilmesi hariç olmak üzere satıcı veya sağlayıcı tüketicîye karşı herhangi bir hak ileri süremez. Bu hâllerde tüketicinin sessiz kalması, sözleşmenin kurulmasına yönelik bir kabul beyanı olarak yorumlanamaz ve tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.*” Şu hâlde bu hükme göre, tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur, ancak mal veya hizmeti kullanamaz veya tüketemez. Eğer kullanır veya tüketirse, satıcı veya sağlayıcı tüketicîye karşı bir hak ileri sürebilecektir!

Alman Hukukuna (bkz.: BGB § 241a) göre de sipariş edilmeyen malların gönderilmesi bir icap teşkil etmediğinden, alıcı susarsa, bu, kabul anlamına gelmeyecektir. Malın açılması, denenmesi ya da elde tutulması da kabul anlamına gelmeyecektir. Ancak, malın kullanılması ya da tüketilmesi, kabul anlamına gelebilecektir. Bu, kural olarak, sipariş edilmeyen hizmetler için de geçerlidir (Bunun için bkz.:Christian**Berger**, “Der Ausschlussgesetzlicher Rückgewähransprüche bei der ErbringungunbestellterLeistungennach § 241a BGB”, **JuS**, 2001, s. 650).

<sup>105</sup> **Schwenzer**,N. 28.14. Ayrıcabkz.: **Koller**, § 7, N. 89.

<sup>106</sup> **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 430.

<sup>107</sup> **Koller**, § 7, N. 90.

## 2. Dogmatik Açıdan Yeri Meselesi

YTBK m.7 c.2 ve mehaz OR m.6a/II hükmü, dogmatik bakış açısından tartışmaya sebebiyet vermektedir. Bu bağlamda, ismarlanmayan bir şeyin, gönderenin aynı hak durumu üzerinde etkili olması, tartışma yaratmıştır<sup>108</sup>. Bucher'e göre<sup>109</sup> bu norm, başkasına ait bir mal üzerinde tasarruf hakkı verdiği için, Borçlar değil Eşya Hukuku kökenlidir. Koller'e göre<sup>110</sup>, burada bir adım ileri gidilmeli ve bu şeyi alanın malik olmasının sebebi, ZGB m.718'de(TMK m.767) aranmalıdır. Fakat sahiplenme, ismarlanmayan, yani sipariş edilmeyen malın terk edildiğini kabul etmeyi gerektirmektedir. Olayda bu terk niyeti olmasa bile, OR m. 6a/II (YTBK m.7 c.2), bunu böyle kabul etmektedir. Bu görüş, doktrinde eleştiriye uğramıştır. Nitekim, Gauch/ Schluelp/ Schmid'e göre<sup>111</sup>, Botshcraft'ta da yer alan bu terk edilme düşüncesi, ve hâliyle Koller'in düşüncesi, fazla ileri gitmektedir. Engel'e göre<sup>112</sup> ise, terk edilme düşüncesi hiç uymamaktadır. Çünkü, gönderen kişi malını belirli bir kişiye göndermekle, mülkiyetini devretme niyetini göstermektedir. Terk etme düşüncesi ise, mülkiyetinden herkese karşı vazgeçmek demektir. Honsell/ Pietruszak<sup>113</sup>, diğer yazarların soruyu yanlış sorduklarını, haklı olarak, belirtmektedirler. Eşya Hukukunda mülkiyet karinesine göre, taşınır bir şeyin zilyedi onun maliki sayılır (TMK m.985/I (ZGB m.930/I)). Buna uygun olarak, bir taşınır malın mülkiyetini kazanmak için, TMK m.763/I<sup>114</sup> ve m.977'ye (ZGB m.714/I ve m.922) göre malın teslimi yeterlidir. Böylece, YTBK m.7 (OR m.6a) iyiniyetli alıcıya, istiyorsa malı tutması için kanunî bir sebep teşkil etmekte ve bu, sözleşmesel hukukî sebebin yerine geçmektedir. Bu durumda bu şeyi alan, şeyin yeni maliki<sup>115</sup> olacaktır. Hemen belirtelim ki, bu şeyi (gönderiyi) alan istiyorsa malı tutabilir, yoksa tutma zorunluluğu yoktur. Eğer reddederse, mülkiyet gönderende kalacaktır.

<sup>108</sup> Bkz.:Koller,§ 7, N. 91; Pierre Engel,Traitédesobligations en droitsuise, 2 édition, StämpfliEditions SA, Berne 1997, s. 207 ;BSK/Bucher, Art.6a, N. 2; Honsell/Pietruszak, s. 773.

<sup>109</sup> Bkz.:BSK/Bucher, Art.6a, N. 3.

<sup>110</sup> Bkz.:Koller, § 7, N. 90-91.

<sup>111</sup> Bkz.:Gauch/Schluelp/Schmid, N. 430a.

<sup>112</sup> Bkz.:Engel, s. 207.

<sup>113</sup> Bkz.:Honsell/Pietruszak, s. 773.

<sup>114</sup> TMK m.763/I'e göre, "Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir." "Birinci fıkrada, doktrindeki açıklamalar ve mehaz madde göz önünde tutularak, taşınır mülkiyetinin nakli için 'teslim'in değil, 'zilyetliğin devri'nin gerekli olduğu belirtilmiştir. Çünkü zilyetlik, teslim ile devredilebileceği gibi teslim olmadan da devredilebilir."(Gerekeç, m.763).

<sup>115</sup> K.g. İnceoğlu/Başoğlu, s. 1012.

### G. Maddeden Çıkarılan Ytbk M.7/II Hükmü

OR m.6a/III ile hemen hemen paralel bir düzenleme olan ve fakat YTBK'nın Mecliste kabulü sırasında m.7'den çıkarılan f.2 hükmüne göre, “*İs-marlanmamış bir şeyin yanlışlıkla gönderildiği açıkça anlaşılırsa, onu alan kişi, uygun bir sürede gönderene haber vermek zorundadır.*”

OR m.6a/III'e göre, “*Eğer şey kendisine açıkça yanlışlıkla gönderilmişse, bu şeyi alan göndereni haberdar etmelidir.*”<sup>116</sup> Bu durum, meselâ gönderen yanlış bir adrese göndermiş ya da postacı yanlışlıkla teslim etmişse söz konusu olacaktır. Bu hâlde, bu şeyi alan, gönderenin malı geri alması için ona bildirim yapmalıdır. Üstelik, bu şeyi alanın zaman açısından sınırlandırılmış bir saklama yükümlülüğü vardır. Alıcı, bu bildirme yükümlülüğünü ihlâl ederse, gönderene karşı tazminat yükümlülüğü vardır. Burada, Schwenger'e göre, haksız fiilden kaynaklanan tazminat söz konusu olacaktır. Böylece, OR m.6a/III, OR m.41/I anlamında bir koruma normu olarak görülebilecektir<sup>117</sup>. Oysa Bucher'e göre, burada Culpa in contrahendo<sup>118</sup> söz konusu olabilecektir<sup>119</sup>. Bu şeyi alan, saklama yükümlülüğünü ihlâl ettiğinde de, tazminat elbette söz konusu olacaktır. Meselâ, bildirme yükümlülüğünü yerine getirmiş, fakat bu şeyi uygun şartlarda belirli bir süre saklamamış ise, yine tazminat yükümlülüğü ile karşı karşıya kalabilecektir.

Bu bildirime rağmen, bu şeyi gönderen onu uygun bir sürede geri almıyorsa, bu şeyi alan onun üzerinde tasarruf edebilir<sup>120</sup>. Saklama süresi, şeyin değerine ve duruma göre nazara alınmalıdır. Buna göre bu süre, en erken, gönderenin makulce bu şeyi alabileceği veya aldrabileceği süre kadar olmalıdır<sup>121</sup>.

Şunu da belirtelim ki, OR m.6a/III'de açıkça yanlışlıkla gönderilmesi hâlini düzenlenmesine rağmen, eğer bu şeyi alan şüphe içerisindeyse, dürüstlük kuralına göre göndereni bilgilendirmelidir<sup>122</sup>.

Şu hâlde denilebilir ki, YTBK'nın kabulü sırasında son anda Mecliste YTBK m.7'den f.2'nin çıkarılması isabetli olmamıştır. Zira, bu durumda dürüstlük kuralına (TMK m.2) başvurmak zorunda kalınacağından, OR m.6a/III için yukarıda belirttiğimiz hususları, TMK m.2'ye dayanarak çıkarmaya çalışacağız!

<sup>116</sup> Bu konuda yaşanmış bir misal için bkz.: **Koller**, § 7, N. 93.

<sup>117</sup> **Schwenger**, N. 28.14.

<sup>118</sup> Culpa in contrahendo hakkında bkz.: Ümit **Gezder**, **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.

<sup>119</sup> **BSK/Bucher**, Art.6a,N. 2.

<sup>120</sup> **Koller**, § 7, N. 92.

<sup>121</sup> **Gauch/Schlupe/Schmid**, N. 432.

<sup>122</sup> **Koller**, § 7, N. 93.



#### IV. YTBK M.8/II HÜKMÜ

##### A. Genel olarak

Üç fıkra hâlinde düzenlenen EBK m.7 hükmü, YTBK m.8'de iki fıkra olarak ele alınmasına rağmen, düzenlenen konular farklı değildir. Konular farklı olmamasına rağmen, EBK m.7/II, YTBK m.8/II'de hüküm değişikliğine uğramıştır. Nitekim, EBK m.7/II'ye göre, "*Tarife ve cari fiyat irsali icap teşkil etmez.*" iken, YTBK m.8/II'ye göre, "*...tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.*"

##### B. Hukukî niteliği

EBK m.7 yorum kuralları içermektedir<sup>123</sup>. EBK m.7/III'te, malın fiyatı gösterilerek, meselâ mağaza vitrininde teşhiri kural olarak öneri olarak addedilirken, f.2'de katalog, fiyat listesi, reklam broşürü, prospektüs vb. gönderilmesi, kural olarak öneriye davet olarak nitelendirilmektedir<sup>124</sup>.

Değişikliğe rağmen, YTBK m.8, yine yorum kuralları içermektedir. YTBK m.8/II'de ele alınan ilk duruma göre, "*Fiyatını göstererek mal sergilenmesi....aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.*" Bu hüküm, EBK m.7/III'ten pek farklı değildir. YTBK m.8/II'de ele alınan ikinci duruma göre ise, "*...veyatarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.*" Bu hüküm ise, EBK m.7/II'den tamamen farklı bir kabul getirmektedir.

##### C. Maddî Bakımdan Uygulama Alanı

YTBK m.8/II'deki ilk duruma göre, "*Fiyatını göstererek mal sergilenmesi ....aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.*" Burada, herkese açık, yani belirsiz bir kişiye yapılmış öneri söz konusudur. Hükümden açıkça anlaşılacağı gibi, burada söz konusu edilen "**mal**" olduğundan, hizmetler, bu hükmün kapsamına girmemektedir. Şu hâlde, bu hüküm hizmetler için değil sadece mallar<sup>125</sup> için uygulanabilecektir.

<sup>123</sup> Bkz.:KUKO/Wiegand, Art.7, N.1, N.3;Schwenzer, § 28.10; BK m.7/III için bkz.: ViktorAepli, OR Art.7, N. 2,iç.: Peter Gauch/ ViktorAepli/ HubertStöckli (Herausgegeben), **Präjudizienbuch zum OR – Rechtsprechundes Bundesgerichts**, Schulthess, Zürich 2006.

<sup>124</sup> Bkz.:Schwab, s. 54; Schwenzer, N. 28.10; Fikret Eren,**Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 223; Oğuzman/Öz, s. 47.

<sup>125</sup> Bkz.:BGE 80 II 26, 35 vd. ("Seelig davası");Aepli, Art.7 N.2; Schmidlin, Art. 7,N. 27;Schwenzer, N. 28.10; Kocayusufpaşaoğlu, s. 189.

YTBK m.8/II'deki ikinci durumun<sup>126</sup>, yani “...**tarife, fiyat listesi ya da benzerlerininönderilmesi**, ...”nin hem “malları” hem de “hizmetleri” kapsadığı, Gerekçe'den açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim, Gerekçe'ye göre, “... *rek-lâm ve pazarlama faaliyetleri sırasında kişilerin posta kutularına varıncaya kadar sattıkları ürünlere veya sundukları hizmetlere ilişkin tarife, fiyat listesi ya da benzerlerini ulaştırdıkları görülmektedir.*”<sup>127</sup>

## D. YTBK m.8/II'deki İlk Durum

### 1. YTBK m.8/II'nin düzenlemesi

Türk kanunkoyucusu, belki de, İsviçre kanunkoyucusunun İsviçre E-Ticaret Tasarısı ile OR m.7/III'te yapmak istediği değişikliği ve bunun doktrinde eleştirilerini nazara alarak, YTBK m.8/II'deki ilk durumu yani, “*Fiyatını göstererek mal sergilenmesi ...aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.*” hükmünü, EBK m.7/III'ten pek farklı düzenlemedi! Böylece, Türk doktrininde, bu konuda İsviçre doktrininde yaşanan tartışmalara yer bırakmadı!

Aşağıda İsviçre E-Ticaret Tasarısını ele almadan önce, YTBK m.8/II ilk durumdaki farklılığa, kısaca değinmek lazımdır.

YTBK m.8/II'deki ilk durumun, EBK m.7/III'ten pek farklı düzenlenmediğini belirttik. Zira EBK m.7/III'e göre, fiyatını göstererek mal teşhiri kaideten bir icap olarak addedilirken, YTBK m.8/II'deki ilk duruma göre, fiyatını göstererek mal sergilenmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır. Şu hâlde, mademki YTBK m.8/II'de “*aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça*” ibaresine yer verilmiştir, bununla, fiyatını göstererek mal sergileyenin durumu ağırlaştırılmıştır.

### 2. E-OR m.7/III

İsviçre E-Ticaret Tasarısı, E-OR m.7/III'te, OR m.7/III'e, “elektronik yol” ifadesini eklemek istemiştir. Bunu yaparken, “*özellikle elektronik yolla sunulması*” ifadesini kullanarak, aslında elektronik yolu sadece örnek kabilinden saydığını göstermiştir. İsviçre kanunkoyucusu bu hükümlerle, özellikle elektronik yolla malların fiyatlarıyla gösterilerek sunulmasını, onların sergilenmesi (teşhiri) olarak ele almış ve böylece onları kural olarak öneri olarak addetmiştir. Ancak İsviçre kanunkoyucusu bir malın, satıcının stoklarında mevcut olduğu onun ifadesinden anlaşıldığı zaman elektronik yolla umuma bildirilmiş addolunacağını, meselâ, malın mevcut sayısı gösterilmekte ve her sipariş ile azalmakta ise bu durumun söz konusu<sup>128</sup> olacağını, belirtmiştir. Ayrıca, hemen

<sup>126</sup> Burada da herkese açık öneri söz konusudur.

<sup>127</sup> **Gerekçe, m.8.** Belirtelim ki, EBK m.7/II de, hem malları hem de hizmetleri kapsıyordu (bkz.:Schwenzer, N. 28.10; Kocayusufpaşaoğlu, s. 183).

<sup>128</sup> Bkz.:Begleitbericht zum Entwurf, s. 10.

belirtelim ki, İsviçre kanunkoyucusu, E-OR m.7/III'e, "hizmetleri" de dâhil etmiştir.

Şu hâlde, bizim EBK m.7/II'de, YTBK m.8/II'deki ikinci durum ile yaptığımız değişikliği, İsviçre kanunkoyucusu OR m.7/III'te, bir anlamda, E-OR m.7/III'ile yapmak istemiştir.

Getirilmek istenen bu hüküm, İsviçre doktrininde<sup>129</sup> eleştirilmiştir. Meselâ bir eleştiride, E-OR m.7/III'te "sergileme (teşhir)" yerine neden "sunulma" kavramının konulduğunun anlaşılmadığı<sup>130</sup>, diğer bir eleştiride ise, elektronik ilan ile elektronik sunum arasında nasıl bir ayırım yapılacağı sorunu olduğu vurgulanmıştır<sup>131</sup>.

## E. YTBK m.8/II'deki İkinci Durum

### 1. Genel olarak

Türk kanunkoyucusu teknolojiye ve pazarlama sistemlerindeki değişiklikleri ve gelişmeleri, YTBK m.8/II'deki ikinci durum ile, yani EBK m.7/II'yi köklü bir biçimde değiştirerek yanıtlamaya çalışmıştır! Bu değişikliği ve bunun ne kadar yerinde olduğunu, aşağıda incelemeye çalışacağız.

YTBK m.8/II'deki ikinci duruma göre, "...veya **tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.**" Yukarıda da belirttiğimiz gibi, EBK m.7/II'ye göre, tarife, fiyat listesi ve benzerlerinin gönderilmesi, öneri olarak addedilmemektedir.

Bu hükmü, yani YTBK m.8/II'deki ikinci durumu incelemeye geçmeden önce, bu çalışmanın formatına uygun olarak, ilk önce İsviçre Hukukunda ne yapılmak istendiği ve fakat hâlâ yapılamadığı ve doktrinin bu yapılmak istenen değişikliğe nasıl tepki verdiği anlatılacaktır.

### 2. İsviçre Hukukunda E-OR m.7/II

İnternet gibi bir bilişim ağı üzerinde yapıldığında, benzer olaylar için aynı şekilde düzenlenmesi için, İsviçre kanunkoyucusu, E-Ticaret Tasarısı ile, OR m.7'ye iki hüküm eklenmesini önermiştir. Bunlardan ilki E-OR m.7/III idi ve bunu az yukarıda inceledik. Diğeri ise, E-OR m.7/II idi. Bu hüküm ile, İsviçre kanunkoyucusu, elektronik yolla tarifelerin, fiyat listelerinin ve benzerlerinin yayınlanmasını, gönderilmeyle eşit kılmak istemekteydi. Ancak, bu durumda onlar öneri addedilmeyecekti<sup>132</sup>. Başka bir anlatımla, İsviçre kanunkoyucusu OR m.7/II'ye tarifelerin, fiyat listelerinin ve benzerlerinin

<sup>129</sup> Bkz.: **Honsell/Pietruszak**, s. 775; **Jörg/Arter**, s. 170.

<sup>130</sup> **Jörg/Arter**, s. 170.

<sup>131</sup> **Honsell/Pietruszak**, s. 775; **Jörg/Arter**, s. 170. Diğer eleştiriler için bkz.: **Gezder**, İnternet, s. 104 vd.

<sup>132</sup> **Begleitbericht zum Entwurf**, s. 10.

özellikle elektronik yolla yayınlanmasını da eklemek istemiş, fakat bunun dışında, YTBK m.8/II ikinci durumdaki kabulün aksine, yürürlükteki OR m.7/II'de hüküm değişikliğine gitmek istememiş, yani onları öneri olarak ad-detmemiştir.

Ancak İsviçre doktrininde, E-OR m.7/II ile yapılmak istenen bu değişik-lik de eleştiriye uğramıştır. Doktrine göre, E-OR m.7/II'de “...**özellikle elektro-nik yolla**...” denmesi, OR'nin kanun yapma tekniğine aykırıdır ve gereksiz-dir<sup>133</sup>.

### 3. YTBK m.8/II'deki “ .... gönderilmesi .... ” ibaresi

Bu hükümde “...**gönderilmesi**...” ifadesi kullanılmaktadır. Ge-rekke'nin, “...*ilişkin tarife, fiyat listesi ya da benzerlerini ulaştırdıkları görül-mektedir.*”<sup>134</sup> cümlesinden, kanunkoyucunun “**gönderilme**” ile “**ulaşmayı**” kastettiği anlaşılmaktadır. Şu hâlde önerinin, tarife, fiyat listesi ya da benzerleri ile herhangi bir şekilde ulaştırılması yeterli olacaktır.

EBK m.7/II'deki “gönderme” kavramı da doktrinde geniş yorumlanarak, sadece gönderme değil, her türlü genel duyuru, örneğin radyo, televizyon, ga-zete ilânları bu hükme dâhil edilmekteydi<sup>135</sup>.

### 4. YTBK m.8/II'de sayı sorunu ve “ .... ya da benzerlerinin .... ” ibaresinin anlamı

Hemen belirtelim ki, YTBK m.8/II'deki ikinci durumda ifadesini bulantarife, fiyat listesi ya da benzerleriyle sunulan teklifler, birden çok mal ve/veya hizmet hakkında olabileceği gibi, tek bir mal ve/veya hizmeti de kap-sayabilecektir. Meselâ, tek bir mal hakkında bile olsa bir katalogun gönderil-mesi, örneğin “X” marka “Y” model arabanın katalogunun alıcıya ulaştırılması, koşullar gerçekleşmişse, bu hükmün kapsamına girecektir.

İsviçre'de hâkim doktrin, meselâ videoteks alışverişinde ya da tele alış-verişte (teleshopping/telemarketing)<sup>136</sup>, ürün bilgilerinin fiyatta verilerek elektronik olarak yayınlanmasının, katalogların gönderilmesine hukuken uydu-ğunu farz etmişlerdir<sup>137</sup>. Bir web sitesinde<sup>138</sup>, fiyat gösterilerek ürünlerin yayın-

<sup>133</sup> Jörg/Arter, s. 169; Honsell/Pietruszak, s. 775. Diğereleştiriler için bkz.: Gezder, İnternet, s. 104 vd.

<sup>134</sup> Gerekke, m.8.

<sup>135</sup> Bkz.: Eren, s. 223.

<sup>136</sup> Videoteks ve teleshopping için özellikle bkz.: Kocayusufpaşaoğlu, s. 184-185.

<sup>137</sup> Koller, § 7, N. 21; Jörg/Arter, s. 168-169.

<sup>138</sup> World Wide Web (www: Evrensel Ağ), “web sayfası” olarak adlandırılan milyonlarca ayrı belgeyi düzenlemekte ve bu sayfalar bütün dünyada “www” sunucularında tutulmaktadır. Bir satıcının/sağlayıcının web sayfaları toplu olarak “web sitesi” ve web sitesinin ilk sayfası da “homepage” (giriş sayfası) olarak

lanmasını, İsviçre doktrini, buna eş görerek, OR m.7/II'yi uygulayıp, kural olarak bunların öneri olarak ele alınmayacağını belirtmiştir<sup>139</sup>. Web sitelerindeki tekliflerin öneri mi öneriye davet mi olduğu tartışmasında ağırlık kazanan görüşe<sup>140</sup> göre, kural olarak, “Offline hukukî işlemlerde<sup>141</sup>” kural bu olmakla beraber, “Online hukukî işlemlerde<sup>142</sup>” kural web sitelerindeki tekliflerin öneri teşkil ettiği.

Ancak, mademki bizde bu hüküm değişmiştir, buna göre, bir web sitesi, tele alışveriş (teleshopping/telemarketing) vb.'de fiyat gösterilerek malların ve hizmetlerin yayınlanarak teklif edilmesi de, YTBK m.8/II ikinci duruma göre, kural olarak, öneri sayılacaktır. Hemen belirtelim ki, web sitesi, tele alışveriş (teleshopping/telemarketing) vb.'de de, YTBK m.8/II'nin ikinci durumunda anılan, tarife ve fiyat listesinde olduğu gibi, kural olarak<sup>143</sup> mal ya da hizmetin kendisi değil, meselâ bir web sitesinde sunulan ürünlerde, “bir ürün tanıtımı ve çoğunlukla bir fotoğraf, fiyat hakkında bilgi, .....”<sup>144</sup> yer almaktadır.

### 5. YTBK m.8/II'deki “...öneri sayılır.” ibaresi

Artık, YTBK m.8/II'nin ikinci durumunun yorumuna göre, tarifenin, fiyat listesinin ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça, öneri sayılacaktır. Buna göre, tarifeyi, fiyat listesini ya da benzerlerini gönderen satıcı/sağlayıcı, kural olarak, gelen siparişleri kabul etmek zorundadır, başka bir ifadeyle onları reddetme olanağına sahip değildir.

---

alandırılmakta ve bu sayfada genellikle web sitesinin amacı ve içindekiler okunabilmektedir (bkz.:**Frei**, s. 8; **Gezder**, İnternet, s. 39 vd.;**Gezder**, Mesafeli, s.107). İnterneti kullananlar, meselâ bir satıcının web sitesine girip onun linklerini kullanarak yazılı ve belki de resimli şekilde ürünleri gösteren web sayfalarına ulaşabilirler. Bazı linkler, kişiyi sözleşme koşullarını ve sipariş formlarını gösteren sayfalara bağlar. Böylece genellikle ekranda gösterilen sipariş formu doldurularak, satıcı/sağlayıcı ile sözleşme kurulabilir (**Gezder**, Mesafeli, s.107).

<sup>139</sup> **Frei**, s. 58;**Jörg/Arter**, s. 169.

<sup>140</sup> Bkz.:**Gezder**, İnternet, s. 96 vd.; Ümit **Gezder**, “Mukayeseli Hukukta Web Sitelerindeki Tekliflerin İcap mı İcaba Davet mi Olduğu Sorunu”, **Prof.Dr.ErgunÖzsunay'a Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 713 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 185 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 48.

<sup>141</sup> “Offline hukukî işlemler” için bkz.:**Gezder**, İnternet, s. 106 vd.

<sup>142</sup> “Online hukukî işlemler” için bkz.:**Gezder**, İnternet, s. 106 vd.

<sup>143</sup> Meselâ web sitelerinde bunun istisnası, online hukukî işlemlerdir. Zira, “bunlarda internet üzerinde mal ya da hizmetler dijitalize edilmiş olarak doğrudan doğruya mevcut olmakta, sözleşmenin akdi ve ifa internet üzerinde online yerine getirilmektedir. .... Mesela, alıcıya internet aracılığıyla yüklenen yazılım (Software), filmler, müzik ya da elektronik kitap vb.'nin satışı bir online hukuki işlemi oluşturacaktır. Online yapılabilir hizmetler de mevcuttur.” (**Gezder**, İnternet, s. 107).

<sup>144</sup> **Gezder**, İnternet, s. 96.

Şu hâlde, YTBK m.8/II'nin ikinci durumuna göre, meselâ bir web sitesinde ticarî reklam ve ilânlarla yapılan teklifler kural olarak bağlayıcı öneri sayılacağından, satıcı/sağlayıcı böylece teklifinin bağlayıcı olmadığını **açıkça bildirmek** zorunda kalacaktır. Bu teklifinin bağlayıcı olmadığı yönünde açıkça ve kolaylıkla anlaşılabilir bir beyanı eksikse, satıcı/sağlayıcı tamamen hukukî korumasızdır<sup>145</sup>. Zira satıcının/sağlayıcının tekliflerinin geleneksel diyebileceğimiz, meselâ kâğıda basılı tarifelerle, fiyat listeleriyle bir şehirde bin haneye veya kişiye gönderilmesiyle, örneğin televizyonda ve özellikle web sitelerinde görsel, elektronik şekilde ve sanal olarak o ülkede ve/veya dünyanın her tarafında milyonlarca kişiye yayınlanması arasında, anlaşılabilirliği gibi, çok büyük fark vardır. Bu son hâlde, özellikle web sitesi ile sınırsız alıcıya ulaşılabilecek ve çok kısa bir sürede satıcı/sağlayıcı, bilhassa tek bir hata var ise bu siparişlerin sayısını büyütecek<sup>146</sup>, böylece satıcı/sağlayıcı binlerce sözleşme kuruluşu ile karşı karşıya kalabilecektir. Aslında EBK m.7/II'de tarife, fiyat listesi ve benzerinin gönderilmesinin öneriye davet sayılmasının sebebi, önerinin ifa edemeyeceği kadar çok sayıda sözleşme kuruluşu ile karşı karşıya kalmasını engellemektir<sup>147</sup>. Bu yön, yani satıcının/sağlayıcının da korunması gerektiği düşüncesi, YTBK m.8/II'nin ikinci durumunda hiç hesaba katılmamıştır.

YTBK m.8/II'nin“....., **aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.**”ifadesinden, burada bir karinenin söz konusu olduğu açıktır. Şu hâlde, fiyatı gösterilerek mal sergilense (YTBK m.8/II'nin ilk durumu) veya tarife, fiyat listesi ya da benzerleri gönderilse (YTBK m.8/II'nin ikinci durumu) dahi, öneride bulunulmak istenmediği açıkça ve kolaylıkla anlaşılıyorsa, örneğin üzerinde “satıldı” ibaresi varsa, öneri sayılmayacaktır. Bu beyanın yorumu için, güven prensibine başvurulacaktır.

Bu durumda, bu yazdıklarımız nazara alınarak bir değişiklik yapılmadıkça, mademki YTBK m.8/II'nin ikinci durumu yakında bu hâliyle yürürlüğe girecektir, meselâ web sayfalarında, televizyonda sunulan mal sözleşme yapılır yapılmaz ya ekrandan kaldırılmalı ya satıldı diye bir işaret konulmalı<sup>148</sup> ya da, hiç değilse, İsviçre kanunkoyucusunun önerdiği gibi<sup>149</sup>, malın mevcut sayısı gösterilmeli ve her bir sipariş ile bu sayı azaltılmalıdır. Zira, irade beyanının bakış açısından yorumlanacağından, herkese açık önerinin söz konusu olduğu bu durumda, alıcılar satıcının/sağlayıcının davranışından onun her biriyle

<sup>145</sup> E-OR m.7'nin eleştirisi noktasında aynı yönde bkz.:Honsell/Pietruszak, s. 775.

<sup>146</sup> “Meselâ, bir İngiliz şirketi olan Argos'un web sitesinde hatalı olarak Sony televizyon için 299 pound yerine 2.99 pound yazılmıştır. Hata keşfedilmeden birkaç saat içinde bir milyon pound değerinde sipariş gelmiş, onlardan birkaçı birden çok hatta biri 1700 televizyon siparişi yapmıştır.” (Gezder, İnternet, s. 104).

<sup>147</sup> Bkz.:Schwenzer, N. 28.10; Kocayusufpaşaoğlu, s. 183-184.

<sup>148</sup> Bkz.:Jörg/Arter, s. 170.

<sup>149</sup> Bkz.:Begleitbericht zum Entwurf, s. 10.

sözleşme yapmak istemediğini açıkça ve kolaylıkla anlıyorsa veya anlayabilirlerdi iseler, satıcı/sağlayıcı sözleşme yapıp yapmamakta ve istediğiyle sözleşme yapmakta serbest olacaktır. Ancak alıcılar, satıcının/sağlayıcının davranışından onun her biriyle sözleşme yapmak istemediğini açıkça ve kolaylıkla anlamıyorsa veya anlayamazlardı iseler, satıcı/sağlayıcı belki de kendi ifa kapasitesinin üzerinde çok sayıda sözleşme kurmakla yükümlü olacak ve eğer ifa kapasitesini aşarsa, bunun hukukî sonuçlarına katlanacak ve özellikle tazminat yükümlülüğü ile karşı karşıya kalacaktır. Öneren, öneri bir yanılmaya (hataya) dayanmaktaysa, elbette yanılma sebebiyle iptal yoluna gidebilecektir. Ancak bu durumda YTBK m.35 (EBK m.26) gereği alıcıların, kural olarak, menfî zararını<sup>150</sup> giderme yükümlülüğü altında olacaktır<sup>151</sup>. EBK m.7/II, bu yükü oldukça hafifletmekte idi, ancak YTBK m.8/II, tüm riski önerene yüklüyor gözükmektedir.

Son olarak belirtelim ki, burada fiyatını göstererek mal sergilenmesinin veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesinin öneri sayılmadığını **ispat**, bunu iddia edene düşecektir.

## 6. YTBK m.8/I karşısında m.8/II ikinci durum

EBK m.7/I'in karşılığını teşkil eden YTBK m.8/I öneriye davetin bazı örneklerini<sup>152</sup> hüküm altına almıştır. Bu hükmün başlığından da anlaşılacağı gibi, burada önerenin “bağlayıcı olmayan önerisi” mevzubahistir. Zira bu hüküm, hiçbir yasal yorum içermeyip, sadece öneri kavramını belirlemekte ve bu kapsamda bağlayıcılığı saklı tutan bir beyanı, bir öneri olarak tanımlamamaktadır. Bu bağlı olmama hakkının saklı tutulduğu, m.8/I'e göre, **açıkça** veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden, anlaşılabilir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, YTBK m.8/II'nin ikinci durumuna göre, meselâ bir web sitesindeki teklifler kural olarak bağlayıcı öneri sayılacağından, satıcı/sağlayıcı böylece teklifinin bağlayıcı olmadığını açıkça bildirmek zorunda kalacaktır. Ancak bu zaten, YTBK m.8/I'de, doğrudan doğruya hükme bağlanan kuraldır.

Şu hâlde, m.8/II ikinci durumunun, m.8/I'den ne farkı vardır? Zira m.8/I'deki hallerde beyana **açık** ya da zımnî olarak “bağlı olmama kaydı” eklenirse, bu, tamamen bir öneri olarak değerlendirilecektir. Dikkat edileceği gibi YTBK m.8/I, “**Öneren, önerisi ....**” demektedir. Bu durumda, ancak “bağlı olmama kaydı”, beyanı, öneri olarak tanımlanmaktan kurtarmaktadır<sup>153</sup>. YTBK m.8/II ikinci durumuna göre de, tarife, fiyat listesi ya da benzerlerine açıkça ve

<sup>150</sup> Bu konuda bkz.: **Gezder**, *Culpa*, s. 150-151.

<sup>151</sup> Aynı yönde bkz.: **Honsell/Pietruszak**, s. 774.

<sup>152</sup> Bkz.: **Eren**, s. 222-223.

<sup>153</sup> Bkz.: **Schönenberger/Jäggi**, Art. 7, N.3; **Eren**, s. 223.

kolaylıkla anlaşılabilir “bağlı olmama kaydı” eklenirse, bunlar, yani tarife, fiyat listesi ya da benzerleri tamamen bir öneri sayılacaktır. Şu hâlde, ancak açıkça ve kolaylıkla anlaşılabilir “bağlı olmama kaydı”, bunları öneri olarak tanımlanmaktan kurtaracaktır. Demek ki aslında m.8/II ikinci durum, sadece m.8/I’in tekrarından ibarettir ve bu haliyle lüzumsuzdur. Başka bir ifadeyle, YTBK m.8/II ikinci durum ile, EBK m.7/II’de hükme bağlanan isabetli bir istisna kural, haksız olarak genelleştirilmiştir.

## SONUÇ

YTBK m.4/II’ye eklenen “bilgisayar....” ibaresi, EBK m.4/II zaten **de lege lata** bunu kapsadığından, Sözleşmeler Hukuku açısından hiçbir yenilik ihtiva etmemektedir.

İnceleme konusu yaptığımız diğer iki hüküm, yani YTBK m.7 ve m.8/II ikinci durum, esaslı değişiklikler içermektedir. Nitekim YTBK m.7 tamamen yeni bir hüküm; m.8/II ikinci durum ise EBK m.7/II’nin tamamen farklı düzenlenişidir.

YTBK m.7’nin konulduğu yer açısından tartışması yapılmasına rağmen, bu hükmün düzenlenmesi olumludur. Ancak, YTBK’nın kabulü sırasında son anda Mecliste YTBK m.7’den f.2’nin çıkarılması isabetli olmamıştır.

Bu çalışmada yapılan eleştiriler dikkate alınarak, YTBK m.8/II’nin ikinci durumu tekrar kaleme alınmalıdır. Zira aslında m.8/II ikinci durum, m.8/I’in tekrarından başka bir şey değildir ve bu haliyle lüzumsuzdur. Diğer bir deyişle, YTBK m.8/II ikinci durum ile, EBK m.7/II’deki istisna kural, haksız olarak genelleştirilmiştir.

Ayrıca, aslında EBK m.7/II’de tarife, fiyat listesi ve benzerinin gönderilmesinin öneriye davet sayılmasının sebebi, önerinin ifa edemeyeceği kadar çok sayıda sözleşme kuruluşu ile karşı karşıya kalmasını engellemektir. Bu yön, yani satıcının/sağlayıcının da korunması gerektiği düşüncesi, YTBK m.8/II’nin ikinci durumunda hiç hesaba katılmamıştır.

Sonuç olarak, YTBK m.8/II’nin ikinci durumu ile EBK m.7/II’nin değiştirilmesi hem lüzumsuz olduğundan hem de maksada uymadığından, bu değişiklik madem yapıldı, kanaatimize göre, Kanun yürürlüğe girmeden düzeltilmelidir.



### KISALTMALAR

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>AJP</b>	: Aktuelle Juristische Praxis
<b>BATİDER</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>BB</b>	: Betriebs-Berater
<b>Begleitbericht zum Entwurf</b>	: İsviçre'de 2001 yılında yayımlanan Elektronik Ticaret Hakkında Federal Kanun Tasarısı Raporu
<b>BGB</b>	: Bürgerliches Gesetzbuch
<b>Bkz.:</b>	: Bakınız
<b>CLSR</b>	: Computer Law & Security Report
<b>CR</b>	: Computer und Recht
<b>dnt.</b>	: Dipnot
<b>DNotZ</b>	: Deutsche Notar-Zeitschrift
<b>EBK</b>	: Eski Borçlar Kanunu (818 sayılı Borçlar Kanunu)
<b>E-OR</b>	: İsviçre'de 2001 yılında yayımlanan Elektronik Ticaret Hakkında Federal Kanun Tasarısı (Borçlar Hukuku'na ilişkin kısım)
<b>EuZW</b>	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<b>f.</b>	: fıkra
<b>ıç.:</b>	: İçinde
<b>K.g.</b>	: Karşı görüş
<b>m.</b>	: madde
<b>MS Direktifi</b>	: 1997 tarihli, 97/7/EC sayılı Mesafeli Sözleşmeler Direktifi
<b>MSDY</b>	: Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik
<b>MSHY</b>	: Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
<b>NJW</b>	: Neue Juristische Wochenschrift
<b>OJ</b>	: Official Journal of the European Communities/Union
<b>OR</b>	: Obligationenrecht
<b>recht</b>	: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
<b>RG.</b>	: Resmî Gazete
<b>s.</b>	: sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>SK</b>	: sayılı Kanun
<b>TKHK</b>	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
<b>TMK</b>	: Türk Medenî Kanunu

- YTBK** : Yeni Türk Borçlar Kanunu  
**y.y.** : yayıncı yok

### BİBLİYOGRAFYA

- Aepli, Viktor** : iç.: Peter **Gauch**/Viktor **Aepli**/Hubert **Stöckli** (Herausgegeben), **Präjudizienbuch zum OR – Rechtsprechung des Bundesgerichts**, Schulthess, Zürich 2006.
- Ayan, Mehmet** : **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, 6.Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2010.
- von Bernstorff, Christoph Graf** : “Ausgewählte Rechtsprobleme im Electronic Commerce”, **RIW**, 2000, s. 14 vd.
- Berger, Christian** : “Der Ausschluss gesetzlicher Rückgewähransprüche bei der Erbringung unbestellter Leistungen nach § 241a BGB”, **JuS**, 2001, s. 649 vd.
- Briner, Robert G.** : **Verträge und Haftung im Internet – Was der Praktiker im globalen Umfeld wissen muss**, orell füssli Verlag AG, Zürich 2002.
- BSK/Yazar soyadı, Art.... N...** : **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht I – Art. 1 – 529 OR**, Ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Zweite Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1996.
- Demir, Mehmet** : **Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması**, Turhan Kitabevi, Ankara, Mayıs 2004.
- Dilger, Petra** : **Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet**, Verlag C.H. Beck, München 2002.
- Engel, Pierre** : **Traité des obligations en droit suisse**, 2 édition, Stämpfli Editions SA, Berne 1997.
- Eren, Fikret** : **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Frei, Oliver** : **Der Abschluss von Konsumentenverträgen im Internet**, y.y., Zürich 2001.
- Fritzsche, Jörg/Malzer, Hans M.** : “Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen”, **DNotZ**, 1995, s. 3 vd.

- Gauch, Peter/Schlupe** Walter R./**Schmid, Jörg**  
**Geis, Ivo**  
**Gemar, Ralph** Christoph
- Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I**, 8. Auflage, Schulthess, Zürich 2003.
- : “Die digitale Signature”, **NJW**, 1997, s. 3000 vd.
- : “Rechtliche Aspekte moderner Telekommunikation – Dargestellt anhand der Rechtsprechung zum Fax in der Schweiz und in Deutschland”, **recht**, 1996, s. 94 vd.
- Gezder, Ümit** : **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet’te Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, 1.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul Mart 2004. (**Gezder, İnternet**)
- Gezder, Ümit** : “Mukayeseli Hukukta Web Sitelerindeki Tekliflerin İcaba mı İcaba Davet mi Olduğu Sorunu”, **Prof.Dr.Ergun Özsunay’a Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 701 vd.
- Gezder, Ümit** : **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009. (**Gezder, Culpa**)
- Gezder, Ümit** : **Mesafeli Sözleşmeler**, 2.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009. (**Gezder, Mesafeli**)
- Hart, Michael** : “Internet Law”, **CLSR**, Vol. 14, no. 4, 1998, s. 223 vd.
- Hatemi/Gökyayla** : **Borçlar Hukuku – Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Heun, Sven-Erik** : “Die elektronische Willenserklärung”, **CR**, 1994, s. 595 vd.
- Honsell, Heinrich/Pietruszak, Thomas** : “Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr”, **AJP**, 7/2001, s. 771 vd.
- İnal, Emrehan** : **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- İnceoğlu, M.Murat/Başoğlu, Başak**  
**Jörg, Florian** S./**Arter, Oliver**
- : “Sipariş Edilmemiş Malların Gönderilmesi”, iç: **Prof.Dr.Rona Serozan’a Armağan**, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 981 vd.
- : “Ein kritischer Blick auf den Entwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr”, **AJP**, 2/2002, s. 165 vd.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** : **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

- Kırca, Çiğdem** : “İnternette Sözleşme Kurulması”, **BATİDER**, C.XX, S.4, Aralık 2000, s. 99 vd.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** : **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukukî İşlem – Sözleşme**, 4 üncü Bası dan 5 inci Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.
- Koller, Alfred** : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil – Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht – Band I**, Stämpfli Verlag AG, Bern 2006.
- KUKO/Yazarın soyadı, Art. ... N ...** : **Kurzkommentar – OR – Obligationenrecht Art.1-529**, Hrsg. Heinrich **Honsell**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2008.
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred** : **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 9. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2004.
- Nomer, Halûk N.** : **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, Dokuzuncu Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.
- OFK/Kostkiewicz** : iç: Jolanta Kren **Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf** (Herausgegeben), **OR – Schweizerisches Obligationenrecht**, 2.Auflage, orell füssli Verlag AG, Zürich 2009.
- Oğuzman, Kemal/Öz, M.Turgut** : **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, Sekizinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.
- Öz, M. Turgut** : **Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Rehbinder, Manfred/Schmaus, Stefan** : “Rechtsprobleme beim Vertragsschluss im Internet”, **UFITA**, 2000/II, s. 313 vd.
- Reed, Chris** : **Computer Law**, Ed. Chris Reed, Fourth Edition, Blackstone Press Limited, London 2000.
- Reich, Norbert** : “Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz”, **EuZW**, 1997, s. 581 vd.
- Sağlam, İpek** : **Elektronik Sözleşmeler**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.

- Schmidlin, Art. ...., N.....** : iç: **Ernst A. Kramer/Bruno Schmidlin, Berner Kommentar – Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Allgemeine Bestimmungen, 1. Abteilung, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1986.
- Schönenberger, Wilhelm/Jäggi, Peter** : **Zürcher Kommentar, Teilband V 1a, Kommentar zu den Art.1-17**, 3.Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1973.
- Schwab, Karin F.** : **Die Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in elektronisch abgeschlossene Verträge**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2001.
- Schwenzer, Ingeborg** : **Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil**, Vierte Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2006.
- Sosnitza, Olaf** : “Wettbewerbsrechtliche Sanktionen im BGB – Die Reichweite des neuen § 241a BGB”, **BB**, 2000, s. 2317 vd.
- Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet /Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla Yavuz, Cevdet** : **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7.bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Yavuz, Cevdet** : **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 8. Baskı (Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz/Faruk ACAR/Burak Özen, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe** : **Zevkliler Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri**, 9.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.



# 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN\*

## I. KAVRAM OLARAK GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Borçlar Kanunumuzun (“BK”) borç kaynağı olarak sözleşmelere dair hükümleri, esas itibariyle aynı sosyo ekonomik konumda olan ve bir araya gelip görüştükten sonra sözleşmeyi kurduğu farz edilen taraflar dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bir başka deyişle, klasik sözleşme, felsefi bir görüş olan irade özgürlüğünün sözleşmeler hukukuna uygulanması ile doğmuştur. Sözleşmeler hukuku başlıca iki ilkeye dayanır. Bunlar, sözleşme özgürlüğü ve tarafların eşitliği ilkeleridir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, aslında kişinin davranış hürriyetinin, hak ve fiil ehliyetinin ve dolayısıyla kişiliğinin zaruri bir sonucudur. Sözleşme özgürlüğü ile hukuk düzeni bireylere sözleşmeye konu teşkil edecek ilişkilerini bizzat düzenlemek, ona diledikleri şekli vermek olanağı sağlamaktadır.

Borçlar Hukukunda hâkim olan bir diğer ilke, taraflar arasındaki eşitlik ilkesidir. Borç ilişkisinin tarafları arasında Yasa ilke olarak bir ayrıma gitmemiş olup, ekonomik ve sosyal durumlarına bakılmaksızın alacaklı ve borçlu kanun önünde birbirine eşit sayılmış ve eşit korumaya tabi tutulmuştur.

Günümüzün gelişen ve değişen ekonomik şartlarına paralel olarak durum çok değişmiş olup başta bankacılık, sigortacılık, taşıma işleri olmak üzere pek çok alanda aynı konulara dair pek çok kimse ile ileride yapılması planlanan sözleşmelerin şartları, önceden tek taraflı olarak banka, sigorta ve taşıma işleri gibi benzer işleri yapan kurumlarca hazırlanmakta ve herhangi bir tartışma olanağı olmaksızın karşı tarafın önüne konularak dayatılmaktadır.

**A. TBK. md. 20 de** genel işlem koşulları *“Bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, **tek başına** hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir”* şeklinde tanımlanmıştır. Alman Medeni Kanununun 305. (§ 305 BGB) maddesinde de genel işlem şartları *“Çok sayıda sözleşmeler içinde sözleşen taraflardan birinin önceden düzenlediği sözleşmenin aktedilmesi anında sözleşmenin diğer tarafına sunduğu sözleşme şartlarıdır”* şeklinde tanımlanmıştır. Almanyada 09.12.1976 tarihli Genel İşlem Şartları Kanunu isminde özel bir kanun mevcuttu ancak 31.12.2001 tarihinde söz konusu kanun

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

hükümleri Alman Medeni Kanunu içine alınmıştır. Almanyada genel işlem şartları BGB'nin 305 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir<sup>1</sup>.

**1) TBK.' da kullanılan "tek başına" ifadesi** yanlış anlaşılmaya müsait bir kavramdır. Bu ifadeden sözleşmenin taraflarından birisi sözleşmeden önce tek başına bazı hükümler hazırlayarak diğer tarafa sunacak gibi bir anlam ortaya çıkıyor. Tek başına ifadesi yerine tek yanlı olarak veya Alman Medeni Kanun'unda olduğu gibi sözleşmenin taraflarından birinin önceden düzenlediği gibi yanlış anlaşılmaların önüne geçecek ifadeler kullanılabilir. Bir örnekle tek başına ifadesinin nasıl yanlış anlaşılabilirliğini somutlaştıralım. Genel işlem şartı sayılabilecek hükümleri düzenleyen tarafın noterlik yapan bir arkadaşıyla birlikte bu hükümleri düzenlemiş olması söz konusu hükümlerin genel işlem şartı olarak değerlendirilmesine engel değildir. Ancak kanununun ifadesine bakılırsa tek başına hazırlamadığı için burada sanki genel işlem şartı yokmuş gibi bir anlam çıkarılabilir.

**2) TBK. md. 20 de geçen çok sayıdaki sözleşme** ifadesiyle ilgili olarak da şunlar söylenebilir. Bir seferlik belirli bir sözleşmede kullanılmak üzere sözleşme koşulları hazırlanmış ise bunları genel işlem şartı olarak nitlendirmek mümkün değildir. Kaç adet sözleşme çok sayıda kabul edilmelidir. İki veya üç sözleşme çok sayıda sözleşme olarak kabul edilebilir mi? Alman doktrin ve uygulaması en az üç kez kullanılmak üzere hazırlanmış olmayı aramaktadır. Türk Hukuk doktrininde ve uygulamasında böyle bir sayısal sınırlama söz konusu değildir. Ancak burada şu nokta da önemlidir. Doktrinde GİŞ'nin bir dernek veya kurum gibi üçüncü kişiler tarafından hazırlanması halinde somut olayda bunları sözleşmeye dahil eden kişinin birden fazla kullanım niyeti içinde olup olmadığına bakılmayacağı iddia edilmektedir. Buna göre örneğin bir kira sözleşmesi yapan kişinin matbu kira sözleşmelerinden faydalanması halinde de GİŞ kullanımı söz konusu olacaktır. O kişinin ayrıca başka evlerde kiralama amacının olup olmadığına bakılmaz. Çünkü burada önemli olan söz konusu matbu kira sözleşmesi formulerini hazırlayan kişide birden fazla kullanım niyetinin olup olmadığıdır. Birden fazla sözleşmede kullanım söz konusu olduğundan bu örnekte GİŞ mevcuttur.

Ancak farklı bir görüşe göre<sup>2</sup> bu gibi hallerde kiracının veya kiralayanın gelecekte bu formülere dayanarak birden fazla sözleşme yapma isteği olmadığından GİŞ mevcut değildir şeklinde de düşünülebilir. Ancak bu görüşün kabul edilmesi halinde genelde müteşebbisler tarafından oluşturulmuş

<sup>1</sup> FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 98.

<sup>2</sup> Bkz. ATAMER, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, s. 67.



çıkar birliklerince hazırlanan GİŞ'nin kullanılması halinde denetim olanağı ortadan kalkacaktır şeklinde itiraz edilmektedir<sup>3</sup>.

**3) GİŞ'ni hazırlayan kişilerden başkası acaba bu GİŞ'ı kullanırsa** yine de TBK. md. 20 anlamında GİŞ'dan bahsedilebilir mi? Kanunun ifadesine bakılırsa düzenleyen ile kullananın aynı kişi olması gerektiği gibi bir sonuç çıkıyor. Böyle bir durum maddenin uygulama alanını yanlış bir şekilde sınırlandırmaktadır. Kullanıcı, sözleşme kurulmadan önce hazırlanmış olan GİŞ'ni karşı tarafa sunan ve bunların sözleşme içeriği olmasını isteyen kişidir. Önemli olan GİŞ'ni kimin sözleşmenin karşı tarafına sunduğudur yoksa kimin kaleme aldığı çok önemli değildir. Örneğin avukat A'nın hazırlayıp kaleme aldığı GİŞ'ni karşı tarafa sunan B olabilir. B, kullanıcı konumunda avukat A ise hazırlayan konumundadır. Hazırlayan kişinin ve kullanıcının farklı şahıslar olması sözleşmede GİŞ olarak nitelendirilecek hükümlerin GİŞ olmasını engellememelidir.

**4) TBK. md. 20 de sözleşme yapılırken** karşı tarafa sunulan sözleşme hükümlerinden bahsetmektedir. Karşı tarafa en geç sözleşmenin kurulması safhasında bu hükümler sunulmalıdır. Sözleşme görüşmeleri tamamlandıktan ve sözleşme kurulduktan sonra sunulan hükümler GİŞ olarak nitelendirilemez. Berlin Eyalet Mahkemesi'nin (1982 tarihli kararı) bir kararında uçak bileti alırken sözleşme koşullarının bilet arkasında yer alması ve biletin sözleşme kurulduktan sonra teslim edilmesi halinde sözleşmenin GİŞ olmadan kurulduğunu, yani GİŞ'nin bireysel sözleşme haline gelmediğini, kabul etmiştir<sup>4</sup>.

**5) Sözleşme görüşmelerinde kullanılan dil** ile genel işlem şartlarında kullanılan dil aynı olmalıdır. Sözleşme görüşmeleri Türkçe yürütülmüş fakat GİŞ niteliğindeki hükümler İngilizce yazılmış ise GİŞ mevcuttur denilemez. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu bir olayda sözleşme müzakereleri Almanca ve Fransızca yürütülmüş ancak yetkili mahkemenin tespitine dair hüküm İngilizce ve anlaşılması nerdeyse imkansız bir şekilde kaleme alınmıştır. Federal Mahkeme de yetkili mahkemenin tespitine dair şartın GİŞ olarak kabul edilemeyeceğine karar<sup>5</sup> vermiştir. Diğer bir ifadeyle bireysel sözleşmenin içeriği haline gelmemiştir.

**6) Genel İşlem Şartları ile bireysel sözleşme hükümleri çelişirse** hangisine öncelik tanınmalıdır? Örneğin taraflar arasındaki bireysel sözleşmede ifa tarihi olarak kesin bir vade tarihi tespit edilmiş ancak bireysel sözleşmeye ekli bulunan GİŞ içinde yer alan bir hükümde ise ifa tarihinin bir ay sonra

<sup>3</sup> TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 156.

<sup>4</sup> ATAMER, s. 91.

<sup>5</sup> ATAMER, s. 98.

olduğu ifade edilmişse bu durumda bireysel sözleşme hükmünün önceliği vardır GİŞ içinde yer alan hüküm etkili olmaz. Yine İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında bir garaj işletmecisinin arabanın tamiri ve bakımını üstlenmiş olması halinde sözleşmeye ekli GİŞ metninde donmadan kayanıklanan zararlar için garaj işletmecisinin sorumlu olmayacağına ilişkin hükmü kabul etmemiştir<sup>6</sup>. Hatta bireysel sözleşme hükmü müşterinin aleyhine GİŞ’de yer alan hüküm müşterinin lehine olsa da bireysel sözleşme hükmüne öncelik tanınmaktadır.

## **II. TBK. MD. 21 HÜKMÜ İLE İLGİLİ DEĞERLENDİRMELER (YAZILMAMIŞ SAYILMA)**

Karşı tarafın aleyhine (menfaatine aykırı) GİŞ nın sözleşmenin kapsamına girebilmesi için sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi ve bu şartlar çerçevesinde sözleşmeyi kurmak istediğini açıkça bildirmesi gerekmektedir. Bu da yeterli değildir buna ilaveten düzenleyen, karşı tarafa bu hükümlerin içeriğini öğrenme imkanı sağlamalıdır. Aksi takdirde GİŞ metninde yer alan hükümler sözleşme içeriğine dahil olamayacaklardır. Örneğin sözleşmenin telefon yoluyla kurulması durumunda GİŞ nın varlığından hiç bahsedilmemişse birinci sebepten, bahsedilmiş ama karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme imkanı verilmemişse ikinci sebepten dolayı GİŞ sözleşme içeriği haline gelemeyecektir.

Kanunda yazılmamış sayılır şeklinde bir ifade kullanılmış ancak buradaki sorun söz konusu hükümlerin sözleşme içeriğine dahil olamamasıdır, sözleşmenin bir parçası olamamasıdır, yoksa yazılı olması bile gerekmeyen kayıtların yazılmamış sayılması değildir. Elbette GİŞ yazılı olmak zorunda değildir.

## **III. TBK. MD. 22 DEKİ YAZILMAMIŞ SAYILMANIN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ**

Yazılmamış sayılma ile kastedilen husus söz konusu GİŞ’nin batıl sayılmasıdır. Bu durumda batıl sayılan bu hükümlerin dışında kalan sözleşmenin diğer hükümleri geçerliliğini korur. Burada BK. md. 20 anlamında bir kısmi butlan olduğu ileri sürülmektedir. Zira sözleşmenin bağımsız bir hükmü batıl sayılmaktadır. Bu da, kısmi butlanın objektif şartıdır. Ancak subjektif şart açısından sorunlar doğmaktadır. Subjektif şart ise BK. md. 20/II hükmünden kaynaklanan “somut olayda tarafların batıl kısım olmadan da sözleşmeyi yapacak oldukları kabul edilebilmelidir”. BK. md. 20/II ise tarafların kısmi butlanı kabul edeceklerine dair bir karine getirmiştir. Aksini iddia eden yani sözleşmenin tamamının batıl olması gerektiğini savunan taraf

<sup>6</sup> ATAMER, s. 126.

bu iddiasını ispat etmek zorundadır. Burada GİŞ'ni kullanan taraf farazi iradesinin ilgili hüküm olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmamak yönünde olduğunu iddia edecek ve bunu ispat etmeye çalışacaktır. Halbuki bu ispatın getirilerek sözleşmenin tümüyle geçersiz kılınacağını kabul etmek karşı tarafı (müşterileri) korumak açısından son derece elverişsiz bir çözümdür. Burada tarafların farazi iradeleri karşı karşıya gelmektedir. Hakim seçim yaparken tercihini zayıf olan tarafa kullanmalıdır.

#### IV. TBK. MD. 23 İLE İLGİLİ DEĞERLENDİRMELER

Doktrinde belirsizlik ilkesi olarak da adlandırılmaktadır. Buna göre, GİŞ da yer alan hüküm, açık, anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa düzenleyenin aleyhine karşı tarafın lehine yorumlanır. Sigorta hukuku alanında bununla ilgili bir örnek<sup>7</sup> vermek gerekirse: **Alman sigorta şirketleri tarafından Almanyada yerleşik Türklerin arabaları** için yapılan mali sorumluluk sigortasına ilişkin GİŞ içinde bunların Avrupa için geçerli olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle de sigorta şirketleri sadece Trakya'da gerçekleşen kazaları sigorta kapsamında saymış Anadolu'daki kazalar için koruma sağlamamıştır. Bu durum GİŞ hükmünün müşteri lehine yorumlanmasıyla aşılabilir. Avrupa'nın tüm Türkiye'yi kapsayacak şekilde yorumlanması gerekir. Yok eğer GİŞ içinde Türkiye'nin kapsam dışı tutulduğu yazılıysa bu hükmünde şaşırtıcı sayılması<sup>8</sup> ve bu hükmün de sigortacının açıkça müşteriye aydınlatması halinde geçerli olacağı kabul edilmelidir.

#### V. TBK MD. 24 DEĞİŞTİRME YASAĞI

Bu madde hükmüne göre, “genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır”. Böylelikle artık sözleşmenin en altına fark edilemeyecek bir şekilde sözleşmede her türlü değişiklik yapabilme yetkisinin bir taraf lehine saklı tutulması bir anlam ifade etmeyecektir.

#### VI. TBK. MD. 25 İÇERİK DENETİMİ

Madde içeriği “genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz” şeklindedir.

Almanya'da yeni imal edilmiş ve satılmış mobilyalar için her türlü tekeffülün GİŞ yoluyla kaldırılmasını Alman Federal Mahkemesi dürüstlük

<sup>7</sup> ATAMER, s. 135.

<sup>8</sup> “Şaşırtıcı Şartlar” veya “Şaşırtıcı Hükümler” olarak da isimlendirilen bu durumlar için bkz. FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 105, 106.

kuralına aykırı bulmuş ve kabul etmemiştir<sup>9</sup> (BGB § 242 karşılığı MK. md.2). Dürüstlük Kuralı ile denetim yöntemi Almanyada da GIŞ kanunu dahi yürürlüğe girmeden önce uygulanmaktaydı<sup>10</sup>. Bunun kanun hükmü ile tespit edilmiş olması güzel bir gelişme olmuştur. Birçok mahkeme kararında da sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılması şeklinde yorumlar yapılmıştır.

Yargıtay bu konuda oldukça isabetli kararlar vermiştir<sup>11</sup>. Yargıtay, 1981 yılında verdiği bir kararda içerik denetimi yapmıştır. Yargıtay, “Taraflar arasındaki taahhütname günü 8.5.1975’den başlayarak davacı taksitleri yatırmaya devam etmesine karşılık çekilecek kur’anın kendisine isabet etmesi ise bir rastlantıya bırakılmıştır. Öyleki davacıya otomobil çok uzun sayılabilecek bir süre geçtikten sonra 11.03.1978 de isabet etmiştir. Geçen zaman içinde kuranın isabet ettiği güne kadar artan fiyatların dışında bir de teslimde gecikmenin yol açtığı fiyat artışlarının davacının omuzlarına yüklemek hakseverlik ve denkseverliğe aykırı olduğu gibi MK. md. 2 de yer alan kurallarla da apaçık çelişir. Basılı hükümlerin iştirakçiler aleyhine yorumlanmasını haklı gösteren bir neden yoktur. Burada MK. md. 2 asla gözardı edilemez.” şeklinde karar vermiştir.

---

<sup>9</sup> ATAMER, s. 171.

<sup>10</sup> FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 107, 108.

<sup>11</sup> Kararlar için bkz. ATAMER, s. 173, 174.

# TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN TÜRK TİCARET KANUNUNDAKİ HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN HÜKÜMLERE ETKİSİ

Yrd. Doç. Dr. Tamer PEKDİNÇER\*

## GENEL OLARAK:

Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan değişikliklerin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki haksız rekabete ilişkin hükümlere etkisini belirleyebilmek için öncelikle YTTK'nda haksız rekabete ilişkin hükümlerin düzenlenmesinde benimsenen ilkelere ilişkin genel bir açıklama yapmak gerekir<sup>1</sup>.

Bu genel açıklamalardan sonra ise TBK'ndaki değişikliklerin bu düzenlemeye etkisini inceleyeceğiz.

## 1. YTTK'NUN Haksız Rekabet Hükümlerine İlişkin Genel Açıklamalar:

6102 Sayılı YTTK'ndaki haksız rekabet hükümleri düzenlenirken 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu esas alınmıştır. Haksız rekabete ilişkin hükümlere YTTK'da m.54 ila 63 arasında yer verilmiştir.

Bu düzenleme mevcut düzenlemeden birçok noktalarda önemli farklılıklar göstermektedir.

Öncelikle haksız rekabetin tanımı kaldırılmış onun yerine haksız rekabetin "Amaç ve İlke"sinin belirleyici olduğu vurgulanmıştır. Bunun neticesinde de haksız rekabetin belirlenmesindeki temel ilkenin, "rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar"ın olduğu vurgulanmıştır.

Amaç ise bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.

Bu tanımdan yola çıktığımızda haksız rekabet hükümlerinin 2 taşıyıcı kolunu (YTTKm.54 Gerekçe) olduğu söylenebilecektir.

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Sunumuz süresince kavram karışıklığına yol açmaması amacıyla mevcut ve halen yürürlükte bulunan 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu için "TTK"; 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu için "YTTK" ibaresini ; Mevcut ve halen yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu için "BK" ibaresini, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu için ise "TBK" ibaresini kullanacağım.

Birinci taşıyıcı kolon, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasının gerektiğidir. Maddedeki BÜTÜN KATILANLARDAN kasıt, rekabet hukukunda ÜNLÜ ÜÇLÜ diye ifade edilen EKONOMİ, TÜKETİCİ ve KAMU'DUR. Maddenin bu denli geniş düzenlenmesi sadece rakiplere özgülenmesinde önünü kapatmıştır. Madde de yapılan değişiklikle ticaret hayatının içerisindeki her aktörün (özellikle de esnafın) bu kapsamda değerlendirmesinin mümkün olduğu, bunun neticesinde de haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

İkinci taşıyıcı kolon ise, Dürüst Davranış Kuralıdır. Bu kurala aykırılık ya da davranışlarla ya da ticari uygulamalarla gerçekleşir. Davranışlar veya ticari uygulamalar, iş etiğine, doğruluğa, dürüstlüğe ters, aldatıcı, yanıltıcı, kandırıcı nitelikte olabilir. Maddenin gerekçesinde hükümde yer alan "DÜRÜST DAVRANIŞ KURALI"nın TMK m.2'deki DÜRÜST DAVRANIŞ KURALI ile tam örtüşmeyebileceği vurgulanmıştır. Zira, TMK m.2 sözleşmesel ve ön-sözleşmesel (Sözleşme yapma vaadi) temelde ve taraflar arasındaki ilişkide mevcut güvenle ilgilidir. Halbuki YTTK'ndaki haksız rekabet hükümleri açısından bu alanda bir taraf bulunmayabilir.

Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ve ticari uygulamaların örnek vermek suretiyle sayıldığı 55.madde/(TTKm.57.maddeye) göre TBK müesseselerine vurgu yapmak suretiyle genişletilmiştir. Madde, 6 kategoride toplam 21 alt bend halinde düzenlenmiştir.

6 Kategori şöyle sıralanabilir:

1. Dürüstlük kurallarına aykırı reklam ve satış yöntemleri ve diğer hukuka aykırı davranışlar;
2. Sözleşmeyi ihlal etmeye ve sona erdirmeye yöneltilmeler;
3. Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma;
4. Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etme;
5. İş şartlarına uymama;
6. Dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanma.

Maddeye baktığımızda 10, 11 ve 12 numaralı bentlerde, Türk Borçlar Kanunu'ndaki tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin esas alınarak düzenlenen haksız rekabet halleri olduğu görülmektedir. Tüketici kredilerinde, taksitli satış veya benzeri satış şartlarında, bunlara ilişkin form örneklerde, ilan ve Reklamlarda kullanılan belirsiz, yanıltıcı, aldatıcı ve kandırıcı ifadelerden tüketicinin korunmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.

Özellikle taksitle satışlarda, şartların açık olmaması, uygulanan faizi veya vade farkını, ödemelerin nasıl yapılacağı ve taksitle satış yapanın unvanını açıklamak haksız rekabet(Dürüstlük kuralına aykırı olduğundan) teşkil edecektir.

3. kategori ise (c bendi) EMEK ilkesinin geniş bir uygulamasıdır. Emek kavramına TBK m.77 vd. nda da vurgu yapıldığını görmekteyiz. Gerçekten de

TBKm.77'de "Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya **emeğinden zenginleşen**, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür".

Maddenin son fıkrasında (f bendi) Genel işlem şartlarına (TBKm.20-25) aykırılığın haksız rekabet teşkil ettiği belirtilmiştir. Eskiden sadece 4071 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4822 Sayılı Kanunla değişik 6.maddesinde yer alan hüküm artık tüm BORÇ İLİŞKİLERİNDE VE DOLAYISIYLA HAKSIZ REKABET HUKUKUNDA DA uygulama alanı bulacaktır.

## 2. Türk Borçlar Kanunu'ndaki Değişikliklerin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Etkileri

A. Bu genel açıklamalardan sonra öncelikle "**HAKSIZ REKABET**" başlığını taşıyan TBKm.57(EBKm.48) hükmünün değerlendirilmesini yapmak gerekir. Hüküm İsviçre BK m.48'den aktarılmıştır. Ancak sunumun başında belirttiğim üzere İsviçre'de ilk kez 1945 yılında yürürlüğe giren "HAKSIZ REKABETİN ÖNLENMESİNE İLİŞKİN İSVİÇRE FEDERAL YASASI" ile sözkonusu hüküm kaldırılmıştır.1956 tarihli mevcut TTK hazırlanırken BK'ndaki bu hükmün çıkarılması öngörülmüşsede sadece ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır" şeklindeki 2.fıkrası eklenmiştir.

TBK'da "Haksız Rekabet" başlığını taşıyan 57.maddesine göre;"*Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir.*

*Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.*"<sup>2</sup>

Bu hükmün eklenmesi doktrinde, ticari nitelikteki haksız rekabet eylemlerine TTK, adi işlere ilişkin haksız rekabet hallerinde ise BKm.48 hükmünün uygulanacağı savunulmasına yol açmıştır<sup>3</sup>Doktrindeki bu tartışma yüksek

<sup>2</sup> BK'ndaki mevcut hüküm Haksız rekabet

BK Madde 48 - Yanlış ilanlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir.

(Ek: 29/06/1956-6763/41 md.) Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur.

<sup>3</sup> (KARAYALÇIN,Yaşar:s.Ticaret Hukuku I Giriş Ticari İşletme,3.Bası,Ankara 1968,s.479; MİMAROĞLU,Sait Kemal; Ticaret Hukuku, C.Ticari İşletme Hukuku,Ankara 1978,s290,ARSLANLI,Halil;.Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler,3.Bası,İstanbul 1960,s.222; TEOMAN Ömer(Ülgen Hüseyin/Helvacı

mahkemenin çeşitli kararlarına yansımış ve çelişkili kararların verilmesine neden olmuştur. Nitekim Yüksek Mahkeme 15.05.1989 tarihli ve 88-2889/2929 sayılı kararında (Yargıtay Kararlar Dergisi (YKD) 1990, C.16, S.1, s.64-65), **“ticari haksız rekabetin tacirler arasında söz konusu olabileceğinin aşikar olduğu, taraflar ve özellikle de davalı taraf tacir olmadığından ve davada bir ticari rekabet söz konusu olmadığından dava ister gayri ticari haksız rekabet veya ister iddia edildiği gibi haksız fiil olsun her 2 halde de dosyanın temyiz incelemesinin Y.4.HD.sinin görevine girdiğine”** hükmetmiştir.

Y.11.HD.si, 07.06.2007 tarihli E.2006/929 K.2007/8748 Sayılı **kara- rında “Serbest meslek mensupları (Avukatlar, doktorlar, mimarlar vb) arasındaki rekabetin TTKm.56 kapsamında bir ticari rekabet olarak kabul edilemeyecek olmasına ve davada BKm.48nin koşullarında gerçekleşmemiş bulunmasına göre”** demiştir.

Buna karşılık HGK'nun 12.12.2007 tarih ve 11-965/961 Sayılı kararında (Yargı Dünyası, 2008, S.147, s.67-74), **“Haksız rekabetten söz edebilmek için kusur, zarar, illiyet bağı unsurları birlikte gerçekleşmelidir. Her 2 tarafında tacir olması veya her ikisinde ticari unvanının bulunması gibi bir koşul aranmamıştır”** denmiştir. Yüksek mahkemenin bu kararı, haksız rekabette ku- surun, sadece tazminat davaları için arandığı hususu dikkate alınmadığı için ayrıca eleştiriyeye açıktır.

Öncelikle belirtmek isterim ki yüksek mahkemenin Ticaret Kanunu hü- kümlerinin uygulanamayacağına ilişkin vermiş olduğu kararlara katılmak -gerek TTK gerekse 6102 Sayılı YTTK'nun haksız rekabet hükümleri uyarınca- mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle haksız rekabete ilişkin TTK'ndaki hükümler iktisadi rekabetin bulunduğu bütün hallerde uygulama alanı bulacaktır. Zira TTKm.56'daki genel hükümde **“iktisadi rekabetin her türlü suistimalinin”** haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmiş iken, YTTKm.54 daha da ileri giderek **bütün katılanların** menfaatlerini önplana çıkartmıştır. Ayrıca önemle belirtmek isterim ki, TTK m.58/III'de **“Esnaf Dernekleri”** davacı olabileceği belirtilmiş iken YTTKm.56'da **“ESNAF ODALARI, TÜKETİCİLERİN EKONOMİK MENFAATLERİNİ KORUYAN SİVİL TOPLUM KURULUŞLARIYLA KAMUSAL NİTELİKTEKİ KURUMLAR”**ında haksız rekabet davalarının bir kısmını (1.fikrasının a, b ve c bentlerindeki) açabileceği belirtilmiştir.Bu

---

Mehmet/Kendigelen,Abuzer/Kaya Arslan/Nomer Ertan,N.Füsun),Ticari İşletme Hukuku,İstanbul 2006,,N.1275; ARKAN,Sabih;s.294; POROY Reha/YASAMAN, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku,10 bs.,İstanbul 2004,,s.198; İMREGÜN,Oğuz;s.Kara Ticaret Hukuku Dersleri,13.Bası,İstanbul 2005,,s.79; GÖLE,Celal;Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara, 1983,s.154;ÖRS,Fahrettin;Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet,Ankara 1958,s.24.REİSOĞLU;Sefa;Borçlar Hukuku, Genel Hükümler,İstanbul 2011,22. Bası,s.222)



düzenlemenin yanında ticari işleri düzenleyen 3.maddenin “**Bu Kanunda düzenlenen hususlarla** bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir” hükmü neticesinde TTK’nda düzenlenen haksız rekabet teşkil eden eylemlerin (Tıpkı 2 öğrencinin birbirine bono vermesinde olduğu gibi) ticari iş niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Gerçektende kanunkoyucu, bu ifadesiyle, Ticaret kanununda düzenlenen bütün hususlara, kanun gereği, bir ticari iş özelliği vermek istemiştir. Bir başka ifadeyle, Ticaret kanununda öngörülmuş hususlar, hukuki yapıları itibarıyla ister ticari iş niteliğinde olsun ister olmasınlar, sırf Ticaret Kanununda düzenledikleri için, ticari işlerdir, bunların ticari iş niteliğini kendi yapıları değil, sadece Ticaret Kanununda yer almış olmaları belirler. Yukarıda da belirttiğimiz üzere YTTK’nun haksız rekabete ilişkin düzenlemede gerek BÜTÜN KATILANLAR demek gerekse TÜKETİCİYİ esas alması neticesinde BKm.57 (Tüketici: Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi; Kanun, No.: 4822, K. Tarihi: 06-03-2003, R.G. Tarihi: 14-03-2003-S.:25048 ) ) hükmünün gereksiz olduğu, TBK hazırlanırken çıkartılması gerektiği, bununda –yüksek mahkemenin çelişkili kararlarına da yansıyan-tartışmaları sona erdirmesi açısından daha isabetli olduğu kanaatindeyim. TBK’da bu düzenleme kaldırılmadığı gibi m.57’nin gerekçesinde “**iletişim teknolojisinde meydana gelen gelişmeler göz önünde tutularak, gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması**” denilerek hükmün kapsamının genişletildiği de vurgulanmıştır.

**B.** Bu açıklamalardan sonra TBK’ndaki değişikliklerin haksız rekabet hallerindeki tazminat davalarına etkisinin değerlendirilmesi gerekir.Bilindiği üzere haksız rekabet davalarında eylemi yapanın kusurlu olması gerekmediği gibi, haksız rekabete maruz kalanın zarar görmüş olması da sadece tazminat davalarında aranan bir koşuldur. Gerek TTK m.58 gerekse YTTK m.56’da “Kusur varsa zarar ve ziyanın tazmini” ile TBK m.58’inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini” talep edebileceği belirtilmiştir. Burada vurgulanması gereken husus, kusurun “KASD” şeklinde gerçekleşmesi gerekmediği ve hukuka aykırılığın ispatı halinde karine olarak kabul edilmesidir. Bu durumda “zarar”da tipik haksız fiil zararı olmayıp YANSIMA ZARARI niteliğindedir(HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA;Emre; Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İstanbul 2011, s.176).

Uygulamada haksız rekabetin, haksız fiil niteliğinde olduğu kabul edildiğinden, bundan doğan tazminat davalarında BK hükümleri esas alınmaktadır. Bu çerçevede TBKm.76 “**GEÇİCİ ÖDEMELER**” başlığı altında yeni bir kural getirdiğini ve bundan sonra bu hüküm haksız rekabetten doğan tazminat davalarında yaygın bir şekilde uygulanabileceği kanaatindeyim.

Zikredilen maddeye göre “**Zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde**

***hakim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.***

***”Bu geçici ödemeler, ileride hükmedilen tazminattan mahsup edilir, şayet tazminata hükmedilmezse hakim, davacının aldığı geçici ödemeleri yasal faiziyle birlikte geri vermesine karar verir”.***

Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'daki ilgili hükümde dikkate alındığında TBK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte mevcut davalara bu hükmün uygulanabileceği kanaatindeyim.<sup>4</sup>

TBKm.76 hükmü, BK'nda yer almayan yeni bir hükümdür. Hükme göre, bir haksız fiilden zarar gördüğü iddiasıyla dava açan bir kişiye, bu iddiasını inandırıcı kanıtlarla desteklemesi halinde hakimin, davanın sonucunu beklemeden davalı tarafından geçici bir ödeme yapılmasına karar verebileceği öngörülmektedir. Hükmün lafzına göre, hakim tarafından geçici ödemeye karar verilebilmesi için üç şartın gerçekleşmesi gerekir; Bunlardan ilki, zarar gören davacının geçici ödeme konusunda talepte bulunması, ikincisi davalının inandırıcı kanıtlar sunması, üçüncüsü ise davacının ekonomik durumunun bu talebi haklı kılmasıdır.

Hükmün ikinci fıkrasına göre yapılan ödeme, davacının talebinin haklı bulunması halinde, hükmedilen tazminat miktarından indirilecektir. Davacının talebinin reddedilmesi ihtimalinde ise yapılan geçici ödeme miktarı kadar bedelin, yasal faiziyle birlikte davacıdan tahsil edileceğini düzenlemektedir.

Doktrinde bu hükmün, ihtiyati tedbir kuralları mevcut iken gereksiz olduğu ve hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>5</sup>.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu hükmün uygulamada özellikle haksız rekabet davalarında nasıl yorumlanacağı ve ne gibi sonuçlar doğuracağı belli değildir. Haksız rekabet davalarında kolaylıkla geçici ödemeye hükmedilmesinin daha sonra aleyhte karar çıkması halinde sıkıntılara yol açabileceği kanaatindeyim. Örneğin geçici ödemeyi alan şirketin dava neticesinde haksız çıkması ve bu sürede borca batık hale gelmesi ihtimalinde bu durumun geçici ödemeyi

<sup>4</sup> Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'

A. Görülmekte olan davalara ilişkin uygulama

Madde 7 - (1) Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları ***ile geçici ödemelere ilişkin 76 nci***, faize ilişkin 88 inci, temerrüt faizine ilişkin 120 nci ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138 inci maddesi, ***görülmekte olan davalarda da uygulanır.***( Kanun, No.: 6101, K. Tarihi: 12-01-2011, R.G. Tarihi: 04-02-2011-Sy.:27836 )

<sup>5</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet:Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler,Türkiye Barolar Birliği Yayınları,Ankara 2008,s.45 vd. Aksi yönde ÖZ,Turgut; Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler,İstanbul 2011,s.12 ve YENIOCAK,Umut; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011,s.107.

yapan tarafın mağdur olması sonucu doğacaktır. Hükümün, özellikle haksız rekabet davalarının uzun sürmesine gerçeği dikkate alındığında faydalı olacağı, haklı olan davacının mağduriyetini belli bir ölçüde de olsa gidereceğini ancak hüküm verilirken titiz bir inceleme yapılmasının zorunlu olduğu kanaatindeyim<sup>6</sup>. Örneğin sadece bir delil tesbit davası(HMK m.400 vd) ile haksız rekabet eyleminin inandırıcı kanıtlarla ispatlandığı kabul edilmemelidir<sup>7</sup>.

Tazminat davalarında değinilmesi gereken bir diğer husus ise manevi tazminat taleplerine ilişkindir. Manevi tazminata ilişkin taleplerde ise BK m.49'da yapılan değişiklik ile (TBKm.58), "**Tarafların sıfatının**", "**işgal ettikleri makamın**", "**diğer sosyal ve ekonomik durumlarının**" manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacağı hükmü tamamen kaldırdığından(insan onuru ve şerefi bakımından eşitlik ilkesine ters düştüğü gerekçesiyle) bundan sonra manevi tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmayabilecektir. Ancak doktrinde bu değişiklik neticesi, tarafların sıfatının, sosyal ve ekonomik durumlarının ve işgal ettikleri makamın dikkate alınmamasının hakkaniyete aykırılık teşkil edeceği, kaldı ki TBK. m.51/1'de yer alan "Hakim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler" hükmünde yer alan "durumun gereği" ibaresinin hakime bu yetki ve görevi verdiğini savunmaktadır<sup>8</sup>. YTTK'nun56. Maddesinin 1. Fıkrasının e bendinde açıkca manevi tazminat ilişkin BK.m.58'e yaptığı atıf nedeniyle bu değişikliğinde haksız rekabet davalarında manevi tazminat taleplerinde dikkate alınması zorunlu olacaktır<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> HATEMİ,Hüseyin'e göre maddedeki düzenlemenin,"... yeterli adli yardım düzenlemesine ek olarak zarar görene sosyal devlet geçici ödeme yapar,daha sonra bu ödeme tazminattan mahsup edilir,tazminata hükmedilmediği takdirde yine sosyal devlet taksidi bağladığı geçici ödemeyi zarar görenden isteyebilir. " şeklinde olmasının maddenin doğuracağı sakıncaları gidermek açısından daha uygun olacağı savunulmaktadır(HATEMİ/GÖKYAYLA;S.162).

<sup>7</sup> 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.400 -406 düzenlenen "Delil Tespiti ve Diğer Geçici Hukuki Korumalar", mevcut düzenlemeden (HUMKm.368 vd) önemli farklılıklar taşımaktadır. Geniş bilgi için bkz. PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES,Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2011,s.731-735)

<sup>8</sup> YENİOCAK,Umut;s.70

<sup>9</sup> Bilindiği üzere TTK 58. Maddesinin yazılışından da anlaşılacağı üzere bu maddenin (a), (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen tesbit, men ve maddi durumun ortadan kaldırılması davalarında kusur unsuruna gerek görülmemiş ve karşı tarafın haksız rekabette kusurlu olduğu anlaşılırsa (maddi) tazminata (m.58/b.d) ve BKm.49 şartlarının mevcut olması halinde de manevi tazminata hükmedileceği düzenlenmiştir. . Zira davacının, davalının eylemleri sebebiyle bir zarara uğradığı tartışmasızdır.(YHGK 17.12.1997 E.1997/11-836 -K.1075, karar için bkz. İKİD Y.39, Ocak 1999,S.457,s.13874. Nitekim bir başka kararında da yüksek mahkeme "...TTK'nun 58nci maddesinin (d) bendinde haksız rekabete maruz kalan

BKm.49 (TBKm.58) hükmüne göre, manevi tazminatın istenebilmesi için 5 şartın varlığı gerekmektedir. Bunlardan ilki, Şahsiyet-kişilik- haklarına saldırı olmalı; İkinci şart, saldırı haksız olmalı, üçüncü şart “manevi zarara” uğranılmalı, dördüncü şart ise kusurlu olunmalı, beşinci şart ise uygun illiyet bağının bulunmasıdır<sup>10</sup>.

TBK’nda m.52’de yapılan değişikliğinde haksız rekabet davalarına özel bir etkisi olacağı kanaatindeyim. Gerçektende BKm.44/1’de yer alan hakimin “zarar görenin zarara razı olduğu” veya “zararın doğmasında zarar görenin de kusurunun bulunduğu(ortak kusur)” hallerde, tazminat miktarını indirebileceği gibi tazminatı tamamende kaldırabileceğine ilişkin düzenleme, TBK m.52’de, hakimin “zarar görenin zarara razı olduğu” veya “zararın doğmasında ya da artmasında zarar görenin de etkisinin bulunduğu (bu etkinin “ortak kusur” olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği kanaatimce tartışmalıdır. Zira, kanunkoyucu burada “etkili olmuş” ibaresini tercih etmiştir)” yahut “tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırdığı” hallerde, tazminat miktarını in-

---

*ve iktisadi bakımdan zarara uğrayanların, kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini isteyebileceği belirtildikten sonra, müteakip (e) bendinde, davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkimin, haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebileceği belirtilmiştir. Tazminat ilkelerine göre, davacının gerçek zararını kanıtlaması zorunlu olup, bunun için davacı kendi defterlerine dayanabileceği gibi, davalı defterlerine dayanması da mümkündür. Gerçek zararın bu şekilde kanıtlanamaması durumunda dahi, haksız rekabetin müeyyidesiz kalmaması için yasa koyucunun hâkimin, haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebileceği belirtilmiştir. Tazminat ilkelerine göre, davacının gerçek zararını kanıtlaması zorunlu olup, bunun için davacı kendi defterlerine dayanabileceği gibi, davalı defterlerine dayanması da mümkündür. Gerçek zararın bu şekilde kanıtlanamaması durumunda dahi, haksız rekabetin müeyyidesiz kalmaması için yasa koyucunun hâkime takdir yetkisi tanıdığı anlaşılmaktadır. Ancak bu takdir yetkisinin çok geniş manada olmayıp, “haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaat” ile sınırlı olduğunun kabulü, TTKm.58/d maddesindeki düzenleme karşısında zorunludur...” diyerek belirttiğimiz hususlara temas etmiştir. Y.11. HD16.12.1999 tarihli E.1999/5830, K. 1999/10402 sayılı kararı. Karar için Bkz. BATİDER, Y.2001, C. XXI, S.1, s. 289 vd).*

TTKm.58/e fıkrası ve bu maddenin gönderme yaptığı BKm.49 hükmüne göre, manevi tazminat için hukuka aykırılığın mevcut olması yeterli bulunmuştur. Bunun dışında hukuka aykırılığın ve bu aykırılığı doğuran kusurun özel ağırlıkta olması gerekmemektedir. Haksız fiil niteliğindeki haksız rekabette de hukuka aykırılığın mevcut olduğu son derece açıktır. Nitekim yüksek mahkeme de 10.02.1998 tarihli E.1997/8258, K.1998/682 sayılı kararında bu doğrultuda görüş bildirmiştir (karar için bkz. Yargı Dünyası, Aralık 1998,S.36,s.95). Ancak manevi tazminat miktarının takdiri sayın mahkemenize aittir.

<sup>10</sup> REİSOĞLU,Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler,İstanbul 2011,22.Bası,s.226 vd; HATEMİ,Hüseyin/GÖKYAYLA,Emre; s.175 vd.

direbileceği gibi tazminatı tamamen de kaldırabileceği şeklinde hükme bağlanmıştır. Maddenin 2.fikrasının lafzi yorumu da hafif kusur ve indirim yapılmaması halinde borçlunun yoksulluğa düşecek olması şartlarıyla tazminatta yapılacak indirim için hakkaniyetinde bu sonucu gerektirmesi gibi bir ek şart daha arandığı izlenimi vermektedir. Ancak doktrinde maddenin gerekçelerindeki açıklama ve hükmün amacı dikkate alındığında bu iki şartın varlığı halinde, hakkaniyet şartının zaten gerçekleşmiş olacağı sonucuna varmak gerektiği savunulmaktadır<sup>11</sup>.

TBK’nda yapılan ve haksız rekabet hükümlerinde tazminat talebini etkileyebilecek olan bir diğer düzenleme ise m.117/2’de yer almaktadır. Bu maddeye göre, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerde, haksız fiil failinin tazminat borcu bakımından, fiilin işlendiği anda kendiliğinden (ihtarsız) temerrüde düşmüş sayıldığı açıkça belirtilmiştir. Doktrinde bu çözümün bazı zararlar, Yüksek Mahkemenin zararın hesaplanmasında fiilin işlendiği andaki piyasa durumuna göre hesaplama yaptırıp buna faiz yürüten içtihatı ile uyumlu; zararın mümkün olduğu kadar hüküm tarihine yakın piyasa fiyatlarına göre hesaplanması görüşü bakımından ise sorun çıkarabilecek nitelikte olduğu isabetli olarak savunulmuştur<sup>12</sup>. Haksız rekabet hükümleri açısından zarar miktarının belirlenmesinde hangi tarihin esas alınacağı yüksek mahkeme kararlarında tartışmalı olmakla birlikte ağırlıklı olarak haksız fiilin işlendiği tarih olduğu söylenebilir<sup>13</sup>.

Yüksek mahkeme görüşü doğrultusunda, haksız rekabet neticesinde meydana gelen zararın eksiksiz ve tam olarak ödenmiş sayılabilmesi için, tazminatın zararın doğduğu anda ödenmiş olması gerekir. Ancak haksız rekabete uğrayan davacının zararı ancak yapılan yargılama sonucunda verilecek hükümden sonra tazmin edilebileceğinden yapılan ödeme zararı tam olarak karşılamayacaktır. Yüksek mahkeme bu sorunu gidermek için hesaplanan zarara eylem tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/ ERIŞGİN Özlem; Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarı’nda “Haksız Filler”, Prof. Dr. Rona SEROZAN’a Armağan, C.2, İstanbul 2010, s.1252.

<sup>12</sup> ÖZ,Turgut; Yeni Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve yenilikler, İstanbul 2011,s.12.

<sup>13</sup> Y.4.HD.sinin 23.12.1982 tarihli E.7190/K.11637 Sayılı Kararı(Kararın tam metni için Kazancı Bilişim İçtihat Bankası,”.... Mahkemece de benimsendiği gibi kural olarak davacının malvarlığındaki azalmanın haksız fiilin işlendiği tarihte meydana geldiği kabul edilir.Tazminatın tutarı da malvarlığındaki eksilmenin meydana geldiği tarihe göre tesbit olunur.”

<sup>14</sup> YHGK’nun 30.11.2005,E.4-643/K.675, Kazancı Bilişim İçtihat Bankası. ORUÇ, Murat: Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, İstanbul 2009,s.88.

TBKm.117/2'de yapılan değişikliğin artık bu çelişkili kararları ortadan kaldıracığı bunun neticesinde de isabetli olduğu kanaatindeyiz. Bu değişiklik neticesinde bundan sonra haksız rekabet davalarında fiilin işlendiği andaki piyasa durumuna göre hesaplama yaptırıp (herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın) buna faiz yürütülmesi gerekecektir.

**C.**Haksız rekabetten doğan tazminat davalarında en önemli sorunlardan biri, tazminat miktarının hesaplanmasında yaşanan güçlüklerdir. Bundan dolayı da uygulamada (gerek harç gerekse vekalet ücretinden kaçınmak amacıyla) tazminat talebinin düşük tutulduğu pilot davaların öncelikle açıldığı daha sonra ise tazminat miktarının daha yüksek olduğunun belirlenmesi halinde ıslah yolu ile yükseltildiği görülmektedir. Ancak bu yolun tercih edilmesi durumunda zamanasımı def'i ile karşılaşılması söz konusu olabilecektir. TBKm.50/f.2'de gerçekleştirilen yeni düzenleme ile "UĞRANILAN ZARARIN MİKTARI TAM OLARAK İSPAT EDİLEMİYORSA HAKİM, OLAYLARIN OLAĞAN AKIŞINI VE ZARAR GÖRENİN ALDIĞI ÖNLEMLERİ GÖZÖNÜNDE TUTARAK ZARARIN MİKTARINI HAKKANİYETE UYGUN OLARAK BELİRLER" hükmüne yer vermiştir. Bu düzenleme BKm.42'deki düzenlemeye yakında olsa bu noktada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle kanaatimce büyük önem taşıyacaktır. BELİRSİZ ALACAK VE TESPİT DAVASI başlığını taşıyan HMKm.107'ye göre;" (1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde, alacaklı hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle BELİRSİZ ALACAK DAVASI açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerini tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini arttırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir. Bu noktada HUMKm113'de getirilen "Topluluk Davası"nda 6102 sayılı TTKm.56/f.3 de davacı sıfatına sahip olanlar açısından önem arz ettiğini de belirtmek isterim.

**D.** Hukuki Sebeplerin Yarışması konusunda TBKm.60'nın getirdiği düzenlemenin de kanaatimizce haksız rekabet hükümlerine etkisi olacaktır. Zikredilen madde de "Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hakim zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe en iyisi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir" hükmüne yer vermiştir.

Hakimin, hukuki sebebi re'sen göz önünde bulunduracağına ilişkin HMK dikkate alındığında bu hükmün konmasına gerek olmadığı doktrinde

savunulmuşsa<sup>15</sup> da kanaatimce marka, endüstriyel tasarımlar, faydalı model ve patent gibi fikri mülkiyet haklarına tecavüzden doğan sorumluluk davalarında genelde haksız rekabet hükümlerine de dayanıldığından zikredilen hüküm geniş bir uygulama alanı bulacaktır.

**E. EMEK ilkesi, haksız rekabet hükümlerinin temelini oluşturmaktadır.** Haksız rekabet davalarında özel bir önem taşıyan ve Yüksek Mahkemenin çeşitli kararlarına da yansıyan bu ilkeye TBK Sebepsiz Zenginleşmeye ilişkin hükümlerin yer aldığı 77. Maddesinde yer verilmiştir. Buna göre ***“Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür”.***

Haksız rekabet kurallarının dayandığı temel prensip, özellikle ticari hayatta herkesin ahlak kurallarına uygun olarak kendi emeği nispetinde netice almasıdır. Bir diğer ifadeyle, sosyal yaşamın her alanında olduğu gibi ticari hayatta da başarı kazanmak, iktisadi faaliyetlerini geliştirmek, kendi mal ve hizmetlerinin tanıtımını yapmak, talebini arttırmak veya benzer faaliyetlerde bulunmak isteyen kişi, bu faaliyetlerini kendi haklı emeğine dayandırmak zorundadır. EMEK İlkesi olarak ifade edilen bu ilke, meşri rekabetin tesbitinde en temel kıstasdır<sup>16</sup>.

Nitekim YHGK 07.07.2010 tarihli 2010/11-396 E.ve 2010/371 K. Sayılı kararında; “.....Ekonomik ve ticari hayatta herkes, ahlak ve objektif iyiniyet kurallarına uygun bir şekilde hareket ederek, ancak kendi emek ve gayreti ölçüsünde bir kazançla yetinmelidir. Bir tacirin, kendi emek ve gayretine dayanan kazancı, gerek ahlaki gerekse kanuni yönden meşrudur. Fakat bir kimsenin en ufak bir yorgunluğa ve zahmete girmeden bir başkasının yıllar yılı didinip alın teri ve göz nuru dökmek suretiyle ancak meydana getirdiği ve tamamen kişisel emek ve gayretinin ürünü olan çalışmasına ortak olması hali, hem ahlak kurallarına bir aykırılık oluşturur ve hem de haksız rekabeti meydana getirir. Bu şekildeki bir haksız rekabet, "parazit-tufeyli" rekabet olarak nitelendirilir. Bir başkasının yıllarca çalışmak suretiyle ancak elde edebildiği emek ve şöhretine el atmak suretiyle -deyim yerindeyse- onun sırtından para kazanmak isteyen kimsenin hareketi, kendi emeğine dayanmadığı için, ahlak kurallarına ve kanun hükümlerine göre, haksız rekabettir....”

Görüldüğü gibi yüksek mahkeme mevcut yasal düzenlemelerde dahi açıkça zikredilmiş olmamasına rağmen emek ilkesini dikkate alıyordu. Gerek

<sup>15</sup> OĞUZMAN,Kemal/ÖZ,Turgut.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler,7.Bası,İstanbul 2009,s.702.HATEMİ/GÖKYAYLA;s.281.Ancak yazar netice olarak bu hükmün açıkça zikredilmiş olmasının faydalı olacağı kanaatindedir.

<sup>16</sup> Daha geniş bilgi için bkz. BOZTOSUN,OdmanAyşe;Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi, ; Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar,XXI,9-10 Aralık 2005, Ankara 2006,s.197-233.

TBK'nda yeni yapılan değişiklik gerekse YTTK m.55/c.bendi dikkate alındığında, bundan sonraki süreçte emek ilkesine yüksek mahkeme kararlarında çok daha sık rastlayabileceğimiz kanaatindeyiz.

**F. Çalıştırmanın/istihdam edenin sorumluluğu, YTTKm.57'de haksız rekabet fiili (TTKm.59) hizmetlerini veya işlerini gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmiş olursa, 56.maddenin 1. Fıkrasının (a), (b) ve (c) bendlerinde yazılı davaların çalıştıranlara karşı da açılabilmesi belirtilmiştir. Maddi ve manevi tazminat davalarında ise TBK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak TBK'nda konuyu düzenleyen 66.madde önemli bir değişikliğe uğramıştır. Buna göre, adam çalıştıran, çalışana "SEÇMEDE", "TALİMAT VERMEDE" ve "GÖZETİM ve DENETİMDE" çalıştırmanın gereken özeni gösterme yükümü açıkça belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrası yeni bir düzenlemedir. Bu fıkranın, diğer fıkralar ve madde gerekçesi ile birlikte değerlendirilmesi neticesinde, adam çalıştırmanın, çalışanın başkasına verdiği zararın sorumluluğundan kurtulabilmesi için, işyerindeki çalışma düzeninde zararın doğumunu engellemek için gerekli önlemlerin alındığını ispat etme yükümü altında olduğu söylenebilir. Bu ispat yükümünü yerine getirmeyen adam çalıştıran, bundan sonra ikinci fıkra da yer alan çalışana "SEÇMEDE", "TALİMAT VERMEDE" ve "GÖZETİM ve DENETİMDE" çalıştırmanın gereken özeni gösterme yükümüne uyduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bir diğer ifadeyle, adam çalıştıran, o işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe işletmenin faaliyetinden doğacak zararlarını gidermekle yükümlü olacağından hükümde "ORGANİZASYON SORUMLULUğU" getirilmiştir<sup>17</sup>.**

Maddenin son fıkrasında getirilen yenilik ise, adam çalıştırmanın ödediği tazminat bakımından çalışana rücu hakkının sınırı açıkça tayin edilmesidir. Buna göre, rücu hakkının kapsamı, çalışanın kendi kusurundan kaynaklanan yani bizzat sorumlu tutulabileceği miktarla sınırlıdır.

Sonuç olarak, 818 Sayılı TBK'nda yapılan değişikliklerin haksız rekabet hükümleri açısından çok önemli sonuçlar doğuracağını söylemek mümkündür. Sunumumda değindiğim 6 başlık dışındaki hususlarda da - özellikle müteselsil sorumluluk, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmede zamanaşımı sürelerindeki değişiklik- önemli sonuçlar doğuracak düzenlemelerin mevcut olduğunu belirtmek isterim. Ancak bütün bu hususların incelenmesi monografik bir eserin konusunu oluşturabilecek kadar geniş olduğu kanaatindeyim.

Saygılarımla.

<sup>17</sup> ÖZ, Turgut, s.10.