

**6502 SAYILI TKHK'DAKİ DÜZENLEMELERİN
YORUMLANMASI VE GÖREVLİ MAHKEME**

**(6502 SAYILI TKHK'UN YORUMU VE TKHK'DA
DÜZENLEME BULUNMAYAN KONULARDA TÜKETİCİ
İŞLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA
GÖREVLİ MAHKEME-II)***

***INTERPRETATION OF THE LAW ON THE PROTECTION
OF THE CONSUMER NO. 6502 AND COMPETENT COURT***

***(INTERPRETATION OF THE LAW ON THE PROTECTION
OF THE CONSUMER NO. 6502 AND COMPETENT COURT-II
REGARDING DISPUTES ARISING FROM CONSUMER
TRANSACTIONS ON THE ISSUES THAT THERE IS NO
ARRANGEMENTS IN CONSUMER PROTECTION LAW)***

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA**

Makalenin Geliş Tarihi : 29/03/2017

Makalenin Kabul Tarihi : 11/05/2017

- * Makalede savunulan görüşlerin dayanaklarını açıklayabilmek için sözleşme özgürlüğü ilkesi ve tüketicinin korunması konusunda ileri sürülen model ve teoriler ve Avrupa Birliği Yönergelerinin Kapsamı konularının açıklanması gerekliliği dolayısıyla makalenin hacmi genişlemiş ve bu sebeple iki makale halinde yayınlanması uygun bulunmuştur. Birinci makalede tüketici hukukunda sözleşme özgürlüğüne müdahalenin sebepleri, TKHK'un kabul edilmesinin amacı ve Türk hukukunda esas alınan Avrupa Birliği tüketici yönergelerinin kapsamı açıklanmıştır. Birinci makalede elde edilen sonuçlar da dikkate alınarak, bu ikinci makalede, genel olarak yorum yöntemleri de açıklandıktan sonra TKHK'daki düzenlemelerin yorumlanması, TKHK'da düzenlenmeyen konularda tüketici işlemlerine ilişkin uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde görülmesinin sakıncaları ve Kanunun amacı dikkate alınarak amaca uygun sınırlandırılma yapılması gerekliliği hakkındaki görüşlerimiz yer almaktadır.

- ** TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı. e-mail: ckirca@etu.edu.tr

ÖZ

TKHK, sözleşmeler hukuku alanında tüketicilerin korunması için sadece belli bazı sözleşme tipleri veya sadece belli konularda düzenlemeler içeren normların sistematik olmayan bir şekilde bir araya getirilmesi ile oluşmuş bir kanundur. Bu kanunun sistematik olmayan normlarının tamamını kapsayacak şekilde yapılan genel tanımlarının, satış hariç tüm sözleşmeleri kapsayan hizmet ayıbı gibi genel maddelerinin her seferinde amaç sorgulanarak uygulanması gerekir. Kanunların yorumu sadece söze göre yapılamaz. Anayasaya uygun, amaçsal, sistematik, tarihi yorum unsurları ile denetlenmeden söze bağlı yorumla yetinilemez. Tüm yorum unsurlarıyla birlikte denlendiğinde kanunun sözünün amacını aştığı tespit edildiğinde amaca uygun sınırlama yapılmalıdır. Geniş yorumlar, Türk özel hukuk ve yargı sistemini düşünülmemiş ve amaçlanmamış olduğu halde önemli ölçüde değiştirilmesine sebebiyet verecek niteliktedir. Düşünülmemiş, tasarlanmamış ve bu sebeple düzenlenmemiş olduğu halde, geniş yorumlarla tüm hukuki işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının tamamını, sistematik olmayan bir Kanun'un uygulama alanına dahil edip, tüketici mahkemelerini görevli kılmak, mahkemelerin iş yükünü olağanüstü derecede arttıracığı için tüketicilerin korunmasını sağlamayacağı gibi, meydana gelebilecek olası farklı yorumlar sebebiyle hukuki güvenilirliği önemli ölçüde ihlal etme tehlikesi taşımaktadır. TKHK'da hukuki olgu ve sonuç unsurlarıyla düzenlenmeyen konularda tüketici mahkemeleri görevli olmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kanunların Yorumu, TKHK'un Yorumu, TKHK'da Düzenlenmeyen Konularda Görevli Mahkeme

ABSTRACT

Act on the Protection of the Consumer is a statute that formed by a nonsystematic way of gathering the rules which are related to only some specific type of contracts or only specific subjects. The general definitions in the Act such as "defect in service" which can be involved for all nonsystematic rules should be applied carefully via

questioning the purpose of the Act. The interpretation of the acts cannot just be done literally. Literal interpretation cannot be sufficient without the examination of historical, teleological, systematical and also favorable to Constitution interpretation components. With the examination of all interpretation components, if the wording of the law goes beyond its purpose, teleological reduction must be made. Broad interpretation may be hazardous for the reason that it may change Turkish private law and jurisdiction system even though it has not been aimed or devised. Consumer courts should not be the competent court for the cases which has not been regulated in Act on the Protection of the Consumer.

Keywords: Interpretation of the law, interpretation of Act on the Protection of the Consumer, the competent courts for the cases which has not been regulated in Act on the Protection of the Consumer

I. TKHK'un Özel Hukuk Sistemi İçindeki Yeri ve Sistematik Yapısı

TKHK'un Birinci Kısımında, *Amaç* (m. 1), *Kapsam* (m. 2) ve *Tanımlar* (m. 3) düzenlenmiştir. *Temel İlkeler* (m. 4); Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar (m. 5); Sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin Satıştan Kaçınma (m. 6); sözleşmelerin kurulmasında öneri ve kabule ilişkin Sipariş Edilmeyen Mallar ve Hizmetler (m. 7) Genel Esasları düzenleyen İkinci Kısım'da yer almaktadır. Üçüncü Kısım *Ayrılmış Mallar ve Hizmetlere* ayrılmıştır (m. 8-16). Dördüncü Kısımın Başlığı *Tüketici Sözleşmeleri* olup, burada Taksitle Satış Sözleşmeleri (m. 17-21); Tüketici Kredisi Sözleşmeleri (m. 22-31); Konut Finansmanı (m. 32-39); Ön ödemeli Konut Satışı (m. 40-46); *Diğer Tüketici Sözleşmeleri* Bölümü altında, İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler (m. 47); Mesafeli Sözleşmeler (m. 48); Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler (m. 49); Devre Tatil ve Uzun Süreli Tatil Hizmetleri Sözleşmeleri (m. 50); Paket Tur Sözleşmeleri (m. 51); Abone-

lik Sözleşmeleri (m. 52); Süreli Yayın Kuruluşlarınca Düzenlenen Promosyon Uygulamaları (m. 53) düzenlenmektedir. *Tüketicinin Bilgilendirilmesi ve Menfaatlerinin Korunması* Beşinci Kısım'da (m. 54-60); *Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar* (m. 61-63) Altıncı Kısım'da; *Tüketici Kuruluşları* Yedinci Kısım'da (m. 64-72); *Yargılama, Denetim ve Cezaya İlişkin Hükümler* Sekizinci Kısım'da (m. 73-78) ve *Çeşitli Hükümler* Dokuzuncu Kısım'da yer almaktadır (m. 79-86).

Kanun dokuz kısımdan oluşmaktadır. Bunlar arasından amaç, kapsam ve tanımlara ilişkin birinci kısım, yürürlüğe ilişkin dokuzuncu kısım, tüketici kuruluşları, yargılama ve ceza ve denetime ilişkin yedi ve sekizinci kısımları dışarıda tuttuğumuzda, kalan altı kısım maddi hukuk hükümleri içermektedir. Bu altı kısım içerisindeki tüketicinin bilgilendirilmesi ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin beşinci kısım ile ticari reklam ve haksız ticari uygulamalara ilişkin altıncı kısım dışında kalan dört kısım sözleşmeler hukukuna ilişkindir. TKHK'un ağırlıklı olarak sözleşmeler hukukuna ilişkin bazı hükümleri düzenlediği görülmektedir. Kanunun ilk 52 maddesi *sözleşmeler hukukunu* ilgilendirmektedir. Dolayısıyla TKHK'un tüketicinin ekonomik menfaatlerinin korunmasına ağırlık veren bir kanun olduğu söylenebilir.¹

Sözleşmeler hukukunun düzenlendiği esas yer, Türk Borçlar Kanunu (TBK)dur. TBK'da sözleşme serbestisi ve sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesi esastır. TKHK ise, tüketiciler lehine sözleşme serbestisi ilkesine ve sözleşmeye bağlılık ilkesine, sadece korunmanın gerekli olduğu kabul edilen konularda özel normlarla sınırlamalar getiren bir kanundur. Dolayısıyla sözleşmeler hukukunun söz konusu

1 Tüketicilerin özellikle yaşamı ve vücut bütünlüğünü korunması amacıyla, ürünlerin ayıplı olması sebebiyle üreticinin kusura dayanmayan sebep sorumluluğunu düzenleyen 85/374 sayılı Ürün Sorumluluğu Yönergesinin sorumluluk normu, önceki eTKHK'nun 4. maddesinde kanun yapma tekniğine uygun olmamakla birlikte hukuki olgu ve hukuk sonuç unsurlarını ve ayrı zamanaşımı süresini içeren bir şekilde düzenlenmişken (bkz., Kırca, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007), şimdiki TKHK'da bu konuya ilişkin herhangi bir norm bulunmamaktadır.

olduğu durumlarda Türk Borçlar Kanunu'nun göz önünde bulundurulması zorunluluğu bulunmaktadır. Benzer şekilde sözleşmelerin düzenlendiği Türk Ticaret Kanunu (TTK) veya özel Kanunlarda düzenlenen sözleşmelerin de dikkate alınması gerekir. Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu'nun tamamlayıcısı olup 5. Kitabını oluşturmaktadır (TBK m. 646). Diğer taraftan Türk Ticaret Kanunu da Türk Medeni Kanunu'nun ayrılmaz bir parçasıdır (TTK m.1) ve TTK'nda taşıma sözleşmeleri (m. 850-916), deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmesi (m. 1247-1271); sigorta sözleşmeleri (m. 1401-1520) gibi sözleşmeler düzenlenmektedir. Ayrıca Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu, İş Kanunu, Sigortacılık Kanunu gibi özel sözleşme tiplerini düzenleyen ayrı kanunlar da bulunmaktadır.

Görülmektedir ki, TKHK'un büyük bir kısmında tüketici sözleşmelerinin sadece bazıları ve sadece belli yönleri ile ele alınmaktadır. Dolayısıyla, TKHK bir hukuki konuyu ya da kurumu başlı başına düzenleyen bir Kanun değildir, dolayısıyla *parçalı bir yapısı (fragmental niteliği)* bulunmaktadır. Tüketiciyi koruyucu düzenlemeler içeren Yönergelerin aktarımı ayrı ayrı özel Kanunlar olarak veya Türk Borçlar Kanunu veya Türk Ticaret Kanunu içerisinde tüketicilere ilişkin istisnalara yer verilmek suretiyle düzenlenmeyip, tek bir kanun içerisinde düzenlenmiştir. Bu normlar aktarılmak istenen yönergelere ilişkin ana maddeleri içermekte, ayrıntılı düzenlemeler ise ilgili Yönetmeliklere bırakılmaktadır. TKHK'un parçalı yapısının anlaşılması için sözleşmeler hukuku ile ilgili diğer düzenlemeleri de göz önünde bulundurma zorunluluğu vardır. İşte bu sebeple önceki eTKHK'da (m. 30) olduğu gibi şimdiki TKHK'da (m. 83/1) da "Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı" ifade edilmiştir. Nitekim TKHK gerekçesinde "Tüketici sorunlarının büyük bir çoğunluğu sözleşmeler hukukunu ilgilendirdiği için özellikle Türk Borçlar Kanunu hükümleri bu bağlamda büyük önem taşıyacak ve boşlukların doldurulmasında kullanılacaktır" ifadeleriyle genel hükümlere özellikle TBK'na başvurulmasının boşlukların doldurulması için gerekli

olduğu belirtilmektedir.²

II. Genel Olarak Kanunların Yorumunda İzlenen Yöntem

Yorum, hukuk kuralının hukuki açıdan değer taşıyan anlamının belirlenmesi; normun esasını oluşturan anlamı bulmaktır.³ Günümüz metot öğretisi kanunların yorumunda dört temel yorum unsurunun (klasik yorum unsurları) bulunduğunu kabul etmektedir. Bunlar, söze göre (lafzi) yorum, sistematik yorum, tarihi yorum, amaçsal yorum unsurlarıdır.⁴ Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi evrensel bir madde olup, kanunun sözü ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanacağını belirlemektedir.⁵ Buradaki öz, tüm yorum unsurları denetlendikten sonra elde edilen anlamı ifade eder.

2 Bkz., 83. maddeye tekabül eden TKHK Tasarısı 82. madde gerekçesi, S. Sayısı 490, s. 60.

3 Bkz., Kırca, Çiğdem: Kanunların Yorumunda Yorum Yöntemleri, Ankara Hukuk Toplantıları, Norm Koyma Hüküm Verme, Ankara 2011, s. 347.

4 Bkz., Meier-Hayoz, Arthur: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Artikel 1 ZGB, Separatabzug aus dem Einleitungsband des Berner Kommentars umfassend die Artikel 1-10 und herausgegeben zur Feier des 50 jährigen Bestehen des ZGB im Januar 1962, Bern, Nachdruck 1966, Art., 1, N. 140 vd.; 179 vd.; Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1987, s. 184; Kramer, Ernst A.: Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., Bern 2013, s. 58; Serozan, Rona: Hukukta Yöntem, İstanbul 2015, s.101 vd.; Kırca, Yorum Yöntemleri, s. 347 vd.

Savigny'den itibaren kabul edilen bu dört unsur asgari temeli oluşturmaktadır ve bunun dışında diğer unsurlar da bulunabilir (bkz., ZK-Dürr, David: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, 1. Teilband, Art. 1-7, Zürich 1998, Art. 1, N. 147 vd.).

5 Kanunun yorumu, kanun metninin anlamıdır ve ruhudur. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna, gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amacına göre yorumu denilir. Bir kanun hükmünün, kanuna konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü ile hem de özü ile uygulanmasını öngören Medeni Kanun'un 1. maddesine uygun düşmez (Y.İBGK, E. 1996/1, K. 1997/1, T. 22.2.1997).

Söze göre (lafzi) yorum, yorumun başlangıç noktasıdır ve normun anlamını bulmada en önemli veridir. Bununla birlikte yorumun amacı normun sözünü analiz etmek değil, normun hukuki açıdan değer taşıyan anlamını bulmaktır.⁶ “Sözüne göre çok açık bir olay hukuken açık olmayabilir ve sözü açık olmayan bir olay hukuken açık olabilir”.⁷ Normun sözünün belli bir sorun için açık olduğu durumlarda dahi normun anlamı, her seferinde eleştirel sorgulanmak zorundadır ve bu açık anlamın diğer yorum unsurlarına başvurularak denetlenmesi gerekir.⁸

Hukuk kuralları belli bir veya birden çok amacı gerçekleştirmek için konulur. *Amaçsal yorum*, normun hukuk politikası açısından hedefini, “ratio legis”i, normun “politikasını” sorgular. “Amaç” tüm hukukun yaratıcısıdır”. “Hiçbir hukuk normu yoktur ki, temelini bir amaçtan, pratik bir sebepten almasın”. Yorumcu, sadece bir normun amacını tespit ettiğinde, onu anlayabilir. Her kuralın temelinde belli bir menfaat çatışması ve bu çatışmada kanunun benimsediği siyasal ve sosyal tercih yatar. Menfaat çatışmasında ya belli bir menfaat üstün tutulmuş ya da dengelenmiştir. Yorumcu bunları saptayıp, kanun koyucunun değer yargılarını günlük olaya, günün ve yerin koşullarına uyarlamakla görevlidir. Menfaat değerlendirme hukukçuluğu⁹ olarak

6 Sözel yorum unsurunu abartmak kabul edilmemektedir. Yeterli derecede bilgisi olmayan veya iyi hukukçu olmayanların kelimelere körü körüne bağlı kaldığı görülmektedir. Romalı hukukçu Celsus’a göre, “kanunları anlamak, onların kelimeleri ile bağlı kalmak değil, onların gücü ve kudretinin bilincine varmaktır” (Dig. 1, 3, 17). Kramer, Methodenlehre, s. 83.

7 “Semantically clear cases can be legally unclear and semantically unclear cases can be legally clear”, Klatt, ARSP 2004, s. 58 (Kramer, Methodenlehre s. 83, dn. 166’dan naklen)

8 Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1995, s. 164; Serozan, s. 101 vd.; Kırca, Yorum Yöntemleri, s. 362 vd.; Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 20. baskı, İstanbul 2014, s. 71 vd.

9 “Menfaat hukukçuluğu okulu” Jhering’e dayanılarak oluşmuştur ve bu okulun en önemli temsilcilerinden biri de Philipp Heck’tir (Gesetzesauslegung und In-

ifade edilen bu yöntem günümüzde hâkim olan yöntemdir.

Yorumda kanun koyucunun düzenleme amacı ve normu koyarken sahip olduğu düşüncenin araştırılması *tarihi yorum* unsurunu oluşturmaktadır.¹⁰ Bu durumda normun oluşum tarihi ve gerekçelerden yararlanır.¹¹ Tarihi yorum unsuru öteden beri sübjektif teori ve objektif teori olarak ikiye ayrılmaktadır. *Sübjektif teoriye* göre, hukuk kuralı, kanun koyucunun mümkün olduğunca adil ve toplumun ihtiyaçlarına uygun iradesini ifade eder.¹² *Objektif teoriye* göre kanun, yürürlüğe girdiğinde, kanun koyucunun amaçladığının ötesinde kendi geçerliliğini taşır, zaman geçtikçe kendi varlığını kazanır ve onu yapanın düşüncelerinden amaçlarından uzaklaşır. Bu sebeple kanunlar, kanunda kullanılan kelimelerin objektif anlamına, kanunun sistematikliğine ve yorumlandığı zamanda değişmiş olan amaçsal değerlendirmelere göre yorumlanır; kanunun hazırlık çalışmalarına bağımlılık zorunluluğu yoktur.¹³ Yorumcunun görevi *kanun koyucunun iradesini değil,*

teressenjurisprudenz, Tübingen 1914, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932). Ayrıca bkz., BernK-Meier/Hayoz, Art. 1, N. 193 194; Larenz/Canaris, Methodenlehre, s. 36 vd.; Serozan, Hukukta Yöntem, s. 82 vd. 88.

- 10 Hukukta metot öğretisi, yorumcunun kanunun oluşum tarihine, gerekçelerine bakarak kanun koyucunun normu koymadaki iradesini araştırması gerekip gerekmediği ve bununla bağlı olup olmadığına göre belirlenen objektif teori ve sübjektif teori konusunda 19.yy.'dan beri tartışılmaktadır. (Bkz., Larenz/Canaris, Methodenlehre, s. 137 vd.)
- 11 “Yorum yapılırken yasama belgelerinden de yararlanabileceği gözden uzak tutulmamalıdır” (Y.HGK, E. 1989/10-391, K. 1990/83, T. 14.2.1990).
- 12 Sübjektif-tarihi teoriye göre, yorumda amaçlanan tarihi kanun koyucunun gerçek iradesini belirlemektir. Objektif-tarihi teoriye göre ise, tarihi kanun koyucunun gerçek iradesi değil, kanunun oluşum tarihine tarihi kaynaklarına dikkat edilerek elde edilen kanunun anlamı araştırılır. (BernK-Meier/Hayoz, Art. N. 151 vd. 216).
- 13 Yorumda, kanun hükmünün amacı, objektif bir yöntemle, hükmün çatışan menfaatlerden hangisine, ne oranda üstünlük tanıdığı araştırılmak suretiyle belirlenecektir (Sirmen, Lâle A.: “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, Aydın Zevkliler’e Armağan, (Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı), vol. 8, 2013 s. 2465 vd. 2473).

“kanunun iradesi olarak ifade edilen kanunun içerdığı "hukuki akli, hukuk mantığını" bulmaktır”. Günümüzde esas olarak ortalama çözüm benimsenmiş olup her iki teori de diğerine ilişkin unsurlar taşımaktadır.¹⁴

Sistemik yorum, hukuk normlarının tek başına değil, buldukları sistem, düzenlendiği kanun veya tüm hukuk düzeni içindeki yeri dikkate alınarak yorumlanmasıdır. Hukuk düzeni ideal bir bütün olarak değer yargılarının uyumlu bir sistemi olarak düşünülmalıdır ve norm bu sistemin “anlam silsilesi” “norm konteksti” dikkate alınmaksızın yorumlanmamalıdır. Zira kimse bütünü okumadan, bir parçayı doğru olarak anlayamaz. (*Nemo aliquam partem recte intelligere potest antequam totum perlegit*). Yorumcunun kendini doğru yönlendirebilmesi için kanunun sistemik bağlantıları konusunda bilgi sahibi olması, normun düzenleme silsilesi içindeki yerini ve işlevini de bulması gerekir. Hukuk normu birbiriyle ilgisi olmayan, dağınık bir şekilde bulunan, bağımsız tek bir parça değildir. “Her kim bir maddeyi uyguluyorsa, o aynı zamanda bütün hukuk sistemini uyguluyordur”.¹⁵ Sistemik yorumda, sistem ağında sadece belli bir alanın dikkate alınmaması gerektiği vurgulanmaktadır.

14 Biz objektif-amaçsal yorum yönteminin uygulanmasını kabul etmekle birlikte, kanun koyucunun düzenleme amaçlarının yorumcu açısından önemsiz kabul edilemeyeceğini düşünüyoruz. Zira kanunun hazırlık çalışmaları, gerekçeleri kanun koyucunun normu koymadaki hukuk politikasına ilişkin amacın ne olduğu konusunda açık ve detaylı bilgi verebilir. Ancak bu amaçla sıkı sıkıya bağlı kalınmak zorunluluğu yoktur. Bu amacın bugün de geçerli olup olmadığı, yeni gelişimler sonucunda anlamsız kalıp kalmadığının araştırılması gerekir. Bkz., Kırca, Yorum Yöntemleri, s. 362.

15 Özellikle Uluslararası Mal Satışı Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşmasının (CISG; Viyana Satım Anlaşması) dünyada birçok devlet tarafından kabul edilmesi ve Avrupa Birliği hukukunda Yönergelerin üye ülkeler veya aday ülkeler tarafından ya da bağımsız olarak kabul edilmesi sonucunda hem milli hukuk hem uluslararası hukuk hem de uluslar üstü hukuk bir araya gelmiş bulunmaktadır. Bunun sonucunda meydana gelen hukukun tek bir kanun koyucudan çıktığını söylemek artık mümkün halde değildir. Bu farklılaşma özellikle sistemik yorumu zorunlu kılmaktadır (bkz., Kramer, Methodenlehre s. 90).

Sistematik yorum, normun mümkün olduğunca sisteme uygun yorumlanmasını gerektirir. Hukuk düzeninin iç sistemine uygun olmayan normlar, sebepsiz bir şekilde sisteme aykırı kalmışsa, bunlar dar yorumlanmalı ve kıyasen uygulanmamalıdır.¹⁶

Sistematik yorum, normların diğer normlar arasındaki yerini belirleyerek yorum yaptığından, özel kanun- genel kanun arasındaki ilişki, önceki kanun sonraki kanun arasındaki ilişki, üst norm alt norm arasındaki ilişki, amaçsal yorum unsurları da göz önünde bulundurularak sistematik yorum altında incelenmektedir.¹⁷

Aynı olay, farklı hukuki sonuçları bulunan birden çok kanuni olgunun kapsamına giriyorsa bu durumda normların yarışmasından bahsedilir (kanunların yarışması; taleplerin yarışması). Bu tür durumlarda normlardan biri, diğerine göre daha geniş bir uygulama alanına sahip olabilir. İşte bu durumda öteden beri kabul edilen ilke olan, “özel norm genele nazaran öncelik taşır” (lex specialis derogat legi generali) ilkesi uygulanır. Hukuk mantığının bir sonucu olarak bu ilke kabul edilmektedir ve genellikle daha fazla sorgulanmamaktadır. Bununla birlikte *özel normun genel norma göre öncelik taşıdığına ilişkin ilkenin sorgulanmadan ve diğer yorum unsurlarına başvurmada kabul edilmemesi gerekir*.¹⁸ Öncelikle gerçek anlamda özel norm genel norm ilişkisinden bahsedilebilmesi için özel normun kapsamına giren bütün olayların genel normun da kapsamına girmesi gerekir.¹⁹ Buna karşılık genel norm özel normun kapsamına giren tüm olayları içermiyorsa, sadece kısmen kesişmeler bulunuyorsa artık özel norm genel norm ilişkisinden bahsedilemez.²⁰ Diğer taraftan saf özel norm genel

16 BernK-Meier/Hayoz, Art.I, N. 191; Kramer, Methodenlehre s. 103; Oğuzman/Barlas, s. 72, N. 249. Borçlar Kanunu'nun temel sistematığı kusura dayanan sorumluluktur. Bu ilkedен hareketle kusursuz sorumluluğun açıkça düzenlenmesi ve dar yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşılır.

17 Bkz, Kramer, Methodenlehre s. 104 vd.

18 Bkz., Larenz/Canaris, Methodenlehre, s. 88; Kramer, Methodenlehre, s. 112.

19 Bkz., Larenz/Canaris, Methodenlehre, s. 88, 89.

20 Bu sebeple TBK'daki ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler ile yanılmaya iliş-

norm ilişkisinde dahi, özel normun öncelikle uygulanmasına karar verilebilmesi için amaçsal değerlendirmelerde bulunulması ve özel normun neden öncelik taşıdığı tahlil edilmeden mekanik bir şekilde uygulanmaması gerekir.²¹ Özel normun neden öncelikle uygulanması gerektiğine ilişkin baskın olan argüman, özel normun öncelik kazanmaması durumunda özel normun hiç bir şekilde uygulanmayacak olmasıdır.²² Dolayısıyla özel normun öncelikle uygulanması sadece özel normun ileri sürülmesi için daha ağır veya elverişsiz şartlar taşımasına bağlıdır.²³ Buna karşılık özel norm genel norma göre daha ağır şartlar taşımıyor ve özel normun uygulanması tehlikeye girmiyorsa artık özel normun öncelikle uygulanması zorunlu değildir. Bu durumda normlar arasında en uygun olanın seçilmesi mümkün olabilir, normlar birbirleriyle yarışabilir.

Diğer taraftan, kanun koyucunun aynı konuda sonraki bir düzenleme yapmış olması halinde bu düzenleme önceki ile çelişiyorsa, zımnen sonrakinin esas alınması gerektiği kabul edilmektedir.²⁴ Nitekim hukuk siteminde aynı zamanda aynı konuya ilişkin farklı farklı sonuçların varlığı kabul edilmez. Ancak *bu ilkenin uygulanabilmesi için de amaçsal değerlendirmelerde bulunmalı, normun tüm sistem içindeki yeri ve amacı sorgulanarak sonuca ulaşılmalıdır.*²⁵ Kanun koyucunun o alanda özel bir norm varken özel olarak yeni bir normu kabul edip yürürlüğe sokmuşsa amacının bu yeni normun uygulanması yönünde olduğu kabul edilir. Ancak bu olasılıkta dahi önceki tarihli ve genel normun yeni tarihli normu tamamlayıcı bir işlev gösterebileceği ve

kin hükümler arasında özel norm genel norm ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir.

21 Bkz., Kramer, Methodenlehre s. 111 vd., Larenz/Canaris, Methodenlehre, s. 88, 89.

22 Zira baskılama değil normların yarışması kabul edildiği takdirde ağır sonuçları olan norm tercih edilmeyecektir. Bkz., Kramer, Methodenlehre s. 114.

23 Serozan, Hukukta Yöntem, s. 147.

24 Larenz/Canaris, Methodenlehre, s. 87 vd.; Oğuzman/Barlas, s. 82, N. 276.

25 Bkz., Serozan, Hukukta Yöntem, s. 148-149.

onun yanı sıra uygulanabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.²⁶ Sonraki normun genel, önceki normun özel olması durumunda hangi normun öncelikle uygulanacağı veya normların yarışıp yarışmayacağı yine özellikle amaçsal yorum ve diğer yorum unsurları dikkate alınarak belirlenmelidir.²⁷ Sonraki genel norm kabul edilirken önceki özel normun bertaraf edilmesi amaçlanmış olabileceği gibi, tam tersine özel normun yürürlüğünün muhafaza edilmiş olması da amaçlanmış olabilir. Genel olarak düzenlenen hukuksal kurumada yeni bir bakış açısı söz konusu ise bu normun öne geçeceği, aksi takdirde daha fazla detay içeren özel normun uygulanmasının olası olduğu belirtilmektedir.²⁸

III. TKHK'daki Düzenlemelerin Yorumu

TKHK'daki düzenlemelerin yorumu, yukarıda belirlediğimiz ilkeler göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Söze göre yorum, yorumun başlangıç noktasıdır ve kelimelerin mümkün olan anlamı yorum ile boşluk doldurma arasındaki sınırı belirler.²⁹ Ancak söze göre yorum diğer yorum unsurları ile denetlenmeden, yorum için hiçbir zaman yeterli değildir. Dolayısıyla yorum yapabilmek için normun amacının bulunması olmazsa olmaz bir unsurdur. Bu amacı belirlerken gerekçelerden de yararlanır. Gerekçeler bağlayıcı olmamakla birlikte, amacın ne olduğunun belirlenmesine yardımcı olur. Diğer taraftan TKHK'un bütün özel hukuk sistemi içindeki yeri göz önünde bulundurulmaksızın yorum yapılamaz.³⁰

26 Bkz., Oğuzman/Barlas, s. 83, N. 278.

27 Bkz., Işıқтаç, Yasemin/Metin, Sevtap: Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2003, s. 177; Oğuzman/Barlas, s. 83, N. 279. "Ancak özel kanun daha eski tarihli, genel kanun yeni tarihli ise hangi kanunun uygulama önceliğine sahip olduğunu belirlemek oldukça güç bir iştir. Yorum metotlarına başvurmak ve kanun koyucunun nihai iradesini ortaya çıkarmak gerekir" (Y. 9. HD., E. 2016/24670, K. 2016/19553 T. 8.11.2016.).

28 Işıқтаç/Metin, s. 177.

29 Bkz., Kırcı, Yorum Yöntemleri, s. 350 vd., 353.

30 "Kanun koyucunun amacı tüketiciyi korumak olduğuna göre tüketici lehine

A) Anayasa 'ya Uygun Yorum Açısından

Türk özel hukukunda sözleşme serbestisi temel bir ilkedir. Sözleşme serbestisi Anayasa'nın 48. maddesinde temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenmiştir. Özel hukuk sistemi bu temel ilke esas alınarak oluşturulmuştur. Sözleşme serbestisi ilkesi, sözleşmeyi kurup kurmama, sözleşmenin içeriğini belirleme, sözleşmenin diğer tarafını seçme ve sözleşmenin şeklini belirleme gibi unsurlara ayrılmaktadır. Sözleşme serbestisi ilkesinin bir diğer sonucu da sözleşme kurulduktan sonra sözleşme ile bağlılık (ahde vefa) ilkesidir. Sözleşme özgürlüğünün de sınırları olabilir. Sözleşme özgürlüğü kural, sınırları istisna olup bu sınırlar Anayasa'nın 13. maddesine göre, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla getirilebilir.

Anayasa'nın 172. ve 173. maddelerinde Devletin esnaf ve sanatkârlar gibi tüketiciyi de koruyacak tedbirler alması gerektiği belirlenmiştir. Bununla birlikte Anayasa'daki hükümler, tek başına tüketicilerin mi, esnaf ve sanatkarların mı öncelik taşıdığına veya sosyal devlet ilkesine mi öncelik verildiğine ilişkin bir veri içermemektedir. Anayasa kuralları kişiler arasındaki yatay ilişkileri düzenleyen özel hukuk alanında doğrudan doğruya uygulama alanı bulmazlar.³¹ Ana-

yorum yöntemine yer verilmesi doğaldır. Bununla birlikte tüketici lehine yorum her durumda geçerli bir yöntem değildir. TMK m. 1 gereği kanunun özünü bulmadan yorum yapılamaz. Amaçsal yorum tüketici hukukunda da geçerlidir. Ancak tüketici hukukunda her kuralın tüketici lehine getirildiği de söylenemez. Bazı hükümlerde, tarafların menfaatleri dengelenirken, tüketicinin haklarının sınırlandırılmasında toplum yararı daha üstün görülmüş olabilir. Bu nedenle, hâkim tüketici hukukuna ait belli bir kuralı yorumlarken, öncelikle o kuralın somut amacını araştırmalı, bu kuralın, o andaki şartlara göre, hangi tarafın çıkarlarına ne ölçüde üstünlük tanıdığını belirlemelidir” Sirmen, Tüketici Hukunun Amacı, s. 2473.

- 31 Özel hukuk ilişkilerini düzenleyen kanunların kabul edilmesinde, özel hukuk kanunlarının yorumlanmasında ve belirsiz genel kavramların somutlaştırılmasında Anayasa'da yer alan temel haklar dolaylı olarak etki eder. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger: Schweizerisches Obligationenrecht, Allge-

yasa hükümlerinin özel hukuk ilişkileri üzerindeki etkisi ancak özel hukukta yer alan belirli tipteki bazı normlar aracılığıyla, başka deyişle dolaylı olarak gerçekleşir.³²

Bireyler arasındaki sözleşme ilişkilerindeki menfaatlerin dengelemesi, ancak sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulanması ile yatay düzeyde gerçekleştirilebilir. Çünkü Anayasa hukukuna ilişkin güvence (M. 48), genel davranış hürriyetini gerçekleştirmeye ilişkindir. Sözleşme özgürlüğünün korunması amaçlanmaktadır ve sözleşme özgürlüğü tarafların her ikisi için de geçerlidir. Toplumdaki her gerçek kişinin tüketici olduğu düşünüldüğünde, toplumun tamamının zayıf olduğu düşüncesinden hareket edilmesi isabetli değildir. Aksi düşünce ayrıca özel bir tüketici hukukunun varlığını anlamsız kılar. Herkes zayıfsa ve korunması gerekiyorsa artık bu korumanın genel sözleşmeler hukuku içerisinde gerçekleştirilmesi gerekirdi. Sözleşme özgürlüğü temel bir ilke olarak varlığını devam ettirmektedir. Tüketicinin işletmecisi ile yaptığı sözleşmelere, sadece maddi sözleşme özgürlüğünün sağlanması için müdahale edilebilir. Bu müdahalelerin hangi konularda gerçekleşeceği ise, sosyal olaylar sonucunda elde edilen ampirik veriler ile belirlenmekte ve kanun koyucular tarafından ayrıca özel olarak düzenlenmektedir.

Piyasanın gereği gibi işlememesi sebebiyle özellikle girişimcilere nazaran bilgisiz ve iş yeterliliğine sahip olmayan tüketicilerin sözleşme özgürlüğünden yararlanması gerçekleşmemektedir. İşte bu durumlarda tüketici hukuku müdahale ederek, maddi sözleşme özgürlüğünün gerçekleştirilmesini sağlar. Dolayısıyla *somut korumanın sebebi, piyasadaki sosyal güçler arasındaki eşitsizlik değil, güçler arasındaki eşitsizliğin karar verme özgürlüğünü yeterince gerçekleştire-*

meiner Teil, 10. Auf., Zürich 2014, Bd. I, N. 679.

32 Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 501, 502.

*rememesidir.*³³ Böylece kişilerin özgürlüğü keyfi olarak ellerinden alınmamakta, bunun için haklı gerekçelerin bulunması gerekmektedir.³⁴ Tarafların gerçekte normal olarak gerektiği gibi bilgilenmediği, bilgi kaynağına diğer tarafın sahip olması sebebiyle bilgi dengesizliğinin bulunduğu durumlarda müdahale haklı olur.

Bununla birlikte normların uygulanacağı kişileri somutlaştırmak için role özgü tüketici modelinin verilerinden de yararlanarak tüketici kavramının tanımlanmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bu sebeple tüketici ve işletmeci gibi adresler oluşturulmuştur; başka deyişle genel bir tüketici tanımı ve onun karşısındaki satıcı/sağlayıcı (girişimci) tanımı yapılmıştır.

Kanımızca TKHK, tüketici ve satıcı/sağlayıcı arasında her tüketici sözleşmesinde tüketicinin korunacağına ilişkin bir anlayışı benimsemiştir. TKHK'da bir taraftan tüketici ve satıcı sağlayıcı tanımı yapılmış, diğer taraftan da tüketicinin korunması gereken durumlar ayrıca belirlenerek özel normlar getirilmiştir. TKHK Tasarısı genel gerekçesinde, tüketiciyi koruma sebepleri arasında tüketicinin bilgilendirilmesinin önemi vurgulanmakta bu yöntemin sözleşme özgürlüğüne en az müdahale eden yöntem olduğu belirtilmektedir. TKHK maddi sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmek için gerekli olan belirli müdahaleleri yapmakta olup, sadece tüketici olduğu veya tüketici işleminin tarafı olduğu için tüketiciyi korumamaktadır.

B) İstisnai Nitelikte Olan Normların Özel Olarak Düzenlenmesinin Gerekmesi Açısından

TKHK'da getirilen düzenlemeler, temel ilkelere istisna getiren

33 Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann: Revision des Verbraucher- acquis, Tübingen 2011, s. 3, Jansen, s. 75 vd.; Canaris, Claus-Wilhelm: Wandlungen des Schuldvertragsrechts, Tendenzen zu seiner "Materialisierung", AcP 2000, s. 273 vd.,s. 359; Reppen, Tilman: Kein Abschied von der Privatautonomie, Die Funktion zwingenden Rechts in der Verbrauchersgüterkaufrechtlinie, München 2001, s. 37.

34 Wagner, Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, s. 3.

kurallar niteliğindedir. Temel kurallara istisna getirilmesi ise, ancak bu konuda özel olarak düzenlenmiş bir norm varsa mümkün olur. Bu istisnai kurallar buldukları alan dışında genişletilemezler ve diğer alanlara kıyasen uygulanamazlar.³⁵ Sözleşme özgürlüğü kural, sınırları istisna olup bu sınırlar Anayasa'nın 13. maddesine göre özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla getirilebilir.

TKHK hazırlanırken Alman hukukundan esinlendiği düşünülmektedir. Alman hukuku, tüketiciyi koruma konusundaki Yönergelerin minimum uyumu amaçlayan Yönergeler olmasından yararlanarak³⁶ Birlik tüketici hukukunun uygulama alanını en geniş kapsamda tutan ülkeleri arasındadır. Gerçekten de BGB §13'e göre tüketici, "hukuki işlemi ağırlıklı olarak ticari veya bağımsız mesleki faaliyeti dışındaki amaçlarla kuran her gerçek kişidir";³⁷ BGB §14'e göre girişimci; "ticari veya mesleki faaliyetinin uygulanmasında bir hukuki işlemin kurulması sırasında gerçek kişi veya hukuken tanınmış kişi ortaklığı ya da tüzel kişidir". Dolayısıyla tüketiciyle girişimciler arasındaki tüm sözleşmeler de tüketici sözleşmesi niteliğini taşımaktadır. Ancak Alman hukukunda tüketici sözleşmesi ile ilgili her özel hüküm, BGB'de ilgili sözleşmelerin düzenlendiği her yere özel olarak ayrıca tüketici lehine istisnanın nerede ve nasıl getirileceği, korumanın şartlarının neler olduğu açıkça gösterilerek kabul edilmiştir.³⁸ Başka deyişle ge-

35 İstisna içeren hukuk kurallarının yorum yoluyla genişletilemeyeceği ilkesi bulunmaktadır: *Singularia non sunt extendenda*

36 Bkz., Micklitz/Purnhagen, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2015, § 13 N. 3-6.

37 Türk hukukundaki tüketici tanımı Alman hukukunda yapılan tanıma nazaran daha geniştir. Çünkü Türk hukukunda herhangi bir sınırlama olmaksızın tüzel kişiler de tüketici olarak kabul edilmiştir.

38 Tüketici hukukunun doğrudan konusunu oluşturan ve BGB 13'e atf yapan maddeler, tüketici kavramı ile doğrudan ilişkilidir. Bu maddeler ısmarlanmayan edimler (§241a); temerrüt (§§ 286/3 ve 288/1,2), genel işlem koşulları (§310/3), kapıdan satışlar (§§312, 313), finansal işlemlerin mesafeli satışı ile birlikte mesafeli satışlar (§§ 312b vd.), e-ticaret (§312g), genel cayma ve geri verme (§§

nel bir tüketici işlemi tanımı yapıp tüm tüketici işlemleri için sözleşme serbestisine müdahale etme yetkisi verilmemiştir. Nerede tüketici lehine özel bir düzenleme ihtiyacı olduğu düşünülmüşse veya Birlik Yönergeleri bunu gerektiriyorsa orada özel olarak açıkça ilgili norm düzenlenmektedir.

Sözleşme serbestisini emredici hükümler ile sınırlandıran normların özel olarak düzenlenmesi ilkesi, Türk hukuku açısından da geçerlidir. Kanunda genel ilkelere istisna getiren özel olarak düzenlenmiş bir norm olmadığı sürece, kanun yapma tekniği sebebiyle geniş tanımlar yapılması üzerine bu geniş tutulmuş tanımlar esas alınarak özgürlükleri kısıtlayacak sonuçlara ulaşamaz. Bu sonuç aynı zamanda hukuki güvenilirlik ilkesinin bir gereğidir. Zira sözleşme özgürlüğünün ne zaman kısıtlandığını öngöremeyen kişiler kendi davranışlarını buna göre ayarlayamazlar. Özgürlüklere kısıtlama getiren normların özel olarak tüm unsurları ile düzenlenmesi gerekir.

Avrupa Birliği'nde tüketiciyi koruyucu düzenlemelerin yanında, sadece tüketiciler için değil herkes için gerektiğinde emredici normlarla müdahale eden özellikle sağlık ve çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemeler de büyük bir önem taşımaktadır. Esas olarak tüketici hukukunun yorumu, konusuna göre belirlenmektedir. Tüketici lehine yorum şeklinde genel bir ilke, Birlik hukukunda bulunmamaktadır.³⁹

355 vd.), tüketim mallarının satımı (§§474-479, kısmi zamanlı konaklama hakkı veren sözleşmeler (devre tatil) (§§ 481-487), tüketici kredileri (§§ 491-509, §§358, 359, §§ 655a, 655e). Bunların arasında tüketici kavramını doğrudan değil de dolaylı olarak kapsayan veya onunla bağlantılı olan maddeler de yer almaktadır. Bunlar, seyahat hukuku (§§651a vd.), ödül vaadi (§ 661a), FernUSG, ödeme hizmetleri (Zahlungsdieste) (§675e), tedavi sözleşmeleri (§630a), eser sözleşmeleri (632a), ilaç hukuku (§84 AMG), haksız rekabete ilişkin düzenlemeler (UWG) ve sigorta sözleşmeleridir (VVG). Bkz., MüKo-Micklitz/Purnhagen, § 13 N. 1 vd. 7; MüKo-Micklitz/Purnhagen, vor §§ 13, 14, N. 69.

39 MüKo-Micklitz/Purnhagen, vorb. § 13, 14 BGB N. 98-100. Tüketici lehine yorum ilkesinin her durumda geçerli olmadığı, tüketici hukukunda her kuralın tüketici lehine getirilmediği, amaçsal yorumun tüketici hukukunda geçerli olduğu, kanunun özü bulunmadan yorum yapılamayacağı, kural yorumlanırken so-

C) Özel Norm Genel Norm İlişkisi Açısından

Yukarıda belirttiğimiz üzere, özel normdan söz edilebilmesi için, özel normun hukuki olgu unsurunun kapsamına giren olayların tamamının genel normun olgu unsurlarının kapsamına girmesi gerekir. Normun özel olması, uygulandığı alanın genel normun tamamen kapsamına girmesi ile belirlenir. Özel kanun içerisinde düzenlenmiş her norm “özel”, genel kanun içerisinde düzenlenmiş her norm da “genel” değildir.

TKHK, m. 3/1, tüketici ve satıcı/sağlayıcı arasında kurulan tüm sözleşmeleri kapsayan bir tüketici işlemi tanımını yapmaktadır. Tüketici işlemleri için sözleşme özgürlüğüne müdahalenin gerçekleşebilmesi, hangi tüketici işlemi için hangi açıdan müdahale yapıldığının TKHK’da ayrıca hukuki sonuçlarını da içeren bir norm ile düzenlenmesini gerektirir. Ancak niteliği bu tanıma göre tüketici işlemi olsa da TKHK’da birçok konuda hangi özel müdahale ile tüketicinin korunacağı düzenlenmemektedir. İşte o özel müdahale olmadığı sürece özel bir normun varlığından ve dolayısıyla bu özel normun önceki özel normları veya önceki genel normları zımnen ilga etmesinden söz edilemez.

TKHK yürürlüğe girmeden önce, sözleşmeler hukukuna ilişkin bazı özel sözleşme tipleri gerektiğinde emredici hükümlerle, birçok özel kanunda veya genel kanunlar içerisinde birçok özel normlarla, ayrıca ayrıntıları ile düzenlenmiştir. Özel kanunlar arasında, Sigortacılık Kanunu,⁴⁰ İş Kanunu, Avukatlık Kanunu, Telekomünikasyon veya enerji sektörünü⁴¹ düzenleyen çeşitli kanunlar sayılabilir. Genel Ka-

mut amacının araştırılması gerektiği konusunda bkz., Sirmen, Tüketici Hukukunun Amacı, s. 2473.

40 Sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesine yönelik olarak sigorta tahkim sistemi getiren 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu, TKHK genel maddelerinde düzenlemelerden çok daha açık ve ayrıntılı bir şekilde sigortacılık sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların nasıl çözüleceğini düzenlemektedir.

41 Telekomünikasyon ve enerji sektöründeki özel düzenlemeler özellikle tüketicileri de dikkate alarak emredici normlarla ve fakat herkesi kapsayarak şekilde

nunlar içerisinde örneğin TBK’da yer alan konut kirası sözleşmelerine ilişkin, TTK’da taşıma sözleşmelerine⁴² ilişkin özel düzenlemeler yer alır. Sözleşme hukukuna ilişkin bu özel normlar, gerektiğinde emredici hükümlerle ilgili alanları düzenlemektedir. Her seferinde kanun koyucunun amacı sorgulanmadan TKHK’daki normların sonraki özel norm olarak tüm bu düzenlemeleri tüketici işlemleri için zımnen ilga ettiği sonucuna ulaşamaz.

TKHK’daki normlar ile önceki normlar arasında *önceki özel norm ve sonraki özel norm ilişkisinden* bahsedebilmek için her iki normun olgu unsurlarının aynı konuyu düzenlemesi gerekir. TKHK’un tüketici işlemi tanımı, tarafları tüketici ile satıcı/sağlayıcı olan tüm sözleşmeleri kapsamaktadır. Oysa sözünü ettiğimiz önceki özel düzenlemeler tarafları konusunda ayırım yapmaksızın sadece tek bir sözleşme tipini, konut kirası, taşıma, sigorta, avukatlık vs. düzenlemektedir. Dolayısıyla bu tür özel düzenlemeler karşısında TKHK’daki “hizmet”, “tüketici işlemi” gibi genel tanım maddelerinin veya satış dışındaki tüm sözleşmeleri kapsar şekilde tanımlanmış “hizmet ayıbına” ilişkin maddelerin özel düzenleme olduğu sonucuna ulaşamaz. TKHK’daki düzenlemelerin tamamını özel norm sayıp, bunların sonraki özel norm olarak öncekileri zımnen ilga ettiğini kabul etmek, kanun koyucunun daha önce özel olarak düzenlediği tüm bu alanlara ilişkin özel menfaat değerlendirme kararlarını ve ayrıntılı hükümlerini dikkate almamak, görmezden gelmek anlamına gelir.⁴³

ayrıca düzenlenmiştir.

42 Bkz., Can, Mertol: CMR ve Alman Ticaret Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, C. 1, Ankara 2017, s. 50 vd. Aksoy, taşıma hukuku mevzuatının tüketicinin korunmasını da dikkate alan ayrıntılı hükümler içerdiği, bu alanın birçok emredici kuralla düzenlendiği; tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında esas olarak TTK’nda düzenlenen taşıma hukuku mevzuatının, TKHK’da ayıplı hizmet maddesine göre özel hüküm niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Aksoy, Sami: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi, BATİDER 2015, s. 305 vd., 325.

43 Taşıma hukuku açısından Aksoy’a göre, “şayet hakkında özel bir hüküm bulunmasına rağmen, taşıyıcının sorumluluğuna, 6502 sayılı Kanun’un genel ma-

Nitekim geniş bir hizmet edimi tanımı yapan 2011/83 sayılı Tüketicici Hakları Yönergesi, Birlik hukukunun Yönergelerle başka sektörleri özel olarak düzenlediği konularda, özel olarak düzenlenenlerin öncelik taşıyacağını hükme bağlamıştır (m. 3/2). Gerçekten de telekomünikasyon ve enerji sektörünün özelleşmesi sonucunda, bu alana ilişkin mevzuat artık özel hukukun konusunu oluşturmakta, özellikle tüketicileri dikkate alarak ve fakat herkesi kapsar şekilde emredici hükümlerle düzenlenmektedir. TKHK'un genel tanımları veya genel maddeleri bu tür özel düzenlemeler karşısında özel hüküm niteliğinde değildir. Uluslararası bir sözleşmeye dayanarak (CMR) oluşturulan ve tüketicileri de dikkate alarak TTK'da özel normlar ile düzenlenen taşıma sözleşmelerine ilişkin normlar, TKHK'daki genel tanım maddeleri ve ayıplı hizmete ilişkin maddesine göre genel norm niteliğinde değildir.

Diğer taraftan, TBK konut kirasına ilişkin sözleşmeleri gerektiğinde emredici hükümlerle sadece bu sözleşmeye özgü olarak ve tüketici olsun olmasın herkes için düzenlemiştir. TKHK'da hukuki işlem tanımına, kira sözleşmesinin de dahil edilmesinin sebebi, genel işlem koşullarının her sözleşme için geçerli olması yanında finansal kiralama ile ilgili TKHK'daki düzenlemeye⁴⁴ tanım maddesi olarak yardımcı olmasıdır. Onun dışındaki sağlayıcı ile tüketici arasındaki tüm kira

hiyetteki hükümleri tatbik edilecek olursa, işte asıl ayıplı hizmet (!) bu noktada ortaya çıkacaktır. Nitekim bu durum, bir yandan, taşıma hukuku mevzuatının emredici hükümlerine aykırılık teşkil edecek, diğer yandan tarafı olduğu uluslararası anlaşmayı uygulamaması anlamında, Türkiye'nin itibarına zarar verecektir." Aksoy, BATİDER 2015, s. 325.

- 44 TKHK kapsamına tüm finansal kiralama sözleşmeleri değil, fakat yalnızca sözleşme süresi sonunda kiracı için sözleşme konusu malın mülkiyetinin edinme zorunluluğunun öngörüldüğü finansal kiralama sözleşmeleri girmektedir. Böyle bir zorunluluğun olmadığı finansal kiralama sözleşmelerine bu hükmün (TKHK m 17/2) uygulanabilmesi söz konusu olmayacaktır. Bkz., Kuntalp, Erden: Finansal Kiralama Sözleşmesinin Konusu Olarak Mal (Özellikle Tüketim-Yatırım Malı), Tüketicici Hukuku Konferansı, Ed. Hüseyin Can Aksoy, Ankara 2016, s. 357 vd., 365.

sözleşmelerine TKHK'un uygulanması gibi bir amaç söz konusu değildir. TKHK'daki düzenlemeler, TBK'daki kira sözleşmelerine ilişkin hükümleri zımnen ilga edecek özel hüküm niteliğinde değildir.

Tüketicinin korunması alanına giren önemli bazı konular hem TKHK'da hem de TBK'da düzenlenmiştir. Bunların arasında genel işlem koşulları önemli yer tutar. TKHK m. 5'in kapsamına sadece tüketici işlemleri girerken, TBK m. 20-25, tüketici olsun olmasın herkese uygulanır. Bu sebeple TBK m. 20-25 genel norm, TKHK m. 5 özel norm niteliğindedir. Kanun koyucu m. 20-25'deki kuralların tüketiciler için de uygulanmasını amaçlamaktadır. Dolayısıyla önceki tarihli ve genel normlar (m. 20-25), yeni tarihli özel norma (m. 5) tamamlayıcı bir işlev göstermekte ve onun yanı sıra uygulanabilmektedir. Bu itibarla amaç gözetilerek değerlendirmede bulunulduğunda, sonraki özel normun önceki genel normu zımnen ilga etmediği görülür. Diğer taraftan, TKHK m. 5'in kural olarak TKHK kapsamındaki hukuki işlemlere uygulanmakla birlikte, TBK'dan daha kapsamlı bir düzenleme getirdiği için bu hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK'da düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin yorumlanması ve tamamlanmasında esas alınabileceği ileri sürülmektedir.⁴⁵ Bu durumda da amaçsal değerlendirmelerde bulunularak sonraki özel normların önceki genel normlar ile tamamlanması söz konusu olmaktadır.⁴⁶

45 Atamer, Yeşim: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırılmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATHAE, Ankara 2012, s. 9 vd. s. 41-44; Uzunallı, Sevilay: Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, İÜHFİM 2013, C. LXXI, S. 2, s. 383 vd. s. 412; Sirmen, Lâle: Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATHAE, Ankara 2012, s. 109 vd., 112.

46 Kanun koyucunun tüketiciler için daha kapsamlı düzenlemeler yapıp bunun herkes için uygulanamayacağı argümanı burada ileri sürülebilse bile, TKHK'daki düzenlemelerin genel işlem koşullarının denetlenmesine ilişkin, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Avrupa Topluluğu Yönergesine

D) TKHK'un Parçalı Yapısı Dolayısıyla Farklı Konuları Aynı Tanım Altında Düzenlemesi Açısından

TKHK'un parça parça birçok konuyu tek bir Kanun altında düzenlemeye ilişkin yapısı ve kanun yapılırken her biri ayrı konulara ilişkin olsa da düzenlenen alanların tamamını kapsayan tanımlamalar yapma zorunluluğu,⁴⁷ yapılan genellemeler sonucunda önemli hataları da beraberinde getirecek niteliktedir. Örneğin vekalet sözleşmeleri genel işlem koşulu niteliğinde bir sözleşme ile kurulmadıkça veya bankacılık sözleşmesi vekalet olarak nitelendirilmedikçe, ya da mesafeli kurulmadıkça kural olarak TKHK kapsamına girmez. TKHK, 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Yönergesinin iş yeri dışında kurulan ve mesafeli sözleşmeler açısından yaptığı hizmet edimi tanımı (m. 2,6) gibi *hizmeti*, mal sağlama dışındaki her hukuki işlemin konusu olarak tanımlamıştır (m. 3/d). Oysa 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Yönergesinde hizmet edimi tanımı geniş tutulmuş olmakla birlikte, birçok sözleşme Yönergenin uygulama alanından çıkarılmıştır. TKHK da aslında aynı şeyi yapmak istemiştir. Hem hizmet tanımını benzer şekilde düzenlemiş hem de ilgili alanların kapsamında hangi sözleşmelerin dahil olmayacağını ilgili Yönetmeliklerde⁴⁸ belirlemiştir. Ancak genel (torba) tanım verme çabası yüzünden hem hizmet tanımı hem de tüketici işlemi tanımı geniş tutulmuştur. Bununla birlikte, gö-

(1993/13) dayandığı, bu yönergede ifadesini bulan ilkelerin Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 307 ve devamındaki paragraflarında düzenlendiği ve TBK'nun 25. maddesinin gerekçesinde ifade edildiği üzere 25. maddenin düzenlenmesinde BGB'nin 307. paragrafından esinlendiği hususları dikkate alındığında, kanunun amacından hareketle TBK'daki genel işlem koşullarının uygulanmasında TKHK'un 5. maddesinden de yararlanılabilir. (Bkz., Kırca, Çiğdem: Genel İşlem Koşulları ile Kararlaştırılan Ceza Koşulunun İçerik Denetimi, Evrensel İlkeler Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, 10-11 Haziran 2016, (Ed., Badur/Başara) Ankara 2016, s. 119 vd., 120).

47 Bkz., Mevzuatı Hazırlama Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik, RG. 17.2.2006, N. 26083, m. 13/4, 15/1.

48 Bkz., İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği (RG 14.01.2015, S. 29235); Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (RG 27.11.2014, S. 29188).

rılmektedir ki TKHK'da ne avukatlık vekalet ücretine ilişkin herhangi bir norm ne de tıbbi tedavi sözleşmelerinde bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir norm bulunmaktadır. Eğer kanun koyucu bu tür sözleşmelerde genel sözleşme hukukundan veya daha önce düzenlemeler yapılmış özel sözleşmelerden tüketici işlemleri için ayrılıp emredici bir düzenleme getirmek istiyorsa bunu, hukuki olgu ve hukuki sonuç unsurları bulunan özel bir norm ile yapmalıdır. TKHK'da özel norm olmadığı sürece önceki özel veya genel normların zımnen ilgası söz konusu olamaz. Nitekim mesafeli satış sözleşmelerinde, tüketici kredilerinde veya paket tur sözleşmelerinde bu özel düzenlemeler yapılmıştır. Ancak kişiye bağlı edimlerin ifasının söz konusu olduğu, sözleşmenin kurulmasının yüz yüze gerçekleştiği bir avukatlık sözleşmesinin veya tıbbi tedavi sözleşmesinin TKHK kapsamında olması amaçlanmamıştır. Kanunun kanun yapma tekniğinden kaynaklanan yanlışlıklarının uygulayıcılar tarafından düzeltilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Amacı sorgulamadan, getirilen düzenlemelerin sözleşme özgürlüğüne müdahale oluşturduğu ve böyle bir müdahalenin sadece özel bir norm ile ayrıntıları düzenlenerek getirilebileceği göz önünde tutulmadan, tanım maddeleri geniş yorumlanarak müdahale yapılamaz. Geniş tutulmuş tanımlar, somut uyuşmazlığa tüm yorum unsurları göz önünde bulundurulurken hangi normun hangi menfaati koruduğu dikkate alınarak uygulanmalıdır. Buna karşılık, örneğin, eğer bir avukatlık hizmeti tüketicinin internet üzerinden ilgili formu doldurup, hukuki bir uyuşmazlık ile ilgili bir soruyu sorması üzerine yine internet üzerinden cevaplandırılarak verilmişse, avukatlık sözleşmesine ilişkin ücretin talep edilmesi ile ilgili uyuşmazlıkta Alman Hildesheim Bölge Mahkemesi'nin verdiği kararda⁴⁹ olduğu gibi, mesafeli sözleş-

49 Alman Hildesheim İş Mahkemesi, (AG Hildesheim,) 08.08.2014 tarih, Az. 84 C 9/14 sayılı kararında internet sitesindeki formu doldurarak bir avukatlık bürosundan kendi boşanma davası ile ilgili bilgiler soran davalıya karşı yine internet yoluyla cevap veren avukatlık bürosu davacının ücret talebini, burada bir mesafeli sözleşme olduğu ve davalının cayma hakkını kullandığı gerekçesiyle reddetmiştir (bkz., VuR [VerbraucherundRecht] 2015, s. 396). Ancak eğer avukatlık sözleşmesi bireysel görüşme şeklinde gerçekleşmişse artık bu durumda

me niteliğinde bir tüketici sözleşmesi olduğu ve dolayısıyla tüketicinin cayma hakkını kullanabileceğini kabul etmek mümkündür.

Avukatlık Kanunu avukatlar ile ilgili düzenlemeler içerdiğinden özel bir kanun olup, avukatlık sözleşmesi ile ilgili konulara ilişkin özel normlar içermektedir. TKHK avukatlık sözleşmesi ile ilgili herhangi bir özel norm içermemekte olup tüm sözleşmeleri, bu arada vekalet sözleşmesini de kapsayan genel tanımlar yapmaktadır. Avukatlık Kanunu'nda Avukatın kendisine teklif edilen işi sebep göstermeden reddetme (m. 37); Kanunun gösterdiği durumlarda (m. 38) reddetme zorunluluğu; vekaletten isteği ile çekilme hakkı (m. 41) düzenlenmiştir.⁵⁰ Oysa TKHK m. 6/2, hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmak-

mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanmaz. Avrupa Birliği 2011/83 Tüketici Hakları Yönergesinin gerekçesinde (20) de belirtildiği üzere uzaktan iletişime ilişkin düzenlemeler Avukatlık sözleşmesine uygulanmaz. Çünkü avukatlık sözleşmelerinde ifanın bireysel olarak yapılması unsuru tamamen ön planda yer almaktadır (bkz., MüKo-Wendehorst, 6. Aufl. 2012, BGB § 312 b N. 57). Bununla birlikte sözleşmenin kurulması ve ifanın da uzaktan iletişim yoluyla yapıldığı sözleşmelere mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanabilir (bkz., Auch der Anwaltsvertrag kann ein Fernabsatzvertrag sein, der ein Widerrufsrecht begründet, VuR 2015, N.396, Bearb. Dr. Sylvia Rütkebeil).

- 50 Avukatın görevinin yargının kurucu unsuru olan ve bağımsız savunmayı temsil eden yargısal bir faaliyet olmasının, avukatla yapılan işlemin niteliği vekalet sözleşmesi olsa da bu işlemin tüketici işlemi olarak kabulüne imkân vermeyeceği hakkında bkz., Ankara Bölge Adliye Mahkemesi (Ankara BAM), 4.HD, T., 23.02.2017, E., 2017/78, K., 2017/149. Kararda, avukatın bağımsızlığı gereğince istemediği bir işi gerekçe dahi göstermeksizin reddetme imkanına sahip olması; müvekkillerine karşı ağırlaştırılmış özen borcu altındaki sorumluluklarının, tüketici işlemindeki hizmet sunucusunun sorumlulukları ile mukayese edilemeyecek derecede ağır olması; avukatın savunmayı temsil eden yargısal bir faaliyette bulunması gerekçeleriyle avukatlık sözleşmelerinin tüketici işlemi olarak kabul edilmeyeceği, bu sebeple uyuşmazlıkta tüketici mahkemelerinin görevli olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Karara göre, "Nasıl ki, hukuki niteliği vekalet sözleşmesi olan hakem sözleşmesinde taraflarla hakem arasındaki ilişkiye TKHK hükümleri uygulanamazsa, yargının kurucu bir unsuru olan bağımsız ve tarafsız savunmayı temsil eden avukatla müvekkil arasındaki ilişkiye de TKHK hükümleri uygulanamaz." Benzer şekilde arabuluculuk faaliyetinin de niteliği vekalet sözleşmesi olmasına rağmen, bu işlemin de tüketici işlemi ola-

sızın kaçınılamayacağını hükme bağlamaktadır. Hizmet tanımı TKHK'da özel olarak düzenlenen sözleşmeler ve düzenledikleri özel konular dışına genişletilip sözüne göre anlaşıldığında, Avukatlık Kanunu'nun tüm bu özel maddelerinin⁵¹ neden kaldırıldığı düşünülmeden tüketiciler için yürürlükten kaldırılması söz konusu olabileceği gibi hukuki güvenirliliği sarsan değişik uygulamalara⁵² da neden olabilir. Gerçekten kanun koyucunun böyle bir amacı var mıdır? TKHK, avukatlık sözleşmesi ile ilgili Avukatlık Kanunu'nu tüketici sözleşmeleri için değiştirmek amacını taşımakta mıdır? Kanımızca TKHK'un Avukatlık Kanunu'nu değiştirme amacı bulunmadığı gibi genel tanımlarla Avukatlık Kanunu'nun avukatlık sözleşmesi ile ilgili hükümleri-

rak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir.

- 51 Ankara BAM, "Avukatlık Kanunu'na göre, avukatın azil ve istifası, tüm hukuki yardımlara ve davalara sirayet etmekte, sözleşme ilişkisini bütünüyle sona erdirmektedir. Örneğin haksız olarak azledildiği iddiasıyla takip etmiş olduğu boşanma davası ile ticari bir dava nedeniyle ücret talep eden avukatın, ücrete hak kazanıp kazanmayacağı ve daha pek çok konu, azlin haklı olup olmadığına göre belirlenecektir. Bu ise sözleşme kapsamında tüm yardımların birlikte ele alınması ile mümkündür. Bu ilişki bir bütün olduğu için birini diğerinden ayırmak mümkün değildir. Avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, mesleki ya da ticari amaçlarla yapılıp yapılmadığına bakılarak, aynı sözleşme kapsamındaki davaların birbirinden ayrılması, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların isabetli olarak çözümünü adeta imkânsız hale getirir. Aksi-ne aynı taraflar arasında ve aynı sözleşme kapsamındaki uyuşmazlıkların, aralarında sıkı surette bağlantı olması nedeniyle birlikte görülmesi gerekli ve zorunludur." görüşünü haklı olarak savunmaktadır. (Ankara BAM 4.HD, T., 23.02.2017, E., 2017/78, K., 2017/149).
- 52 Aynı sözleşme kapsamında davalarda müvekkillerin ticari ve mesleki amaçla hareket ettikleri konulara ilişkin uyuşmazlıkların tüketici işlemi olduğu, ticari ve mesleki amaçla hareket etmediği konulardaki uyuşmazlıkların tüketici işlemi olmadığı savunulabilmektedir. Böylece avukatlık sözleşmesinde müvekkilin ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket edip etmediği, uyuşmazlık konusunun niteliğine göre belirlenmek durumunda olacaktır. Bu durumda meydana gelebilecek yorum farklılıkları sonucunda hangi mahkemelerin görevli olduğu öngörülemeyeceği için hukuki güvenlik önemli ölçüde zedelenecek, Türk yargısı, farklı farklı yorumlar nedeniyle oluşan görevsizlik kararları sonucu bir kere daha büyük bir yük altına girecektir.

ni değiştiremez. Hukuki olgu ve sonuç unsurları ile özel olarak düzenlenmiş bir norm olmadığı halde, başka deyişle kanun koyucunun tüketiciyi korumak için sözleşme özgürlüğüne özel düzenlemelerle müdahale getirdiğine ilişkin amacını tamamen yansıtmadığı sürece, geniş tutulmuş tanım maddelerine dayanarak daha önce kabul edilmiş özel düzenlemeler görmezden gelinemeyeceği gibi sözleşme özgürlüğüne de müdahale edilemez. TKHK m. 3/1'de vekalet sözleşmesinin özel olarak sayılmasının nedeni, bankacılık hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin vekalet olarak nitelendirilmesi, haksız şartların tüm sözleşmeleri kapsaması ve yukarıda ifade ettiğimiz Tüketici Hakları Yönergesindeki hizmet tanımını aktarma düşüncesidir.

Tüketici Hakları Yönergesi sadece kapıdan satışlara veya mesafeli sözleşmelere uygulanır. 2011/83 sayılı Yönergedeki hizmet edimi tanımını esas alıp, yüz yüze görüşülerek kurulan tüm sözleşmelere uygulamak, tam uyumu sağlamaya yönelik tüketici hakları yönergesine ve dolayısıyla Birlik hukukuna aykırılık oluşturur. Tüketici hakları yönergesi tam uyumu amaçlamaktadır ve TKHK, gerekçesinde de bunu göz önünde bulundurduğunu belirtmektedir. Yönergelere tam uyumu sağlamayı amaçlayan⁵³ TKHK'un böyle bir amacı olmadığı

53 “23/2/1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili mevzuat 1995 yılında yürürlüğe girdiğinden bu yana tüketicinin korunması hukuku Türkiye’de önemli bir gelişme kaydetmiş; 2003 yılında gerçekleştirilen kapsamlı değişiklikler de tüketici hareketine ek bir ivme kazandırmıştır. Ancak bu düzenlemelerin tümünün, Avrupa Birliği (AB) mevzuatı ile tam uyumun sağlanması için gözden geçirilmesi ve kısmen yeniden kaleme alınması ihtiyacı özellikle AB-Türkiye tarama toplantıları çerçevesinde kendisini göstermiştir. Kanun değişikliğine gidilmesinin en temel amaçlarından birisi, AB’nin son dönemde çıkardığı ve henüz mevzuatımıza aktarılmamış olan, 2002/65/AT sayılı Finansal Hizmetlerin Mesafeli Satışı, 2005/29/AT sayılı Haksız Ticari Uygulamalar, 2008/48/AT sayılı Tüketici Kredileri Sözleşmeleri, 2008/122/AT sayılı Devre Tatil, Uzun Süreli Tatil Ürünü, Yeniden Satım ve Değişim Sözleşmeleri, 2001/83/EU sayılı Tüketici Hakları Yönergelerinin iç hukukumuza aktarılması olmuştur. Diğer taraftan, bu Tasarı hazırlanırken tüketicinin korunması alanında AB tarafından çıkarılmış olan bütün Yönergeler incelenmiş ve iç hukukumuzdaki değişiklikler ona göre şekillendirilmiştir”.

açıktır. Geniş tutulmuş tanım maddelerinin, sadece lafzına bakılarak, özel hukukun ayrıntılı düzenlemelerinin ortadan kaldırılmak istendiği sonucuna varılmamalıdır.⁵⁴

Avukatlık sözleşmeleri açısından açıkladığımız benzer düşünceler TKHK'da özel olarak norm ve yaptırımı getirilerek düzenlenmiş konular (örneğin, tüketici kredileri veya paket tur sözleşmeleri) dışındaki kira, iş, simsarlık, tıbbi tedavi, sigorta, taşımacılık vs. diğer sözleşmeler için de geçerlidir. Başka deyişle TKHK'daki genel nitelikli maddeler, tüketici işlemleri için sözleşme özgürlüğüne nasıl bir müdahalenin getirildiğine ilişkin TKHK'da özel bir düzenleme olmadıkça, sadece bu genel tanım maddeleriyle veya tüm sözleşmeleri kapsayan hizmet ayıbı maddesiyle sözleşme özgürlüğüne müdahale edemez; önceden var olan sözleşme hukukunun genel veya özel düzenlemelerinin bu şekilde zımnen ilga edildiği sonucuna ulaşamaz.

Farklı konuların aynı tanım altında düzenlenmeye çalışılmasının önemli yanlışlıklar oluşturduğu ayrıca şu örnekte de görülmektedir: TKHK, Devre Tatil, Uzun Süreli Tatil Ürünü, Yeniden Satım ve Değişim Sözleşmelerinin Belli Yönleri Açısından Tüketicinin Korunması Hakkında 2008/122/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesindeki işletmeci tanımını⁵⁵ aktarmak amacıyla, satıcı ve sağlayıcı tanımlarında, mal veya hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden kişileri de satıcı ve sağlayıcı olarak tanımlamıştır (TKHK m. 3/1,i). Bu tanımları tüm satıcılar veya sağlayıcılar için uyguladığımız

Bkz., S Sayısı 490, s. 5.

- 54 Hangi vekalet sözleşmelerinin TKHK kapsamında olduğunu belirlemek için çalışan anlayış, müvekkilin vekalet sözleşmesi yapma sırasında talep ettiği uyuşmazlığın niteliğine göre bir sonuca varmak istemektedir. Örneğin vekilin bakacağı dava iş uyuşmazlığına ilişkin dava ise tüketici mahkemesinde görülmelidir (Bkz., karşı oy yazısı, Y.13. HD., E. 2015/36540, K. 2016/459; T. 18/01/2016.).
- 55 2008/122 sayılı Yönergeye göre işletmeci, ticari, işletmeye veya el sanatlarına ilişkin veya mesleki amaçlarla hareket eden bir gerçek veya tüzel kişidir. Ayrıca işletmecinin adına veya hesabına hareket eden kişiler de işletmecidir (m. 2,1,e).

takdirde, onların adı veya hesabına hareket eden örneğin bankada çalışan şube müdüründen yönetim üyesine kadar temsil yetkisi olan her personelin; örneğin bir satış mağazasında temsil yetkisi olan kasiyerdan işletme müdürüne birçok çalışanın tüketiciye karşı tüketici kredisi işlemleri dolayısıyla veya ayıplı maldan, banka veya mağaza yanında sorumlu olacağı gibi amacına tamamen aykırı, kabul edilmez sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bu tanımın da her bir düzenlemenin amacı dikkate alınarak ve amaca uygun sınırlandırılarak uygulanması gerekir.⁵⁶

TKHK'da farklı farklı düzenlemelerin ortak olduğu düşünülen (aslında çoğu zaman olmayan) kavramları, kanun yapma tekniği açısından her bir farklı konuyu kapsayacak şekilde tek bir geniş (torba) tanıtımda bir araya getiriliyorsa, bu kavram her bir farklı konuyu düzenleyen normlara, bu normun özelliğine ve konulma amacına uygun olarak daraltılarak yorumlanıp uygulanmalıdır. Aksi takdirde sadece söze göre genişletici yorum, bir taraftan mantıksız ve anlamsız sonuçlara yol açabileceği gibi, diğer taraftan Türk özel hukuku sisteminin önemli kurallarının yapılan bu genellemeler nedeniyle, altında haklı bir sebep olmaksızın, özensizce ortadan kaldırılmasına sebebiyet verebilir.

E) Özel Olarak Mal Tanımının Taşınmazlar Açısından Yorumlanması

Bilindiği üzere tüketici hukukunda taşınmazlar kapsam dahilinde değildir. Zira tüketici hukuku, sözleşmeler alanında piyasa aksaklığı sebebiyle sözleşmeyi kurma ve içeriğini belirleme özgürlüğü fiilen gerçekleşmeyen kişilere, bu özgürlüğü sağlamak için müdahale eden bir huktur. Genel işlem koşulları ile sözleşmenin içeriğini belirle-

56 Satıcı ya da sağlayıcının, adına veya hesabına hareket eden doğrudan temsilciler için sözleşmeden doğan hak ve borçların doğrudan temsil olana ait olması sebebiyle bu hükmün uygulanamayacağını; dolaylı temsilciler açısından uygulanması için dolaylı temsilcinin de ayrıca girişimci sıfatını taşıması gerektiğini savunan görüş için bkz., Gümüş, Mustafa Alper: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Şerhi, İstanbul 2014, s. 15, 16.

yemeyen, kapıdan satışlarda gafil avlanan, mesafeli sözleşmelerde doğrudan mal veya hizmetin niteliği hakkında bilgi alma olanağı olmayan tüketicilere, satıcı ve sağlayıcılarla yaptıkları sözleşmelerinde, bilgilenmelerinin sağlanması, buna rağmen sözleşme kurmuşlarsa ayrıca gerekçe göstermeden sözleşmeden cayabilmeleri olanağı sunulmaktadır. Taşınmazlar üzerindeki aynı hakların devrine ilişkin sözleşmelerde ise kişilerin sözleşmeyi kurma veya içeriğini belirleme özgürlüğünün fiilen ortadan kalkmış olması kural olarak söz konusu olamaz. Çünkü taşınmazlar üzerindeki aynı hakların devrine ilişkin işlemlerin resmi şekilde yapılması zorunluluğu, tarafların yeterince düşünmeleri, gerekli bilgileri aldıktan sonra sözleşmeyi kurabilmelerini sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Taşınmaz satım sözleşmelerinin, genel işlem koşulu kullanılarak kurulması söz konusu olamayacağı gibi, iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulması da söz konusu olmaz. Tüketim mallarının satımına ilişkin Yönerge (1999/44), Avrupa Birliğinde satıcının taşınır malların satımında ayıptan sorumluluğunun, minimum standartta birleştirilmesi amacıyla kabul edilmiştir. Malların serbest dolaşımını amaçlayan Avrupa Birliği, her bir ülkede farklı farklı ayıptan sorumluluk hükümlerinin rekabeti engellememesi için birleştirilmesini amaçlamaktadır (gerekçe, m.3). Aynı normlarla karşılaşan tüketicilerin böylece ortak pazara güvenmesi sağlanmış olacaktır (gerekçe, m. 5). Böyle bir birleştirmenin, milli hukuk düzenlerinin sözleşmeye ve haksız fiile ilişkin ilkelerini ihlal etmeyecek şekilde olması gerekir (gerekçe, m. 6). Tüketim mallarının satımına ilişkin Yönergeyi (1999/44) Türk hukukuna aktarmak için kabul edilmiş TKHK'un ayıplı mallar ve ayıplı hizmetlere ilişkin maddelerinin uygulanması açısından, taşınmazların kapsama dahil olmaması gerekir. Birlik hukukunun ortak pazarında *taşınır mallarının satışı* dolayısıyla ayıptan doğan sorumluluğun birleştirilmesi amacıyla kabul edilmiş bu hükümlerin içerisine taşınmazların dahil olması, eşyanın tabiatı gereği mümkün değildir.

Devre tatil sözleşmelerinde tüketicilerin sözleşme özgürlüğünü fiilen kullanamadığı tespit edildiğinden bu alan da tüketici hukukunun

kapsamında yer almakta ve önce 94/47/AB,⁵⁷ sonra 2008/122/AB⁵⁸ Yönergeleriyle düzenlenmektedir. İşte ilgili yönergenin Türk hukukuna aktarılması açısından taşınmazların mal kavramına dahil edilmesi gereksinimi duyulmuştur.⁵⁹ Daha sonra, konut finansmanı ve konutların ön ödemeli satışlarına ilişkin hükümler dolayısıyla konutlar, TKHK kapsamında yer almıştır.

Ne var ki 4077 sayılı TKHK'da 5.3.2003 tarihli 4822 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle tatil amaçlı taşınmazlar yanında konutlar da mal kavramına dahil edilmiş ve ayıplı mallara ilişkin 4. maddesinin 4. fıkrasında konut ve tatil amaçlı taşınmazların ayıplı olmasından dolayı ayrı bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bu hüküm benzer şekilde 6502 sayılı TKHK 12. maddesinde de yer almaktadır. Avrupa Birliğinde ortak pazarın gereği gibi işlemesi için üye ülkelerin taşınır mallardaki satıcının ayıptan sorumluluğu için kabul edilen düzenlemelerine konutların dahil edilmesi, Türk hukukuna özgü bir durumdur. Türk kanun koyucusunun bu düzenlemeyi girişimciler karşısında zayıf konumda olduğunu kabul ettiği konut ve tatil amaçlı taşınmazları satın alanları koruma amacıyla yaptığı düşünülmektedir. Esas olarak TBK'da taşınmaz malın ayıplı olması halinde taşınır satımına ilişkin kurallar, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağından (TBK m. 246), sözleşmeden dönme, bedelden indirim, aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde ücretsiz onarım isteme hakları bulunmaktadır (TBK m. 227); dönme halinde hâkimin durum bunu haklı göstermiyorsa onarıma veya bedelden indirim karar verme hakkı vardır. TKHK'dada alıcının seçimlik hakları esas olarak TBK'daki haklara

57 Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien.

58 Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen.

59 Bkz., Kırca, Ürün Sorumluluğu, s. 192.

benzer olarak düzenlenmiştir.⁶⁰ Dolayısıyla taşınmazlar için ayıplı mallar bakımından TKHK’da tüketicinin daha lehine uygulanacak özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tatil amaçlı ve konut niteliğindeki taşınmaz satım sözleşmelerinde ayıptan sorumluluğun TKHK’da düzenlediğinin kabul edilmesinin, bu sözleşmenin ayıptan sorumluğa ilişkin hükümlerinin tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği (TKHK m. 4/2) gibi sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran sonuçları bulunmaktadır. Dolayısıyla, TKHK’un tanımlar maddesinde geçen mal kavramı, her seferinde amaç sorgulanarak dar yorumlanmalı,⁶¹ hakkında özel düzenleme bulunmayan diğer durumlara genişletilerek uygulanmamalıdır.⁶²

F) Hizmet Ayıbı Açısından

TKHK sadece hizmet tanımını (m. 3/d) geniş tutmamış, 13-16 maddelerinde hizmet ayıbını düzenlemiştir. Bu maddelerin *sadece sözü dikkate alınacak* olursa tarafları sağlayıcı ve tüketici olan *tüm sözleşmelerin gereği* gibi ifa edilmemesinin TKHK tarafından düzenlendiği gibi bir sonuca ulaşılabilir. *Bunun anlamı ise, tüketici hukuku-*

60 Aralarındaki önemli farklılık, TKHK’a tabi olan sözleşmelerde tüketicinin, alıcının ücretsiz onarım istemesinin satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirmesi halinde, dönme veya bedelden indirim seçimlik haklarını kullanabilecek olmasıdır (TKHK m. 3). Dolayısıyla TBK’daki düzenleme, TKHK’a nazaran daha elverişlidir.

61 Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini arsa sahibinin tüketici olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle TKHK kapsamında kabul etmemektedir. Bkz., Y.23.HD, T. 06.02.2017, E. 2017/363, K. 2017/251.

62 Önceden bu durumda ürün sorumluluğu Yönergesinin uygulanması açısından amaçsal sınırlama yapılabileceğini savunmuştuk (bkz., Kırca Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s. 192). Ancak ayıplı mallar açısından TKHK’da ilgili maddelerde bu tür taşınmazlar için özel düzenlemeler getirildiğinden; TKHK’da düzenlenmesinin tüketicinin seçimlik hakları açısından özel bir yarar sağlamayacağı, taşınmazlarla ilgili bu tür davaların taşınırlara oranla çok daha karmaşık olacağı, uyuşmazlığın basit yargılama sistemi ile görülen mahkemelerde görüleceği ve sözleşme özgürlüğünü sınırlandıracağı için kaldırılması gerektiğini düşünüyor, o zamana kadar dar yorumlanmasını öneriyoruz.

nun tüm⁶³ sözleşme hukukuna müdahale ettiği, bir başka deyişle sözleşme özgürlüğünü özüne dokunacak şekilde ölçüsüz olarak sınırladığıdır. Çünkü bu durumda, tüm tüketici sözleşmelerinin sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği (TKHK m. 4/2); tüketici-den talep edilecek her türlü ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin, sözleşmenin eki olarak kâğıt üzerinde yazılı şekilde tüketiciye verilmesinin zorunlu olduğu (m. 4/4); hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamayacağı (m. 6/2); bakanlık ve belediyelerin mal ve hizmetlerin satış ve sunumundan kaçınılmamasının uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle görevli olduğu (m. 6/4), dolayısıyla idarenin hizmetin sunumundan kaçınılmasını denetleyebileceği gibi sözleşme özgürlüğünü ölçüsüz şekilde sınırlayan çok önemli sonuçlar ortaya çıkar. Her türlü tüketici sözleşmesine sözleşme özgürlüğünü sınırlayacak şekilde müdahale, maddi sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmek amacıyla yapılmadığı sürece Anayasa'ya (m. 48) aykırıdır. Tüketici işleminin tarafı olmak tüketicinin korunması için tek başına yeterli değildir. Hangi durumlarda maddi sözleşme özgürlüğünün sağlanması için müdahale gerektiği önceden yapılan ampirik araştırmalar sonucunda belirlenmeli ve sadece o tür durumlarda müdahaleye izin verilmelidir. Yüz yüze görüşülerek kurulan bir sözleşmede her tüketicinin boyacı, tamirci, kuaför karşısında zayıf olduğu, bu kişilerin bu durumdan yararlanıp kendi yararlarına sözleşmede dengesizlik yaratacakları doğru olmayan bir varsayımdır. Anayasa'nın 173. maddesi Devlete esnaf ve sanatkarları da koruma görevi vermektedir. Sadece Anayasa'nın 172. maddesi dikkate alınarak her tüketici işleminde tüketicilerin lehine hareket edileceği sonucuna varılamaz. Tüm sözleşmelerde talep edilecek ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin yazılı bir şekilde tüketiciye verilmesinin zorunlu olması ve bunun verilmemesinin sözleşmenin geçersizliği şeklinde yorumlanması, şekil serbestisini ağır bir şekilde ihlal eder. Kuaförün, terzinin, boyacı, tamircinin yüz yüze kurulan sözleşmelerde ücret ve masrafa ilişkin bilgileri yazılı

63 Satış sözleşmesinin de ayıplı mallar açısından TKHK m. 8-12'de yer aldığı göz önünde bulundurulursa.

olarak vermelerini zorunlu kılmanın makul bir açıklaması yoktur. Tüm tüketici sözleşmelerinin idarenin denetimine tabi tutulması, sözleşme özgürlüğüne ölçüsüz derecede ağır bir müdahale oluşturur. Anayasanın 48. maddesi temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenmiştir. Anayasa'nın 48. maddesi, bireylere kendi iradelerine göre kendi hukuki ilişkilerini düzenleme özgürlüğü vermektedir. Bu özgürlük, Anayasa'nın 13. maddesine göre Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Normun konulma amacı sorgulanmadan geniş tutulmuş tanım maddelerine dayanılarak, tüm sözleşmeler için TKHK'un sözleşme özgürlüğüne müdahale ettiği sonucuna varmak Anayasa'ya aykırı yorum oluşturur. TKHK'daki normların Anayasa'ya uygun sözleşme özgürlüğünün özüne dokunmayacak şekilde yorumlanıp uygulanması gerekir.

Bilindiği üzere, Avrupa tüketicinin korunması hukuku (1999/44 sayılı *Tüketim Malları Satım Sözleşmesi Yönergesi* esas alınarak), sadece satış sözleşmelerinde (ve satış ile bir tutulan, maddi bir malın verilmesi sonucunu doğuran eser sözleşmelerinde) taşınır malların ayıplı ifası konusunda özel düzenlemelerle sözleşme özgürlüğüne müdahale etmektedir. Genel bir tanımla hizmet olarak ifade edilen diğer tüm sözleşmelerin ayıplı ifası, bu kapsama alınmamıştır. TKHK gerekçesinde, kanunun amacının 1999/44 sayılı Yönergeyi Türk hukukuna aktarmak olduğu ifade edilmiştir. TKHK koyucularının *Avrupa tüketici hukuku dışında, ondan mukayese edilemeyecek derecede ağır ve kapsamlı bir şekilde tüm sözleşmeler için sözleşme özgürlüğüne müdahaleyi kabul eden bir sistem getirdiğine ilişkin amaçları veya iddiaları bulunmamaktadır*. 1999/44 sayılı Yönergenin minimum uyumu amaçlayan bir yönerge olması da buna olanak vermez. Minimum uyum standartları üzerinde bir kural, ortak pazara ilişkin ilkeleri ihlal etmediği ölçüde ve uyum belgesinin onaylanması suretiyle kabul edilebilir.^{64,65} TKHK gerekçesi, Kanun değişikliğinin Avrupa Birliği

64 Bkz., Grabitz, Eberhard/Hilf, Mainhard: Das Recht der Europäischen Union, Band. IV, Sekundärrecht, Verbraucher-und Datenschutzrecht, Herausg. Manfred Wolf, 40. Aufl. München 2009, A1 Grundzüge, N. 7, 18; MüKo-

Yönergelerine tam uyumun sağlanması için yapıldığını, minimum uyumun arandığı konularda bazı esneklik alanları bulunduğunu belirtmektedir.⁶⁶ Ancak, satış ve imal edildikten sonra teslim edilen eser sözleşmeleri için kabul edilen bu düzenlemelerin tüm sözleşmelere yaygınlaştırılacak şekilde uygulanması esneklik değil, tüm sözleşmelerin kötü ifasına ilişkin düzenlemeleri sebepsiz yere, özellik ve niteliğine uygun düşmeyecek şekilde değiştirmek olduğu gibi, Birlik hukukuna da tamamen aykırıdır. TKHK'da *hizmet ayıbı* şeklinde bir üst başlık açılarak ayrıca düzenleme yapılmasının sebebi, Yargıtay'ın eser sözleşmelerini, ayıplı mala ilişkin eTKHK'nun 4. maddesi kapsamına dahil etmemesidir.⁶⁷ Oysa 1999/44 sayılı Yönergede imal edildikten sonra teslim edilen mallar için de sözleşmenin niteliği eser sözleşmesi olsa bile ayıplı malların satışına ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Yargıtay'ın eser sözleşmelerini TKHK kapsamına ısrarla almaması, kanun koyucuyu hem 2003 değişikliğinde⁶⁸ hem de 6502 sayılı Ka-

Micklitz/Purnhagen, vorb. §§ 13, 14, N. 25.

65 Avrupa Birliği Adalet Divanı tüzel kişileri tüketici olarak tanımlayan üye ülkelerin Avrupa Birliği hukukuna aykırı hareket ettiğini kabul etmektedir (bkz., EuGH, 22.11.2001- C-541/99, C-542/99, NJW 2002, s. 205).

66 TKHK Tasarı gerekçesi, minimum uyumu amaçlayan Yönergeler açısından bazı esneklik alanları bulunsa da tam uyumun sağlanmasını amaçlayan Yönergeler açısından bu esnekliğin bulunmadığını ifade etmiştir: “Bu açıdan zaman zaman yönergelerde yer alan düzenlemelerin birebir tercüme suretiyle değil de Türk Borçlar Kanunu sistematığına uyacak şekilde iç hukukumuzla aktarılması tercih edilmiştir. Buna karşılık [maksimum harmonizasyon (azami uyum)]’u sağlayan yönergeler açısından bakıldığında, bu türden bir esneklik payı mevcut değildir. Örneğin henüz iç hukukumuzla aktarılmamış olan, 2002/65/AT sayılı Finansal Hizmetlerin Mesafeli Satışı, 2005/29/AT sayılı Haksız Ticari Uygulamalar, 2008/48/AT sayılı Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, 2008/122/AT sayılı Devre Tatil, Uzun Süreli Tatil Ürünü, Yeniden Satım ve Değişim Sözleşmelerinin Belli Yönleri Açısından Tüketicinin Korunması, 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Yönergesi bu türdendir.” Bkz., S Sayısı 490, s. 7.

67 Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. aşa. V, D, (a)

68 4077 sayılı TKHK'da 6.03.2003 tarih 4822 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmıştır (RG. 14.03.2002, N. 24048).

nunda, ayıplı hizmete ilişkin ayrı bir başlık altında ayrıca düzenleme yapmaya sevk etmiştir. Nitekim TKHK 13-16. maddeler, ayıplı mallara ilişkin TKHK 8-12. maddelere benzer şekilde kaleme alınmıştır.⁶⁹ Diğer taraftan, bir malın verilmesinin söz konusu olmadığı durumlarda ayıplı ifadan söz edilemez.⁷⁰ Bir malın verilmesiyle ilişkili olmayan vekalet ve hizmet sözleşmelerindeki gibi sadece yapma borcu içeren sözleşmeler bu sebeple de ilgili madde kapsamında değerlendirilemez. KHK'daki ayıplı hizmete ilişkin hükümler, yapma borcu doğuran bu sözleşmelerin niteliğine uygun düşmediği gibi sürekli borç ilişkisi oluşturan sözleşmelerin örneğin kira sözleşmelerinin de niteliğine uygun düşmez. TKHK'daki ayıplı hizmetlere ilişkin hükümler kiracıları yeterince koruyacak nitelikte de değildir. Bu hükümlerin kiracılara uygulanması için özel bir neden de bulunmamaktadır.⁷¹ Avukatlık

69 TKHK 15. madde gerekçesinde tüketicinin seçimlik haklarına ilişkin hükümlerin “ayıplı mallara ilişkin 11 inci maddeye paralel olarak düzenlendiği” belirtilmektedir. S Sayısı 490 sayıs, s. 20.

70 Sirmen hizmet ayıbına ilişkin hükümlerin eser sözleşmeleri gibi dar anlamda hizmet edimi içeren sözleşmeler için geçerli olduğunu kabul etmektedir. Sirmen, Lâle: Tüketici Hukuku (yayınlanmamış) Ders Notları, 2017, s. 37, 38.

“Türk hukuk sistemimiz özellikle Borçlar Kanunumuzun genel esasları dikkate alındığında, aslında ortada “mal” olmadıkça “ayıp” kavramından hareket edilmemesi gerekmektedir. Satım, kira ve istisna sözleşmelerinde özel olarak düzenlenen ayıplı ifa hükümleri sadece türü “verme” olan edimler bakımından söz konusu olabilir. Buna karşılık edimin konusu “bir şey yapma” şeklinde ise, diğer bir deyişle salt bir hizmet edimi varsa ayıplı ifadan değil, sadece kötü ifadan bahsedilebilir. ... Dolayısıyla TKHK “ayıplı hizmet” başlığı altında yer verdiği “hizmet” kavramını “bir mal ile ilgili yerine getirilen hizmet” faaliyeti olarak görmek ve “doğrudan mal ile ilgili hizmetler” ve “dolaylı mal ile ilgili hizmetlerin” Kanununun 4/A hükmünün korumasından faydalanmasını kabul etmek daha yerinde olacaktır. ... Bu bakımdan, TKHK’da “ayıplı hizmet” başlığı altında ayrı bir düzenleme yapmak yerine “ayıplı mallar” başlığı altında “bir hizmetin ifası ile bağlantılı olarak üretilen malların” da düzenlenmesi isabetli olurdu”. Tiryaki, Betül: Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007, s. 60, 61.

71 Bkz., İnceoğlu, Murat: Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (Der. İnceoğlu), İstanbul 2015, s. 153 vd., 155; Gökyayla, Emre: TKHK ve TBK Hükümleri Çerçevesinde Ayrıptan Sorumluluk

Kanunu'na göre vekalet sözleşmesinde hizmeti verme zorunluluğu şöyle dursun, reddetme yükümlülüğü bulunan durumlar da düzenlenmektedir. Ayıplı hizmet maddesini yüz yüze görüşülerek kurulan tüm sözleşmeleri kapsayacak şekilde yorumlamak, yukarıda belirttiğimiz gibi sözleşme hukukunun şu ana kadar gerek özel kanunlarda gerekse genel kanunlardaki özel normlarla düzenlenen ayrıntılı hükümlerini ortadan kaldırarak kanun koyucunun bu sözleşmeler hakkındaki amacını dikkate almamak, görmezden gelmek sonucunu doğurur.

Tüm bu sebeplerle TKHK 13-16 maddelerinin, söze göre yorum yapılarak *tüm* tüketici sözleşmelerine uygulanması, Anayasaya uygun, sistematik ve tarihi yoruma aykırı olduğu gibi *amaca da aykırıdır*. Bu itibarla *TKHK'un ayıplı hizmete ilişkin maddelerindeki (m. 13-16) hizmet ifadesini, iş görme sonucunda elde edilen taşınır bir malın verilmesinin üstlenildiği eser sözleşmeleriyle sınırlandırıp uygulamak zorunluluğu bulunmaktadır (amaca uygun sınırlama [teleolojische Reduktion]).*⁷² TKHK m. 13-16, sadece imali sonucunda maddi bir malın verilmesinin üstlenildiği eser sözleşmelerinde ve bir malın verilmesi ile birlikte onun montajının yapılması gibi iş görme borcunun yan edim yükümü olarak üstlenildiği veya karma sözleşme olarak nitelenen durumlarda uygulanabilir.⁷³

G) Temerrüt Açısından

Kanunda bir düzenlemenin yapıldığı sonucuna varılabilmesi için şartlarının ve sonuçlarının da düzenlenmiş olması gerekir. Bu sebeple

Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TKHK ve Uygulamasındaki Sorunlar, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, (Ed., Hamamcıoğlu, Uzun Kazmacı vdig.), Ankara 2016, s. 21 vd., 24.

72 Bkz., Kırca, Çiğdem: Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD 2001, s. 91 vd.

73 Olması gereken hukuk açısından TKHK m. 13-16'nın yürürlükten kaldırılması ve ayıplı mallara ilişkin hükümlerinin imal edildikten sonra teslim edilen taşınır eser sözleşmelerini kapsayacak şekilde revize edilerek uygulanması çok daha isabetli olacaktır.

biz TKHK’da sadece taksitli satışlarda (m., 19), belirli süreli kredilerde (m. 28); konut finansmanı sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemesinde temerrüdünün (m. 34), sadece burada belirtilen yönleriyle düzenlendiği görüşüdeyiz. Bunların dışındaki durumlarda temerrüt düzenlenmemiştir. Bazı yazarlar TKHK’un 8. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "sözleşmeye konu olan malın sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde teslim edilmemiş olması... sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir" hükmü ile TKHK’da satıcının temerrüdünün düzenlendiğini savunmaktadır.⁷⁴ Oysa satıcının borcunu ifa etmemesinin sözleşmeye aykırılık olduğunu bildiren bu *fıkranın herhangi bir hukuکی sonucu bulunmamaktadır*. Nitekim, Kanunun 11. maddesinde "tüketici seçimlik hakları" üst başlığı altında düzenlenmiş olan (a) Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildiren sözleşmeden dönme; (b) Satılanı alıkoymayı ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme; (c) Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme; (d) İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme yaptırımlarından hiçbirinin henüz teslim edilmemiş bir mal için başvurulacak yaptırımlar olamayacağı açıktır.⁷⁵ Bir an için dönme yaptırımını uygulanabilecekmiş gibi

74 Bkz., Havutçu, Ayşe: "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı", (Terazi Aylık Hukuk Dergisi (Özel Sayı)) Kasım 2014, (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Sempozyumu, (Ed. Havutçu), s. 8 vd., 17; Kahveci, Nalan: Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara 2014, s. 233.

İnceoğlu ise, temerrüde ilişkin bu ifade ile amaçlanan hususun sadece temerrüde ilişkin davaların da tüketici mahkemelerinde görülmesini sağlamak olduğunu düşünmekte, ancak amaçlanan bu olsa da bunu sağlama yolunun bir kötü ifa hali teşkil eden ayıp kavramının içerisine monte etmenin isabetli olmadığını belirtmektedir. Bununla birlikte bu görüş, ayıba ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düşüğü ölçüde temerrüt haline uygulanmasını kabul etmekte, tüketicinin dilerse TKHK'daki hükümlere dilerse TBK'daki hükümlere başvurabileceğini ifade etmektedir. (İnceoğlu, Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, s. 162, 163).

75 Benzer düşüncede, İnceoğlu, Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, s. 162.

görünse de (a) bendindeki “satılanı geri vermeye hazır olduğu bildirerek” ifadesiyle dönme yaptırımının da temerrüt için uygulanamayacağı anlaşılmaktadır. Diğer taraftan ayıp hükümlerinde düzenlenen zamanaşımı süresinin temerrüt için uygulanan genel zamanaşımı süresinden kısa olması da bu hükümlerle temerrüdün düzenlenmesinin tüketicinin yararına olmadığını göstermektedir. Bilindiği üzere ayıplı malların düzenlenmesinde esas alınan 1999/44 Yönergesi, CISG sisteminden esinlenmiştir, ancak oradaki sistemi sadece malın ayıplı ifası, bir başka deyişle teslim edilen malın sözleşmede kararlaştırılan özellik ve niteliğe aykırı olması açısından ele almış ve CISG sistemindeki gibi bunu sözleşmeye aykırılık olarak ifade etmiştir.⁷⁶ Ancak Tüketim Mallarının Satımına İlişkin Yönerge, sözleşmeye aykırılık kavramına temerrüdü dahil edecek şekilde düzenlenmemiştir. Temerrüt için malın henüz teslim edilmemiş veya geç teslim edilmiş olması, temerrüde düşmüş sayılmak için ihtara gerek olup olmadığını, seçimlik hakların kullanılması için ek süre verilip verilemeyeceğinin, temerrüt halinde alıcının haklarının neler olduğunun, TBK m. 117 vd. düzenlemelerinden tüketici lehine vazgeçilmesini sağlayan menfaatin ne olduğunun belirlenmiş olması gerekir. TKHK çerçevesinde getirilen her düzenlemenin sözleşme özgürlüğüne emredici hükümlerle müdahale oluşturduğu ve gereği gibi düzenlenmemiş ifadelerin geniş yorumlanarak sonuca ulaşamayacağı göz önünde bulundurulmalıdır. TKHK’da bu konuda tüketiciler lehine özel bir düzenleme yoktur. TKHK’un 8. maddesinin 3. fıkrasında satıcının malı sözleşmede kararlaştırılan sürede teslim etmemiş olmasının sözleşmeye aykırılık olduğuna yer vermesinin, bu durumun TBK m. 112, 117 vd.’nda düzenlenen sözleşmeye aykırılık hallerinden olduğunu açıklamaktan öte bir anlamı ve hukuki sonucu bulunmamaktadır.⁷⁷ TKHK’un tasarısı madde gerekçesinde, “sözleşmeye konu olan malın sözleşmede karar-

76 Kırca, Çiğdem: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Göre Ayıplı Mal, Tüketici Hukuku Konferansı, Ed. Hüseyin Can Aksoy, Ankara 2016, s. 149 vd.,154.

77 Bkz., Kırca, Ayıplı Mal, s. 171 vd.

laştırılan sürede teslim edilmemesinin tüketicinin sıklıkla karşılaştığı bir durum olduğu” belirtilerek tasarı hazırlayanların temerrüdü düzenlemeye çalıştıkları anlaşılmaktadır. Ne var ki kanunda temerrüt düzenlenmemiştir. Yorumcunun görevi, kanun koyucunun iradesini değil, kanunun iradesi olarak ifade edilen kanunun içerdiği “hukuki aklı, hukuk mantığını” bulmaktır. Temerrüt gibi önemli bir ifa engeline tüketici lehine nasıl bir değişiklik yapıldığı, temerrüt ile ilgili herhangi bir sonuç gösterilmeden, genel bir ifade ile temerrüdün sözleşmeye aykırılık olduğunun bildirilmesi, uygulayıcıları temerrüdün düzenlendiği sonucuna ulaştırmamalıdır. Bir kere, böyle bir yorum, temerrüt konusunda da sözleşme özgürlüğüne müdahale sonucu doğurabileceğinden Anayasa’ya uygun yoruma aykırıdır. Ayrıca Avrupa Birliğinin ayıplı mallara ilişkin 1999/44 sayılı Yönergesi ayıplı mallara ilişkin olup, satıcının temerrüdünü kapsamına alacak şekilde düzenlenmemiştir. 2011/83 sayılı tam uyumu amaçlayan Tüketici Hakları Yönergesi ise, sadece satım sözleşmeleri için geçerli olmak üzere 18. maddesinde ifa zamanı belirlenmemiş sözleşmelerde, girişimcinin satım konusu malı (ki bu mallar, su, gaz, enerji oluşturmayan taşınır mallardır) sözleşmenin kurulmasından itibaren 30 günü geçmemek kaydıyla *gecikmeksizin* tüketicinin fiili zilyetliğine veya kontrolü altına geçecek şekilde teslim etmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme içermektedir (m. 18/1). Girişimcinin taraflarca sözleşmede kararlaştırılan zamanda veya 2. fıkrada belirtilen zamanda bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, tüketicinin somut olayın özelliğine göre teslim için uygun bir süre vereceği, bu süre içinde de teslim gerçekleşmezse tüketicinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu yer almaktadır (m. 18/2). Ancak TKHK’da böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Temerrüdün düzenlendiğini savunan bir görüş, kanunda bu konuda herhangi bir ifade olmamasına rağmen seçimlik hakların kullanılması için mehil vermeye gerek olmadığı sonucuna ulaşmakta; sadece bedel indiriminin nasıl yapılacağı sorunu teşkil ettiğini ifade etmektedir.⁷⁸ Bu halde ayıplı ayıpsız değer arasındaki bedel indirimine

78 Bkz., Öz, Turgut: Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Ayıba Karşı

kıyasla malın ifasının zamanında yapılması ile tüketicinin malvarlığının içinde bulunacağı durum ile geç ifa üzerine malvarlığının bulunduğu durumu arasındaki farkın bedelden indirim olarak talep edilebileceğini savunmaktadır. Aslında bu düşüncenin Yazar tarafından belirtilmese de CISG m. 50'de düzenlenen bedelden indirimin nasıl yapılacağına ilişkin düzenlemeye kıyasen ileri sürüldüğü düşünülmektedir. CISG bilindiği üzere sadece ticari amaçla yapılan taşınır mal satışına ilişkin sözleşmelere uygulanır. CISG'nin ifa engelleri sistemi bizim de içerisinde bulunduğumuz Kara Avrupası hukuk sisteminden büyük ölçüde farklıdır. Tek bir sözleşmeye aykırılık tipi kabul edilip bunun içerisine temerrüt, imkânsızlık ve kötü ifa da dahil edilmiştir. Ancak bu sebeple CISG'de malın zamanında teslim edilmemesi halinde dönme için hangi koşullara uyulması gerektiği, bedelden indirim halinde malın teslim edilmiş olmasının zorunlu olduğu (m. 50), sözleşme aykırılık halinde tazminat ödenmesi yükümlülüğü ayrıca düzenlenmiştir. Burada gözden kaçırılan husus, tüketicinin korunmasına ilişkin 1999/44 sayılı Yönergenin CISG'nin sadece tesliminden sonraki aşamada malın beklenen özellik ve niteliklere aykırılığı halindeki sözleşmeye aykırılık (ayıp) modelini benimsemiş olduğu ve buna temerrüdün dahil olmadığıdır. Dolayısıyla Yönergede ayıplı ifa (sözleşmeye aykırılık) halinde alıcı lehine getirilen seçimlik haklar, bu husus göz önünde bulundurularak kabul edilmiştir. Yönergeyi aktarma amacıyla olan TKHK'da da Yönergeye paralel olarak alıcının seçimlik hakları düzenlenmiştir. Türk kanun koyucusunun ticari mal satışlarına ilişkin CISG sistemini, tüketici sözleşmelerinin tamamı için uygulayacak şekilde, 1999/44 sayılı Yönergeden ayrılarak Türk hukukuna getirmek gibi bir amacı bulunsaydı, CISG sisteminin zamanında ifa etmemeyi de kapsayan ifa engellerine ilişkin ilgili maddelerini özel ve açık bir şekilde düzenlemesi gerekirdi. Ne var ki düzenlememiştir. Temerrüdün varlığı ve sonuçları konusunda gerekli düzenlemeler olmadığı halde düzenlenmiş olduğu sonucuna ulaşmak, teslim edilen bir

Tekeffül Hükümlerinin Uygulanmasında Borçlar Kanunu Hükümlerinin Yeri ve Rolü, Tüketici Hukuku Konferansı, (Ed. Aksoy), Ankara 2016, s. 175 vd., 177.

malın ayıplı olması halinde düzenlenen hukuki sonuçların teslim edilmeyen bir mal (temerrüt) için uygulanmasına çalışan değişik değerlendirmelere sebebiyet verebilir. Bunun sonucu olarak, her yorumcunun bu maddeleri farklı farklı yorumlaması, dolayısıyla hukuk güvenliğinin ortadan kalkması tehlikesi bulunmaktadır.⁷⁹

IV. Değerlendirme

TKHK bir hukuki konuyu ya da kurumu başlı başına düzenleyen bir Kanun değildir, dolayısıyla parçalı bir yapısı (fragmental niteliği) bulunmaktadır. Ayrıca tüm bu konular başlı başına bir bütün de oluşturmamaktadır. Kanunun büyük bir kısmında tüketici sözleşmelerinin sadece bazıları ve sadece belli yönleri ile ele alınmaktadır. Tüketiciyi hukukuna ilişkin Yönergeler ayrı ayrı özel Kanunlar olarak veya Türk Borçlar Kanunu veya Türk Ticaret Kanunu içerisinde tüketicilere ilişkin istisnalara yer vermek suretiyle düzenlenmeyip, tek bir kanun altında düzenlenmiştir. Bu sebeple TKHK'da yer alan tanımların, TKHK'da düzenlenen her bir ayrı konunun tamamını kapsayacak şekilde tanımlandığı göz önünde bulundurularak, düzenlenen normların amacı, işlevi ve istisnai özelliği dikkate alınarak yorumlanması gerekir.

Diğer taraftan TKHK'daki istisnai ve özel düzenlemelerin hangi konuya istisna getirdiğini bilebilmek, bütünü görebilmek için, tüketici lehine istisna getirilen sözleşmenin esas olarak düzenlendiği TBK veya TTK ya da özel bir başka Kanun'un göz önünde bulundurulması gerekir. Aksi halde TKHK'da getirilen istisnai ve özel düzenlemelerin gereği gibi anlamlandırılması gerçekleşmez.

79 Böyle bir durumda genel hükümlerin uygulanması gerektiğini savunan Tokbaş, "bu durumun aslında kanun koyucunun sanki TKHK'dan başka bir kanun yokmuş yahut varsa da tüketiciyi koruyucu hükümler yokmuş gibi düşünmesinden, iyiniyetli ve fakat cahilane bir yaklaşımla uygulamada yaşanan bütün sorunları TKHK içerisine [dahil etmeye] çalışmasından ibarettir" görüşündedir. Tokbaş, Hakan: TKHK ve Uygulamasındaki Sorunlar, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, (Ed., Hamamcıoğlu, Uzun Kazmacı vdig.), Ankara 2016, s. 33 vd., 36.

TKHK 83. maddesinin 1. fıkrası, TKHK'da hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir. (“Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır”). Önceki TKHK'da (m. 30) da yer alan bu hüküm, TKHK'un bir kurumu başlı başına düzenlemeyip istisnai bazı düzenlemeler getirmesi ve TBK ve TTK veya diğer kanunlardaki düzenlemeler dikkate alınmadan uygulanamayacağı sebebiyle kabul edilmiştir. Gerçekten de önüne gelen uyuşmazlığı çözmek durumunda olan hâkim, TKHK'da düzenlenmiş bir konuya ilişkin uyuşmazlığı çözerken genel hükümlerden yararlanmak zorundadır. Örneğin, sözleşmenin kurulup kurulmadığına ilişkin genel ilkeler TBK'da düzenlenir. Hâkim, önüne gelen tüketici kredisi veya ayıplı malların satışı ile ilgili uyuşmazlıkta, sözleşmenin kurulup kurulmadığına ilişkin konuyu TBK'na bakarak belirleyecektir. Zira bu konuda TKHK'da herhangi bir hüküm yoktur. İrade beyanlarının açıkça veya güven teorisi yardımıyla uyuşması sağlanmadan sözleşme kurulmuş olmaz; kurulmamış bir sözleşmeden cayılması söz konusu olmaz veya ayıp dolayısıyla sorumluluk gerçekleşmez. Sözleşmenin kurulduğu sonucuna ulaşıldıktan sonra, cayma hakkının varlığını veya ayıptan sorumluluğun koşullarını belirlerken TKHK'daki özel hükümler uygulanacaktır. Dolayısıyla TKHK 83. maddesinin 1. fıkrası yorumlanırken, TKHK'un bütün hukuk sistemi içindeki yeri ve diğer kanunlarda düzenlenmiş asıl konuya ilişkin tarafları tüketici ve satıcı ve/veya sağlayıcı olan işlemlerdeki istisnai niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere başvurulması, *TKHK düzenlenen konularla ilgili olduğu ölçüde ve bu konulardaki boşlukları doldurmak için yapılır*. Nitekim TKHK gerekçesinde “Tüketici sorunlarının büyük bir çoğunluğu sözleşmeler hukukunu ilgilendirdiği için özellikle Türk Borçlar Kanunu hükümleri bu bağlamda büyük önem taşıyacak ve boşlukların doldurulmasında kullanılacaktır” ifadeleriyle genel hükümlere özellikle TBK'na başvurulmasının boşlukların doldurulması için gerekli olduğu belirtilmektedir.⁸⁰

80 Bkz., 83. maddeye tekabül eden TKHK Tasarısı 82. madde gerekçesi, S. Sayısı

Sözleşmelere ilişkin hükümler TBK’nda düzenlenmiştir. TBK hem genel hükümlerinde hem de özel hükümlerinde sözleşmelere ilişkin belli başlı tüm kuralları içermektedir. Örneğin, bir sözleşmenin taraflardan birinin yanılması sebebiyle iptali söz konusu olduğunda TBK’nun 30 vd.’ndaki maddeleri uygulanır. Taraflar gerçekten istemedikleri bir sözleşmeyi var imiş gibi göstermişlerse, muvazaa söz konusuysa TBK m. 19 uygulanır. Oysa tüketici işlemlerine de uygulanacak olan bu hükümlere benzer bir düzenleme veya bu hükümleri bertaraf eden özel bir düzenleme TKHK’da bulunmamaktadır. Benzer durum paket gezi ya da haksız şart oluşturmadığı ölçüde taşıma sözleşmeleri, tüketici kredileri ile ilgili olmadığı veya mesafeli sözleşme niteliğini taşımadığı ya da haksız şart oluşturmadığı ölçüde sigorta sözleşmeleri için de geçerlidir. O halde tüm bu konulara TKHK değil, Türk Borçlar Kanunu veya ilgili Kanun uygulanacaktır. Oysa TKHK sadece tüketicinin korunması ihtiyacı önceden belirlenmiş konularda özel bazı hükümler getirmek amacıyla kaleme alınmıştır. Bu tür özel düzenlemeler yoksa artık TKHK uygulanma amacını yitirir, konusuz kalır.

TKHK 83. maddesinin 2. fıkrası, “Taraflardan birinin tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.” hükmünü getirmiştir. Gerçekten de taraflardan birinin tüketici olduğu işlemlerle ilgili genel kanunlarda düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin genel işlem koşulları TBK’nda düzenlenmiştir; örneğin satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcu TBK’nda düzenlenmiştir; taksitli satışlar TBK’nda düzenlenmiştir. Kanun koyucu *hem TKHK hem de TBK’da veya bir başka kanunda düzenlenen bu tür konularda, diğer kanunlarda hüküm olması halinde işlemin tüketici işlemi sayılmamasını ve dolayısıyla genel mahkemelerin görevli olmamasını sağlamak amacıyla bu özel düzenlemeyi getirmek ihtiyacı duymuştur.* Nitekim 83. maddenin 2.

fıkrası, 1. fıkrasının bir devamı ve 1. fıkrayı tamamlayan bir düzenlemedir.

Bu durumda şu soru sorulmalıdır: Tüketici işlemi sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü için TKHK'da özel bir düzenleme yoksa, başka deyişle tüketici özel olarak TKHK'da korunmuyorsa, dolayısıyla TKHK'un uygulanması değil sadece genel hükümlerin veya diğer kanunların uygulanması söz konusu ise, yine de tüketici işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde Tüketici Mahkemeleri görevli olacak mıdır?

V. TKHK'da Düzenlenmeyen Konularda Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olması Gerekli midir?

A. Genel Olarak Özel Mahkemeler

Özel mahkemeler, belirli kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara veya belirli türdeki uyuşmazlıklara bakmak üzere oluşturulmuş bulunan bir uzmanlık yargı yeri (ihtisas mahkemesi) konumundadırlar. Asıl olan, bir davanın genel mahkemelerde görülmesidir. Özel mahkemede bakılacağına dair kanun hükmü bulunmayan her dava, genel mahkemelerde görülür. Özel mahkemeler istisnai niteliktedir. Bu mahkemelerin hangi çeşit davalara bakacakları, özel kanunları tarafından düzenlenir.⁸¹

Özel mahkemelerin uzmanlık yargı yeri konumunda olmaları dolayısıyla uzmanlaşmanın doğal sonucu olarak özel mahkemelerde verilen kararlar genel mahkemelerde verilenlere nazaran daha fazla isabetlilik arz edeceği için hata yapma olasılığı büyük ölçüde azalacağı ve yargısal sürecin belirli uyuşmazlık tiplerinin daha profesyonelce ele alınması sonucu daha kısa sürede tamamlanabileceği, bu suretle usul ekonomisine katkı sunulmuş olacağı kabul edilmektedir.⁸² Özel

81 Bkz., Y.4. HD, E. 2015/15832, K. 2016/4679, T. 7.4.2016.

82 Tanrıver, Süha: Madencilik Alanında Bir İhtisas Mahkemesinin Oluşturulmasının Gerek Olup Olmadığı Üzerine Bazı Düşünceler, Ankara Barosu Dergisi, 2010/4, s. 199-207, Makalelerim III, Ankara 2016, s. 22 vd., s. 25; Şahan, Hav-

mahkemeler kurulurken tabii hakim ilkesine uygunluğun sağlanması da aranmaktadır.

Bununla birlikte çok sayıda özel mahkemelerin kurulması ve bu konuda abartılı bir tutum takınılması, aynı yargı kolu içinde çok parçalı bir yapının ortaya çıkmasına sebebiyet vermesi, bu durumun bir yandan içinden çıkılması güç görev uyuşmazlıkları meydana getirmesi ve bu sebeple yargılamanın uzaması, diğer yandan da genelin gözden kaçırılması, detayın içinde kaybolunması sonuçlarını doğurması, dolayısıyla ülke genelinde yargıda birliğin ve bütünlüğün bozulmasına yol açması gerekçeleriyle, uygun görülmemektedir.⁸³ Ülkemizde gerçekten uzman hakim bulunmasının, gerek ülkemizde hakimlik atamalarında uzmanlaşma olgusunun göz ardı edilmesi, gerekse genel mahkemelerde bile yeterince hakim bulundurulamaması olgusu karşısında oldukça güç olduğu belirtilmektedir.⁸⁴ Burada sözü edilen ve altı çizilen uzmanlık olgusu, uzmanlık faaliyet yerinin alanına giren uyuşmazlıklara ilişkin spesifik mevzuat ve hukuk konularında yoğunlaşılması, bilgi sahibi olunması ve bunun derinleştirilmesidir. Ayrıca uzmanlaşma konusunda abartılı bir tutum sergilenmesinin de genel hukuk bakımının kaybolması ve bütünsel algılamanın engellenmesi şeklinde bir sonuç doğurabileceği hususunun da göz ardı edilmemesi gerekir.⁸⁵ Uzman hakimlerin görev üstleneceği özel mahkemelerin kurulması yerine hukuk nosyonu son derece güçlü ve genel konularda derin hukuk bilgisi olan hakimlerin yetiştirilmesinin daha önemli olduğuna

va Gül: Kuruluşu, İşlevleri ve İşleyişi Bakımından Medeni Yargılama Hukukunda Özel Görevli Mahkemeler (Uzmanlık Mahkemeleri), Ankara 2012, s. 21 vd.

83 Belgesay, Mustafa Reşit: “İhtisas Mahkemeleri ile Mahkemeler Arasındaki Vazife İhtilafları”, İÜHFM (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası), 1943/1-2, s. 249 vd. 251; Tanrıver, s. 26.

84 Bkz., Şahan, s. 28 vd.

85 Taşpınar, Sema: Yargı Örgütü Konusunda Gelişmeler, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 03-07 Ocak 2006, s. 247 vd., 258.

vurgu yapılmaktadır.⁸⁶

B. Tüketici Mahkemelerinin Özel Mahkeme Olarak Kurulmasının Amacı

Tüketici mahkemelerinin kurulmasının amaçlarından en önemlisi, tüketicilerin korunmasının gecikmeksizin sağlanmasıdır.⁸⁷ Bu sebeple bu davalara basit yargılama usulü ile bakılması öngörülmüştür (TKHK m. 73/4'ün atfıyla 6100 sayılı HMK m. 316 vd.).

Basit yargılama usulünde dava ve davaya cevap verilmesi dilekçe ile olur (HMK m. 317/1). Dava ve cevap dilekçesi dışında cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi verilemez (HMK m. 317/3). Dolayısıyla taraflar sadece bir defa dilekçe vermek durumundadırlar. Basit yargılama usulünde cevap süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır. Basit yargılama usulünde iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı dava açılması ve cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar (HMK m. 319). Dilekçe sayısının sınırlanmasının sebebi bu usulde görülecek işlerin basit olması ve kısa sürede karara bağlanması gerekliliğidir.⁸⁸ Basit usulde dosya bir kez işleminden kaldırılabılır.

Basit yargılama usulünde taraflar dilekçeleriyle birlikte, tüm delillerini açık ve hangi vakıya ilişkin olduğunu belirterek bildirmek durumundadır. Tarafların eksik bıraktıkları delilleri sunmaları için ön incelemede iki haftalık süre tanınırken, basit yargılama usulünde böyle bir süre tanınmamıştır.⁸⁹ Mahkeme ön incelemeden sonra tarafların

86 Belgesay, s. 251.

87 “Genel mahkemelerin iş yükü, ülkemizde zaten normal sınırların çok üstünde olduğundan bu durum davaların sonuçlanmasını geciktiren bir nedendir. Mevcut iş yüküne bir de tüketici davalarının eklenmesi, davaların daha da uzaması sonucunu doğuracaktır.” Zevkliler, Aydın/Özer, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s. 488. Bkz., Şahan, s. 108 vd.

88 Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed: Medeni Usul Hukuku, 14. bası, Ankara 2013, s. 862.

89 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 862.

dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikatın yürütülmesi için en fazla iki duruşmada yargılamayı tamamlamak zorundadır ve duruşmaların arası en fazla bir ay olmalıdır (HMK m. 320/3-c.1).

Tüketici mahkemeleri nezdinde Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davalar 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununda düzenlenen harçlardan muaftır (TKHK m. 73/2). Böylece tüketicilerin mali külfete girmeksizin mahkemeye başvurmak suretiyle haklarını aramalarını teşvik amacı güdülmektedir.⁹⁰

C. TKHK'da Düzenlenmeyen Konularda da Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olmasının Sakıncaları

Taraflarından biri tüketici olan her tüketici işleminden doğan uyuşmazlığın, bu uyuşmazlığa ilişkin hukuki düzenlemeler TKHK'nda bulunmasa, yani uyuşmazlığa bir başka kanun uygulansa bile tüketici mahkemesinde görülmesi, tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkları olağanüstü derecede arttıracaktır. Örneğin, tüketici işlemi niteliğindeki bir satım sözleşmesinde tarafların irade bozuklukları, gabin, muvazaa gibi özel hukuka ilişkin her türlü uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinde görülmesi söz konusu olacaktır. Ayrıca, konut niteliğindeki taşınmazlar da mal kavramına dahil edildiğinden sadece taşınır satımı değil, taşınmaz satımına ilişkin uyuşmazlıkların⁹¹ bu mahkemelerde görülmesi ihtimal dahilindedir. Hatta bu konudaki

90 Bkz., Önen, Ergun: Türk Hukukunda Tüketicinin Korunmasına İlişkin Usuli Düzenlemeler, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2004, s. 105 vd., 109.

91 Konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallara ilişkin tapu iptali ve tescil davalarının tüketici mahkemelerinde görüleceği konusunda bkz., Kara, İlhan: Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku Ankara 2015 s. 441. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, temerrüde ilişkin TKHK değil, genel hükümleri uygulanması gerektiğini belirtmekle birlikte, bu işlemin tüketici işlemi sayılması konusunda bkz., Yenioçak, Umut: Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları Açısından Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, C.2, İstanbul 2016, s. 135 vd, 147; Öz, Turgut: İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, C.2, İstanbul 2016, s. 203 vd., 211, 212.

görüşler o kadar ilerlemiştir ki mülkiyetin devri, tapu sicilinin tutulması gibi eşya hukukuna, aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların da bu konuda TKHK'da hiçbir hüküm bulunmadığı hallerde dahi TKHK kapsamına girdiği ve tüketici mahkemelerinin görevli olacağı ileri sürülmektedir.⁹² Bu da yeterli görülmemekte, kira sözleşmeleri, bağışlama sözleşmeleri de kapsama dahil edilmekte,⁹³ sözleşmeye aykırılıktan doğan her türlü tazminat davalarının da tüketici mahkemelerinde görüleceği savunulmaktadır.⁹⁴

Mahkemelerin iş gücü bu kadar çok arttığında, TKHK'un gerçekten amaçladığı, tüketicinin korunmasına ilişkin konularda tüketicilerin davalarının uzamaması, haklarına çabuk kavuşmaları amacı boşa çıkmış olacaktır. Bu kadar büyük bir iş yükü karşısında tüketici mahkemelerinin davaları çabuk görmesi olanaksız hale gelecektir.⁹⁵

Tüketici mahkemeleri de bir özel mahkeme olarak alanında uzmanlaşmış hakimler tarafından görülmesi amacıyla oluşturulan mahkemelerdir. Ancak geline bu noktada tüketici hakimlerinin sadece tüketici hukukunu değil tüm borçlar hukukunu, eşya hukukunu, ticaret hukukunu, tazminat hukukunu bilmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle tüketici hâkimi hem asliye hukuk hem de asliye ticaret mahkemeleri şeklinde çalışmak durumundadır. Bu durumda tüketici mahkemelerinin diğerlerine göre uzmanlaştığını söylemek olası görülmemektedir. Dolayısıyla tüketici mahkemelerinin bir uzmanlık mahkemesi olması işlevini yerine getirebileceğini söylemek artık çok kolay değildir.⁹⁶

92 Bkz., Kara, s. 285-294.

93 Kara, s. 275.

94 Bkz., Kara, s. 300, 319

95 Kara, "Basit yargılamaya tabi işlerin basit olacağı ve bunların kısa sürede sonuçlandırılacağını düşünmek tüketici mahkemeleri için pek gerçekçi bir düşünce sayılmaz" ifadeleriyle, tüketici mahkemelerinde uyuşmazlıkların çabuk çözümlenemeyeceğinin farkında olduğunu ortaya koymaktadır (s. 441).

96 Benzer görüş için bkz. Erişir, Evrim: Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Usulü, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Der. M. İnceoğlu, İstanbul 2015, s. 43 vd., 101.

Tüketici mahkemesi basit yargılama usulüne tabidir. İddia edildiği gibi aynı haklar, tazminat davaları tüketici mahkemesinin görevine dahil olacaksa, hakimin basit yargılama usulü sebebiyle çabuk karar vermek zorunda olması sebebiyle oldukça kapsamlı olan bu tür davaların yeterince savunulup muhakeme edildiği konusunda ciddi kuşkular ortaya çıkabilir.

Sözleşmeler hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, şu ana kadar genel mahkemelerde görülen yerleşmiş uygulamalar bulunmaktadır. Hem asliye hukuk mahkemelerinde hem de asliye ticaret mahkemelerinde yerleşmiş bu uygulamalar, sadece geniş tutulmuş kanun maddesinin yorumu sebebiyle mantıklı bir açıklaması olmaksızın tüketici işlemleri için tüketici mahkemelerine bırakılarak değiştirilmek durumunda kalabilecektir. *Aynı kanun hükmünü uygulayan farklı iki mahkeme, dolayısıyla farklı hukuki uygulamaların ortaya çıkması söz konusu olacaktır.* Gerçekten de sözleşmenin taraflarının satıcı/sağlayıcı ile tüketici olduğu tüketici işlemleri için tüketici yargısına gidilmekteyken, tüketici işlemi niteliğinde olmayan sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda genel yargıya gidilmesi ve her iki yargı yolunda da aynı kuralın uygulanması, *özel hukuk sisteminde ikilik yaratacaktır.* Bu durum, her iki mahkemede de uygulanacak hükümlerin aynı olmasına rağmen, yorum farklılıkları sebebiyle verilen kararların farklı farklı olmasına yol açabilecektir. Bir kişinin irade sakatlığına uğradığı için sözleşmeyi iptal talebine ilişkin uyuşmazlıkta (cayma süresi geçtikten sonraki dönemde) tüketici için özel bir koruma bulunmadığına göre, *aynı uyuşmazlığın farklı mahkemelerde görülmesini açıklayacak herhangi bir haklı sebep bulunmamaktadır.*

Yargı uyuşmazlıklarında hukuki korumanın etkinliği için başvuru yollarının herkesin bilebileceği sadelik ve basitlikte olması gerekir. Görevin belirlenmesinde tüketici işlemlerinin esas alınması tüketici bakımından hukuki korumayı etkisizleştirmekte ve *hukuki güvenirlilik ilkesini zedelemektedir.* Kişilerin tüketici olup olmadıklarını, dolayısıyla tabi olacakları hukuki rejimi önceden bilebilmeleri ve davranışla-

rını buna göre ayarlayabilmeleri söz konusu yaklaşımla oldukça zordur.⁹⁷

Taraflarından biri tüketici diğeri satıcı/sağlayıcı olan tüm sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde görülmesini savunan yaklaşımın sonucu olarak kira sözleşmeleri⁹⁸ ve iş sözleşmeleri de bu kapsamda değerlendirilmek durumunda kalmaktadır.⁹⁹ Kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bu durumda sulh mahkemelerinde değil, iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar iş mahkemesinde değil tüketici mahkemelerinde görüleceğine ilişkin tartışmaların ortaya çıkacağı kuvvetle muhtemel görünmektedir. Üstelik bu tür davalar tüketici mahkemelerinde görüldüğünde de TKHK değil, İş Kanunu veya Borçlar Kanunu uygulanacaktır. Şu ana kadar kendine özgü kuralları ve sistemiyle oturmuş ve yerleşmiş bir şekilde işleyen tüm bu yargı yolu sistemini değiştirmeyi kanun koyucu gerçekten amaçlamış mıdır?

Diğer taraftan asıl görevli mahkemeler, genel görevli mahkemelerdir. Özel mahkemelerin görevi istisnaidir ve özel mahkemelerin

97 Erişir, s. 102.

98 Bkz., Kara, s. 276. Kara'ya göre, taraflarından birinin tüketici, diğersinin kiraya veren veya sağlayıcı olduğu, tüm taşınır ve taşınmaz kira sözleşmeleri tüketici işlemlerini niteliğindedir ve bu nedenle meydana gelen uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Bununla birlikte Kara, bugün için taşınmaz kira sözleşmelerinde sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmek gerektiğini belirtmekte; ancak taşınmaz kira sözleşmelerini neden ayrıkt tuttuğunun gerekçesini açıklamamaktadır (s. 276).

99 Her türlü sözleşmenin tüketici işlemlerini tanımına girdiğini kabul eden Kara, işçi ve işveren arasındaki sözleşmeleri tüketici işlemlerini saymamakta, gerekçesini şöyle açıklamaktadır: "Çünkü yapılan sözleşmenin bir tarafında işçi diğers tarafında da işveren bulunmaktadır" (s. 324). Oysa hizmet sözleşmesi ile çalışan bir işçi her zaman mesleğinin gereği olarak bu işi yapmaktadır. Örneğin bir evin bahçivani olarak veya ev işlerine bakan kişi olarak çalışan kişiler mesleki amaçla hareket etmekte (işçi), buna mukabil onu çalıştıran kişiler (işveren) ticari veya mesleki amaçla hareket etmemektedir. Dolayısıyla bu sözleşme, kanunun geniş tutulmuş lafzına dayanarak hareket edilecek olursa, tüketici sözleşmesi niteliğinde olmaktadır.

görev alanının yorum veya kıyas yoluyla genişletilemeyeceği İçtihadı Birleştirme Kararıyla da kabul edilmektedir.¹⁰⁰

Böyle bir yaklaşımın tüketicinin açtığı davada harç ödememesi (TKHK m. 73/2) dışında tüketici lehine hiçbir yararı bulunmamaktadır.¹⁰¹ Söz konusu yaklaşım, tüm özel hukuk yargı sistemini önemli ölçüde değiştirecek, özel hukuk uyuşmazlıklarının genel mahkemelerde görüleceği kuralını önemli ölçüde ortadan kaldıracak ciddi sakıncalar barındırdığı gibi, tüketicinin haklarına çabuk kavuşması için öngörülmüş özel mahkeme sistemini işlevsiz hale getireceğinden tüketiciyi de korumayacaktır.

D. TKHK m. 73'ün Amaca Uygun Sınırlanması

TKHK m. 73/1'e göre, "*Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir*". Kanunun geniş tutulmuş sözü, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalara ilişkin tüm davaların, bu

100 Mahkemelerin görevi kamu düzeni ile ilgilidir. Kıyas veya yorum ile genişletilemez yahut değiştirilemez. Kanunda açıklık bulunmayan durumlarda görev genel mahkemelere aittir. (Y.İBGK, E.1977/4, K.1977/4, T.5.12.1977).

101 Tüketici mahkemelerinin görev alanının bu kadar geniş tutulması ve tüketici mahkemelerinin adeta asıl görevli mahkeme haline gelmesi karşısında, bu davalardan harç alınmamasının Anayasaya aykırılığının tekrar gündeme geleceği görüşü için bkz. Erişir, s. 110-113. Yazar, harç alınmamasının davaların süratle sonuçlanmasını engelleyeceğini belirtmektedir. Yazar tarafından, Devletin tüketicinin haklarını aramalarını kolaylaştırmak görevi bulunmakla birlikte, usul ekonomisi çerçevesinde davaların süratle sonuçlandırılmasının da devletin görevi olduğu, makul sürede yargılanma hakkının da bireyin pozitif statü haklarından olduğuna işaret edilmekte, bu değerlerin dengelenmesi önerilmektedir. Harçların alınma amaçlarından biri de kişilerin gereksiz yere bazen de kötüniyetli olarak yargılamaya başvurmalarını önlemektir. Yargının gereksiz başvurular nedeniyle aşırı yükün altında kalmasının önlenmesi ve böylece işlevini etkili bir şekilde yerine getirebilmesi için bireylerin mahkemeye başvurma haklarını kullanılmaz hale getirmemek kaydıyla harç alınması konusunda bkz., Pekçanitez/Atalay/Özekes, s. 981; Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine, AÜHFD 2000/1, s. 76; Erişir, s. 111.

davalara ilişkin uyuşmazlıklar TKHK'da düzenlenmemiş olsa dahi tüketici mahkemelerinde görüleceği gibi bir anlama yol açabilecek şekildedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere kanunların yorumunda yorum unsurlarının (kriterlerinin) tamamı denetlendikten sonra sonuca ulaşılması gerekir. Kanunun açık sözü hiçbir şekilde yeterli değildir. Sözel yorum ile elde edilen sonuç, amaçsal, tarihi, sistematik ve Anayasaya uygun yorum ile denetlenmelidir.

Yukarıda belirlemeye çalıştığımız üzere tüketici hakimlerinin bu kadar geniş kapsamlı davalara bakmaları tüketicinin yararına değildir. İddia edilen sistemde, tüketici haklarına geç ulaşacak ve tüm genel konulara bakmak durumunda kalan tüketici hakiminin asıl tüketicinin korunması gerektiği alanda uzmanlaşması oldukça güç olacaktır. Dolayısıyla özel bir tüketici mahkemesi kurulmasının anlam ve önemi ortadan kalmış olacaktır.

Diğer taraftan *özel kanunlar tanımlar ve kapsam maddelerinde kendi düzenledikleri konulara ilişkin genel tanım verirler. Başka kanunların uygulama alanlarını kendi düzenledikleri konuya girmediği ölçüde genel atf maddeleriyle değiştirmezler.* TKHK'un tarafları tüketici ve satıcı/sağlayıcı olan tüm sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların TKHK'da bu uyuşmazlığın çözümüne ilişkin herhangi bir norm olmaksızın tüketici mahkemesinde görüleceğine ilişkin bir düzenleme yaptığı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu, oldukça yadırgatıcı, rastlanmayan bir durumdur.

Bu durum sadece yadırgatıcı değil, aynı zamanda sözleşme özgürlüğünü ölçsüz derecede sınırlandıran uygulamalara sebebiyet verecek bir durumdur. Çünkü tüketici mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta hâkim bu uyuşmazlığın TKHK'da düzenlenmemiş olmasına rağmen TKHK'un genel hükümlerini uygulayabilir. Bu takdirde tüm uyuşmazlıklar açısından önüne gelen olayda sözleşmenin tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği (TKHK m. 4/2); hizmet sağlanmasından kaçınılamayacağı (m. 6/2) gibi hükümlerin uygulanması ihtimali bulunmaktadır. Üstelik isabetli olmayan bir şekilde, amaçsal değerlendirmelerde bulunmadan uygulanan tüketici lehine yorum ilkesi sonu-

cu, mahkemelerin önüne gelen her uyuşmazlıkta tüketici lehine karar vermesi kuvvetle muhtemeldir.¹⁰²

Ayrıca yukarıda belirlemeye çalıştığımız üzere, Avrupa Birliği hukukunda böyle bir sistem bulunmamaktadır. Avrupa Birliği hukuku taraflarından birinin ticari mesleki amaçla hareket eden kişi, diğerinin ticari mesleki amaçla hareket etmeyen kişi (tüketici) olduğu *bütün sözleşmeleri*, tüketici hukukunun kapsamına *almamaktadır*. Tüketici-

102 Nitekim satıcının ayıptan meydana gelen zarardan sorumluluğuna ilişkin normlar TKHK’da düzenlenmemiş, bu konuda TBK’a atıf yapılmıştır. Bu atıf dolayısıyla satıcının ayıbı takip eden zararlardan kusursuz sorumluluğunun tüketici lehine yorum ilkesi gereği kabul eden görüşler bulunmaktadır(bkz., Karakocalı, Ahmet/Kuşun, Ali Suphi: Tüketici Hukuku, İstanbul 2015, s. 71.) Oysa bu kabul, TKHK’dan daha önceki kanunda düzenlenmişken şimdi neden çıkarıldığı bilinmeyen Avrupa Birliği Yönergelerinin tüketiciyi koruyan en önemli yönergelerinden olan ve maksimum uyumu gerektiren 85/374 Sayılı Ürün Sorumluluğu Yönergelerinin sorumluluk kurallarına tamamen aykırıdır(bkz., Kırca, Ürün Sorumluluğu, s. 61 vd., 125 vd., 221). Ürün Sorumluluğu Yönergesi, üretici ve üretici ile bir tutulan kişilerin ayıp dolayısıyla tüketicilerin sadece vücut bütünlüğüne ve mallarına verilen zararlar için kusursuz sorumluluğunu kabul etmektedir. Bu sorumluluktan kurtulma konusunda da bir dizi kurtuluş kanıtı düzenlenmektedir. Satıcıların sorumluluğu, sadece ürünün üreticisinin tespit edilmediği durumlarda uygun süre içerisinde üreticiyi veya ona ürünü teslim edeni bildirmemesi halinde bulunmaktadır. Bu istisnai hal dışında tüketici hukukunda satıcıların ayıplı malın verdiği zararlardan kusursuz sorumluluğu bulunmamaktadır. Tüketici hukukunda ayıplı maldan sorumluluk sadece edim menfaatine ilişkin olarak kabul edilmiştir. Onun dışındaki değerlerden sorumluluk iç hukuk düzenlemelerine bırakılmıştır. Ölüm, vücut bütünlüğünün ihlali ve diğer mallara verilen zararlar dışındaki zararlar için haksız fiile ilişkin kusursuz sorumluluk üreticiler açısından dahi bulunmamaktadır. Satıcıyı kusursuz sorumluluğa tabi tutan üye ülkeler Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından tazminata mahkûm edilmiştir(bkz., Kırca, Ürün Sorumluluğu, s. 221). İsviçre Borçlar Kanunu’na bir redaksiyon hatası sonucunda alınan ve oradan da Türk hukukuna geçen doğrudan zarar dolaylı zarar ayırımı kaldırılmalı ve o zamana kadar da satıcının satılanın ayıbından doğan zararlardan kusursuz sorumluluğu dar yorumlanmalıdır. (Bkz., Kırca, Çiğdem: Kaldırılması Gereken Bir Ayırım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar Ayırımı, Pr. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 433 vd., 453 vd. 455).

nin korunması *sadece korunmanın gerektiği konularla sınırlı olmak üzere Yönergelerde açıkça belirtilen sözleşmeler ve konular için geçerlidir*. Taraflarından birinin satıcı-sağlayıcı/girişimci diğerinin tüketici olduğu tüm sözleşmeler tüketici işlemidir, o halde bu sözleşmelerden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar tüketici mahkemesinde görülür şeklinde bir sistem, Avrupa Birliği hukukunda bulunmamaktadır. Avrupa Birliğinde tüketicilerin haklarına hızla kavuşmaları için üye ülkelerin gerekli önlemleri almaları istenmektedir.¹⁰³ Özel hukuk uyuşmazlıklarından önemli ölçüde etkilendiğimiz İsviçre hukuku, Medeni Usul Kanununda tüketici sözleşmelerini *olağan tüketimi konu edinen sözleşmeler* ile sınırlandırmıştır.¹⁰⁴ Ayrıca İsviçre'de de özel bir tüketici mahkemesi bulunmamakta, sadece tüketici sözleşmelerinde yetkinin belirlenmesine ilişkin özel düzenlemeler Medeni Usul Kanunu'nda yer almaktadır. Var olduğu iddia edilen yeni Türk tüketici hukuku sisteminde, davaların çabuk görülmesi mümkün değildir. O halde şu soru sorulmaktadır: Neden? TKHK'da tüketicinin korunması için getirilmiş özel bir düzenleme yoksa, uyuşmazlığa genel hükümler

103 Bkz., 2009/22/AB sayılı Tüketicilerin Korunması İçin İhtiyati Tedbirlere İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi; 30/3/1998 tarihli ve 98/257/AT sayılı Tüketici Uyuşmazlıklarının Mahkeme Dışı Çözümü için Sorumlu Kurumlara Uygulanabilir Kurallara İlişkin Komisyon Tavsiyesi; 4/4/2001 tarihli ve 2001/310/AT sayılı Tüketici Uyuşmazlıklarının Uzlaştırılmasından Sorumlu Kurumlara Uygulanabilir Kurallara İlişkin Komisyon Tavsiyesi. Ayrıca bkz., Zevkliler/Özer, s. 488, 489. Bunlardan başka, Avrupa Birliği, Tüketicilerin yüksek değerde, bağımsız, saydam, etkili bir şekilde uyuşmazlıklarının mahkeme dışı çözüme kavuşması için, Tüketici Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine İlişkin 2013/11/AB Yönergesini kabul etmiştir. Bu Yönergenin kapsamı da sınırlı bir şekilde belirlenmiştir.

104 İsviçre hukuku İsviçre Medeni Usul Kanununda (ZPO m. 32, f.2) tüketici sözleşmelerini, sözleşmenin diğer tarafının mesleki ve ticari faaliyeti çerçevesinde sunduğu, tüketicinin kişisel ve ailevi ihtiyaçlarına hizmet eden olağan tüketime ilişkin edimleri içeren sözleşmeler olarak tanımlamıştır. ZPO m. 32, f.1'de ise, tüketicinin veya tüketicilerin açtıkları davalarda taraflardan birinin yerleşim yeri veya oturma yeri mahkemesinin yetkili olduğu, arza sunanların (karşı tarafın) açtığı davalarda yetkinin ise davalı tarafın oturma yeri mahkemesi olduğu düzenlenmektedir.

uygulanacaksa, neden tüketici mahkemeleri görevlidir?

TKHK, gerekçesinde Avrupa Birliği hukuku ile tam uyumu sağlamak istediğini açıkça belirtmekte iken ve amacı tüketicinin korunması iken, uygulayıcının TKHK m. 73/1’i tüm bu amaçlara aykırı olarak yorumlayıp uygulayabilmesi mümkün müdür?

Görüldüğü üzere amaçsal yorum ile sözel yorum birbirleriyle çelişmektedir. Bu durumda tarihi yorum unsurlarını denetlediğimiz takdirde nasıl bir sonuca ulaşılabileceğinin araştırılması gerekir.

Acaba TKHK koyucusu neden ısrarla tüketici işlemi tanımını geniş tutmuş, kazuistik yöntemle tüm sözleşmeleri sayarak bir tanım yapma ihtiyacı hissetmiştir? 6502 sayılı TKHK döneminden önceki yargı uygulamalarına baktığımızda, Yargıtay’ın eser sözleşmelerini eTKHK’un 4. maddesinde düzenlenen ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere dahil etmeyen (a) ve tüketici kredisinden kaynaklanan uyumsuzluklara ilişkin davaları mutlak ticari dava olarak kabul edip tüketici mahkemelerinin görevli olmadığını kabul eden (b) veya özel bazı kanunlara yapılan genel atıfları özel hüküm olarak kabul eden (c) içtihatlarının, Kanunun değiştirilmesinde asıl etki eden nedenler olduğu görülmektedir:

(a) 6502 sayılı Kanun’dan Önce Eser Sözleşmelerinde Ayıplı Mal Dolayısıyla Tüketicinin Korunmasına İlişkin Yargıtay Uygulamaları

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 4077 sayılı eTKHK’un 4. maddesindeki düzenleme 5/5/1999 tarihli Tüketici Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesini Türk hukukuna aktarmak için kabul edilmiştir. Bu Yönerge ise, taşınır satışı sözleşmelerini kapsamına almaktadır. Bununla birlikte 1999/44/AT sayılı Yönergenin 1. maddesinin 4. fıkrasında, “Bu yönerge kapsamındaki satım sözleşmeleri, teslim için imal edilen veya üretilen tüketim mallarını da kapsamaktadır.” hükmüne yer verilerek, malzemesinin tüketici tarafından verildiği malların imal edilmesinden sonra teslim edildiği söz-

leşmeler (*Werkslieferungsvertrag*) de kapsama dahil edilmiştir. Bu sözleşmeler eser sözleşmesi niteliğinde olduğu halde Yönerge anlamında satım sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Diğer taraftan Yönerge kapsamında taşınmazlar bulunmadığından, inşaat sözleşmesi niteliğindeki sözleşmeler kapsama girmemektedir.¹⁰⁵

Yargıtay önceki TKHK zamanında, her türlü eser sözleşmesinin TKHK kapsamında olmadığı görüşündeydi: Yargıtay bu konuda 2003 yılında verilen bir Hukuk Genel Kurulu içtihadını esas almaktaydı. Buna göre, "...4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3/f maddesinde, tüketici "bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamadan da anlaşılacağı üzere; yasa, *hazır bir mal veya hizmeti "satın" alarak, onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi korumaktadır*. Başka bir anlatımla, satım akdinin konusunu oluşturan tüketime yönelik dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri, yasa kapsamına alınmıştır. Aksi halde, bir baraj, bir liman, bir otoyol, bir santral ve bir bina yapımı gibi üst düzeyde teknoloji gerektiren ve istisna (eser) akdinin konusunu oluşturan süreye yayılı işlerin de yasa kapsamında kaldığının ve bunlarla ilgili uyumsuzluklara da tüketici mahkemelerinde bakılması icab ettiğinin kabulü gerekir."¹⁰⁶ Yargıtay, 4077 sayılı Kanunda 6.3.2003 tarih, 4822 sayılı

105 Grabitz, Eberhard/Hilf, Mainhard/Nettesheim, Martin: Das Recht der Europäischen Union, Band IV, Sekundärrecht, A. Verbraucher- und Datenschutzrecht, Herausgg. Manfred Wolf, Bearbeitet Ulrich Magnus, Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchergüterkaufs und Garantien für Verbraucher (Art. 1- Art. 14), 40. Ergänzungslieferung, München 2009, (Grabitz/Hilf-(Magnus)), Art. 1, N. 13-15.

106 Aynı karar şu şekilde devam etmektedir: "... Eser sözleşmesinin bu tanımı ile somut olay karşılaştırıldığında davalı firmanın güneş enerjisi kurma işini üstlenmesi, bir tarafın vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini üstlenmesi olup, eser sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır. Satım sözleşmesinden ayıran en önemli yan satımdaki montaj işleminin imalatı içermemesine karşın, güneş enerjisi sisteminin kurulmasının aynı zamanda imali de bünyesinde barındırıyor olmasıdır. Ayrıca satım da sözleşme anında satılan- alınan- şey

Kanunla yapılan değişiklik sonrasında da aynı içtihadını devam ettirmiştir: “Uyuşmazlığın bu haliyle eser sözleşmesinden kaynaklandığı açıktır. Eser sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların ise Tüketici Mahkemeleri'nde çözümlenip karara bağlanması mümkün değildir. Zira, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3/e maddesinde tüketici; "bir mal ve hizmeti ticari ve mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre yasa, "hazır bir malı ya da hizmeti" satın alarak onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi korumaktadır. Bir başka deyimle yasada, dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri, olağan tüketim işleri kapsama alınmıştır. Bunun aksine bir yorum tarzı, üst düzey teknoloji ile gerçekleştirilen eser sözleşmesi ilişkilerinin dahi yasa kapsamında kabul edilmesini ve bu tür uyuşmazlıkların da Tüketici Mahkemeleri'nde çözüme kavuşturulmasını gerektirir ki, bu yasanın amacına aykırıdır.”¹⁰⁷

Yargıtay'ın “hazır mal ve hizmeti satın alarak onu günlük yaşamda kullanan kişilerin” tüketici olarak ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerden yararlanması şeklindeki yaklaşımı oldukça isabetlidir. Çünkü tüketici hukukunda ayıplı mallardan dolayı sözleşme özgürlüğüne müdahale etme gereksinimi, sadece taşınır mallar için vardır.¹⁰⁸

mevcut ve kullanılabilir iken, eser sözleşmesinde sözleşme anında eser ortada olmayıp, sözleşmeden sonra imali söz konusudur. Güneş enerjisi sistemi sadece montajı yapılarak işleyecek halde satışa sunulmuş değildir. İşler hale gelebilmesi ve amacını gerçekleştirmesi imalatı gerektirmekte, sistemi oluşturan parçaların ve ayrı ayrı işleve sahip bölümlerin bir araya getirilmesi ve imali ile oluşmaktadır. Açıklanan bu nitelikleri ile taraflar arasında eser sözleşmesi olduğunda kuşku bulunmamaktadır. ... somut olayda taraflar arasında eser sözleşmesi bulunmasına göre bu kanunun uygulanmasıyla ilgili bir uyuşmazlık söz konusu değildir." (Y. HGK 29.9.2003, E. 2003/15-498, K. 2003/493). Yargıtay aslında bu kararında montaj yapmaya ilişkin yan edim yükümlülüğü bulunan bir satım sözleşmesini, eser sözleşmesi olarak nitelendirmiş ve TKHK kapsamına dahil etmemiştir.

107 Y.15.HD, E. 2004/4708, K.2005/1313, T. 8.3.2005; Y.15. HD, E. 2014/7288, K. 2015/257, T. 20.1.2015.

108 TKHK ayıplı mallara ilişkin 12. maddesinde konut ve tatil amaçlı taşınmaz

Kanun koyucunun önceki kanun döneminde özellikle devre tatil ve konut finansmanı ile ilgili düzenlemeler açısından konut ve tatil amaçlı taşınmazları mal kavramı içine dahil etmesi, uygulayıcıları ayıplı malların konusunu sadece hazır mal ve hizmetler olarak sınırlandırmaya haklı olarak yöneltmiştir. Ancak malzemenin tüketici tarafından verilir imal edildikten sonra taşınır bir malın teslimi de eser sözleşmesi niteliğinde olmakla birlikte hazır bir malın teslimi niteliğindedir. Bir malın montajı gibi mala ilişkin yan edim yükümü ya da bazen eser ve satış sözleşmeleri unsurlarının bir arada bulunduğu karma sözleşmelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.¹⁰⁹ Ancak aslında hazır mal olmasına rağmen, imal edilme aşamasını geçildikten sonra teslim edilen (bu sebeple dayandığı sözleşme eser sözleşmesi niteliğinde olan), bu tür mallarda ayıp halinde TKHK'un ayıba ilişkin hükümlerinin uygulanmaması haklı olarak eleştirilmiştir.¹¹⁰ İşte yeni TKHK'da hukuki işlem tanımının geniş tutulmasının amaçlanmasının ardındaki en önemli sebeplerden biri budur.

(b) TTK'nda Mutlak Ticari Dava Tanımına Dayanan Yargıtay Uygulamaları

Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinin 1 fıkrasına TTK'nda ve b-f bentlerinde belirttiği düzenlemelere ilişkin hukuk davalarını ticari dava olarak kabul etmiş ve 5. maddesinde, aksine hüküm olmadıkça ticari davalardan doğan uyuşmazlıklara bakmakla görevli olan mah-

mallar için ayrı bir zamanaşımı süresi getirdiğinden, sözü geçen taşınmazları bu madde kapsamına aldığı anlaşılmaktadır. Devre tatil dışındaki sözleşmelerde taşınmazlardaki ayıp dolayısıyla satıcının yükümlülüklerini emredici hükümlerle düzenleyip sözleşme özgürlüğüne müdahale, Avrupa Birliği tüketicinin korunması hukukunda bulunmayan bir durum olup Türk hukukuna özgüdür. Ayıplı hizmetler açısından böyle bir zamanaşımı öngörülmediğinden sözleşme özgürlüğüne müdahale eden her normun dar yorumlanması gerektiği ve amaç esas alınarak, ayıplı hizmet kavramı, sadece taşınır eser sözleşmeleri olarak nitelendirilebilir.

109 Bkz., yuk. III, F.

110 Bkz., Zevkliler/Özer, s. 81.

kemelerin asliye ticaret mahkemeleri olduğunu belirlemiştir. Bu düzenlemeden hareketle Yargıtay, özellikle tüketici kredilerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin konularda, bunların bankacılık işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar olduğu, dolayısıyla mutlak ticari dava niteliğinde olduğundan asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması gerektiğini kabul etmekteydi.¹¹¹ Oysa tüketici hukukunun tüketiciyi koruduğu alanların en önemlilerinden biri de tüketici kredisi sözleşmeleridir. Tüketici kredilerine ilişkin uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinde değil de mutlak ticari dava olarak kabul edilip asliye ticaret mahkemesinde görülmesi de haklı olarak eleştiriliyordu.

(c) Diğer Özel Kanunlar Nedeniyle Genel Mahkemelerin Görevli Sayılması

1.3.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5464 sayılı Banka Kredi Kartları Kanununun 44. maddesinin 2. fıkrası, "Kart çıkaran kuruluşlar tarafından kart hamilleri aleyhine açılacak davalarda 1086 sayılı

111 "Somut olayda, işin esası hakkındaki uyuşmazlık, kredi kartından kaynaklanan borcun tahsili amacıyla yapılan icra takibine vaki itirazın iptaline ilişkin olup, taraflar arasındaki ilişkinin bankacılık işleminden kaynaklandığı, davanın açıldığı 26/11/2013 tarihi itibarıyla yürürlükte olan 6102 sayılı Kanunun 4/f maddesi gereğince davanın mutlak ticari dava niteliğinde olduğu ve davanın 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun yürürlüğe giriş tarihinden önce açıldığı anlaşıldığından, itirazın iptali hakkındaki uyuşmazlığın TTK hükümleri çerçevesinde asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerekmektedir" (Y.20.HD, E. 2015/4337, K. 2015/7918, T. 29.9.2015); "Davaya Tüketici Mahkemesinde bakılabilmesi için davanın taraflarından birinin tüketici olması ve uyuşmazlığın 4077 sy. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun uygulanmasından doğması gerekmektedir. Somut olayda uyuşmazlık davalı ile davacı banka arasında düzenlenen Genel Kredi Sözleşmesi ve Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi'nden kaynaklanmakta olduğuna göre 6762 sayılı TTK'un 4/1-6.maddesinde düzenlenen bankacılık işlemlerinden olup mutlak ticari davalardandır. Bu durumda dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan aynı Kanun'un 5/1. maddesi hükmü uyarınca ticari davaların uyuşmazlığın görüldüğü yerde ayrı bir Ticaret Mahkemesi bulunmaması halinde Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmesi gerekmektedir." (Y.19.HD, E. 2014/9233, K. 2015/6346, T. 29.4.2015).

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun görev ve yetkiye ilişkin hükümleri uygulanır" hükmü getirilmiş olduğundan, kredi kartı borçları nedeniyle banka tarafından açılacak davalarda Yargıtay bu hükümleri özel hüküm olarak kabul edip tüketici mahkemelerini değil, genel mahkemeleri görevli görmekteydi.¹¹²

İşte kanun koyucunun 6502 sayılı TKHK'un 3/1 maddesinde tüketici işlemi tanımını geniş tutmasının diğer önemli sebebi de Yargıtay'ın TKHK'daki tüketici kredilerine ilişkin özel hükmü dikkate almadan TTK'daki mutlak ticari dava düzenlemesinden hareket etmesi veya özel kanunların genel hükümlere yaptığı atfı esas almasıdır. Oysa tüketici kredilerine ilişkin uyuşmazlıklarda tüketici mahkemesinin görevli olması gerekirdi. Yargıtay'ın doğrudan tüketici hukukunun konusuna giren ve TKHK'da düzenlenen durumlarda ısrarla tüketici mahkemelerini görevli saymaması, kanun koyucuyu tüketici işlemi tanımını yaparken kazuistik metotla tek tek yazma zorunda bırakmıştır.

Nitekim hukuki işlemle ilgili olarak getirilen bu geniş tanımın madde gerekçesinde "*Böylece uygulamada ortaya çıkan ve tüketici sözleşmelerinin kapsamını daraltan yorumların da önüne geçilmiş olacaktır*"¹¹³ ifadesinden de anlaşıldığı üzere mevcut uygulamaya son verilmesi amaçlanmıştır. Gerçekten de amacın yukarıda sözü geçen Yargıtay uygulamalarına son vermek olduğu anlaşılmaktadır.

Tarihi yorum unsurlarını denetlediğimizde, kanun gerekçesinden, "*uygulamada ortaya çıkan, tüketici sözleşmesinin kapsamını da-*

112 01.03.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 44/2.maddesinde "Kart çıkaran kuruluşlar tarafından kart hamlileri aleyhine açılacak davalarda 1086 sayılı HMUK'un görev ve yetkiye ilişkin hükümleri uygulanır" hükmü yer almaktadır. Somut olayda dava, banka tarafından açıldığına göre anılan yasa hükmü karşısında genel mahkemelerin görevli olduğu gözetilmeden Tüketici Mahkemesi sıfatı ile davaya bakılması usul ve yasaya aykırıdır (Y.19. HD, E. 2014/4681, K. 2014/6825, T. 9.4.2014). Ancak, 6502 sayılı TKHK'dan sonra Yargıtay bu içtihadını değiştirmiştir (Y.19. H.D, E. 2014/18708, K. 2015/7869, T. 28.5.2015).

113 TBMM, S Sayısı 490, s. 9,10.

raltan” bir olgunun bulunduğunu ve bu olgunun düzeltilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu olgunun ise, esas olarak eser sözleşmeleri ve mutlak ticari dava ile ilgili Yargıtay kararları olduğu görülmektedir. Şu hâlde bu uygulamalar düzeltildiğinde kanunun madde gerekçesindeki amaç gerçekleşmiş olacaktır.

Kanımızca tüketici işlemi ile ilgili bu geniş tanımın madde gerekçesinden Türk hukukuna özgü yepyeni bir tüketici sisteminin getirilmek istendiği anlaşılmamaktadır. TKHK’un 3. maddesinin gerekçesinde, tüketici işlemi tanımının genişletilmesinin önemli bir değişiklik olduğu belirtilmektedir, ancak bu genişlemenin yepyeni bir tüketici hukuku sistemi kurmak için yapıldığına ilişkin herhangi bir açıklamada bulunulmamakta, tam tersi amacın mevcut uygulamadaki dar yorumların ortadan kaldırılması olduğu belirtilmektedir.

Kanunun bu düzenlemeyi yapmasındaki politik kararı araştırıldığında, bunun, TKHK’da düzenlensin veya düzenlenmesin tüketici sözleşmelerinden doğan her uyuşmazlıkta, gabin, muvazaa, irade sakatlığına ilişkin uyuşmazlıklarda, eşya hukukuna ilişkin tapu sicilinin düzeltilmesi davalarında ve daha sayamadığımız tüm uyuşmazlıklarda basit yargılama usulü ile yargılama yapan tüketici mahkemelerinin görevli olmasını istediğine ilişkin bir emare bulunmamaktadır. Üstelik kanunun genel gerekçesinde belirtildiği üzere değişiklik yapılmasındaki asıl amacın¹¹⁴ Avrupa Birliği Yönergelerini aktarmak olduğudur. Ne var ki Avrupa Birliğinde de böyle bir sistem bulunmamaktadır. Diğer taraftan kanun koyucunun sözleşmeler hukuku sistemini tüketici sözleşmeleri ve diğerleri diye ayırıp bunlar için ayrı bir yargı yolu öngörmesine ilişkin politik bir kararın varlığı bilinmemektedir. Tüke-

114 "Kanun değişikliğine gidilmesinin en temel amaçlarından birisi, AB'nin son dönemde çıkardığı ve henüz mevzuatımıza aktarılmamış olan, 2002/65/AT sayılı Finansal Hizmetlerin Mesafeli Satışı, 2005/29/AT sayılı Haksız Ticari Uygulamalar, 2008/48/AT sayılı Tüketici Kredileri Sözleşmeleri, 2008/122/AT sayılı Devre Tatil, Uzun Süreli Tatil Ürünü, Yeniden Satım ve Değişim Sözleşmeleri, 2001/83/EU sayılı Tüketici Hakları Yönergelerinin iç hukukumuzda aktarılması olmuştur."

ticinin korunması amaçlanmaktadır; tüketicinin TKHK'da özel olarak getirilen düzenlemelerle korunmasını engelleyen, tüketici hukukunun kapsamına giren konuları kapsama almayan dar yorumları kaldıran düzenlemeler getirilmektedir. Ancak tüketicinin korunması hukukuna dahil olmayan, tarafları tüketici ile satıcı-sağlayıcı olan sözleşmelerden kaynaklanan *tüm uyuşmazlıkların* tüketici mahkemelerinde görülmesinin istendiğine ilişkin herhangi bir bildirim veya tartışma gerçekleşmemiştir. Nitekim gerçekten böyle bir politik irade olsaydı, on binlerce davanın görülme yerini etkileyecek olan böyle bir politik kararın kamu oyunda paylaşılması, Adalet Bakanlığının ve HSYK'nın bu değişiklik karşısında tüketici hakimlerini arttırması, yeni sistemin işleyişi konusunda önceden bilgilendirmelerde bulunması, muhtemel görevsizlik kararları karşısında etkilenmesi söz konusu binlerce davanın uzamaması için önlemler alması gerekirdi.¹¹⁵ Ayrıca gerçekten böyle bir sistemi amaçlayan kanun koyucunun, tüketici mahkemelerinin basit yargılama usulü ile görülen yargılama sistemini de değiştirmesi gerekirdi. Kaldı ki yine böyle bir sistem amaçlansaydı bu değişikliğin TKHK'da değil HMK'da yapılması gerekirdi. Görev ile ilgili mevcut özel hukuk uyuşmazlıklarının çok büyük bir kısmını ilgilendiren bu kadar önemli bir yargı sistemi değişikliği, özel kanunla değil ancak bu konunun düzenlendiği esas yer olan HMK'da yapılabilirdi. Özel kanun sadece kendi kapsamına giren konuları düzenleyebilir, diğer kanunlara sadece bu özel konularla ilgili olduğu ölçüde başvurabilir. Eğer tüm sözleşmeleri kapsayacak şekilde tüketici işlemi tanımları yapılıyor ve hepsi için sözleşme özgürlüğüne müdahale amaçlanıyordu ise, bu düzenlemelerin genel kanunlarda yapılması gerekirdi. Ancak kanaatimizce kanun koyucunun tüketici işlemi tanımını genişletirken amacı, daha önce görülmemiş yepyeni, *tüm özel hukuk sistemini*

115 Tüketici mahkemelerinin görev alanını bu derecede kapsamlı bir şekilde değiştiren kanun koyucunun, uyuşmazlık çözüm usulünü de kapsamlı bir revizyona tabi tutması gerektiği, yeni kanunun mevcut eksik ve aksak yapıyı muhafaza ettiği, artık asliye mahkemelerinin yerine tüketici mahkemelerinin geçmekte olduğu, buna rağmen tüketici mahkemelerinin uyuşmazlık çözme kalitesini artırma kaygısının taşınmadığı ifade edilmektedir (bkz., Erişir, s. 43 vd., 44).

ve yargı sistemini kökten değiştirecek bir sistem getirmek değil tüketiciyi gerçekten koruyan, tüketici hukukuna özgü kuralları getirmek ve aynı zamanda Avrupa Birliği Yönergelerini Türk hukukuna aktarmaktır.

Şu halde, ne amaçsal ne tarihi ne de sistematik yorum lafzi yorumu desteklemektedir. Dolayısıyla lafzi yorum ile elde edilenin, amaçsal, tarihi ve sistematik yorumun verileri ışığında sınırlandırılması zorunluluğu bulunmaktadır. O sınırlandırma ise, *TKHK'un uygulama alanını, sadece TKHK'da hukuki sonuçları ile düzenlenen konularla sınırlandırmak* ile gerçekleşir. TKHK'da hukuki sonuçlarıyla düzenlenmeyen konularda tüketici mahkemeleri görevli olmamalıdır.

Normun amaçlandığı alana ilişkin sınırlandırmaların yapılması, daraltıcı yorumla olduğu gibi örtülü boşluk doldurma yöntemi olan *amaca uygun sınırlama (indirgeme) (teleologische Reduktion)* ile de gerçekleşebilir.¹¹⁶ Her ikisi arasındaki fark her zaman kolaylıkla belir-

116 Bkz., Kırcı, Çiğdem: Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD 2001, s. 91 vd. “Örtülü (gizli veya istisnai) boşluk, kanunun çok geniş kapsamlı, gerekli istisnalara yer vermemiş olan kelime anlamının, kanunun amacı ve negatif eşitlik ilkesi (eşit olmayana eşit şekilde davranmama) esas alındığında bir sınırlandırmayı gerektirmesi durumunda ortaya çıkan boşluktur. Örtülü boşluk durumunda, kanunda somut olaya uygulanması mümkün bir kuralın açıkça düzenlenmiş olduğu görülmektedir, ancak kanunun amacı ve ruhu esas alındığında, düzenleme somut olaya uygun değildir. Çünkü kanun, söz konusu olayların değerlendirmesinde önem taşıyan bazı özellikleri dikkate almamıştır. Kanunun lafzı çok geniş olup, tüm daraltıcı yorum çabalarına rağmen, somut olayın istisnai özelliklerine uymamakta, adalete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Bu durumda boşluk görünürde bir kanun hükmü olmasına rağmen, kanunun amacı ve negatif eşitlik ilkesi esas alındığında düzenlenmesi gereken bir nokta olarak ortaya çıkan, bir sınırlama eksikliğinden doğan boşluktur. İlk bakışta bir düzenleme varmış gibi görünmesinden dolayı bu boşluk örtülüdür (gizlidir)”... “Amaca uygun sınırlama (teleologische Reduktion veya Restriktion), kanunun amacı ile karşılaştırıldığında çok geniş kapsamlı, farklılaştırılmamış kelime anlamının, yorum yoluyla elde edilmiş düzenleme amacının (ratio legis'in) gerektirdiği uygulama alanına indirgenmesi veya bu alanla sınırlandırılmasıdır. Böylece normun uygulanma alanı kimi zaman sınırlı normun eklenmesi, kimi zaman da ke-

lenemeyebilir.¹¹⁷ Bununla birlikte yorum kelimelerin mümkün anlamı olarak tanımladığında ve sözel yoruma göre normun uygulama alanına girdiği konusunda belirsizlik olmayan unsurların amaç dikkate alınarak normun uygulama alanının dışına çıkarılması, *amaca uygun sınırlama* olarak ifade edilir.¹¹⁸ Burada normun sözü amaçlandığının dışında o kadar geniş tutulmuştur ki, amacıyla bağdaşmamakta; amaçlanmamış olmakla birlikte uygulanması kabul edilemeyecek sonuçlara yol açmaktadır. İşte bu durumda da hâkim TMK m. 1/2'de ifadesini bulan

lime anlamının geniş olanı yerine dar olanının kabul edilmesi ile daraltılmaktadır". ... "Gerçek boşluklarda kıyasa esas alınan normun uygulanması, bu normun kelime anlamı somut olaya uygun olmasa da kabul edilir. Örtülü boşluklarda ise, olaya açıkça uygun görünen normun uygulanması reddedilmektedir. Her iki durumda da esas alınan kanunun amacıdır (ratio legis)" ... "Oysa amaçsal yorum metodu temelinde her iki boşluğun doldurulması pozitif hukuk açısından hukuka uygundur. ... Amaca uygun sınırlandırma ise, adaletin bir gereği olan negatif eşitlik, yani eşit olmayana eşit olmayan bir şekilde davranma ilkesinin bir sonucudur. Bu da değerlendirme ile ortaya çıkan farklılıkları göz önünde bulundurmaya gerektirir. Negatif eşitlik ilkesi, ya sınırlanması gereken normun amacından veya bir diğer normun başka şekilde gerçekleşmesi mümkün olmayan öncelikli amacından, ya da "eşyanın tabiatından" veya belli bir olay grubu için öncelik taşıyan kanunda yer bulan bir ilke dolayısıyla ortaya çıkar."

117 "Örtülü boşlukların doldurulması ile daraltıcı yorum arasındaki sınır kesin değildir, birbirinin içine girmiştir. Çünkü bir unsurun bir normun kelime anlamının kapsamına girip girmeyeceğinin açıkça belirlenmesi her zaman mümkün değildir. Somut olayda daraltıcı yorumun mu, yoksa amaca uygun sınırlamanın mı söz konusu olduğu şüpheli olabilir. Uygulamada aslında amaca uygun sınırlamanın bulunduğu birçok yerde, daraltıcı yorumdan bahsedildiği görülmektedir. Zira uygulayıcılar yorum yaptıklarında kanuna bağlı oldukları intibamı yarıttıkları düşüncesindedirler." Kırca, Örtülü Boşluk, s. 108.

118 "Örtülü boşlukların doldurulması ile daraltıcı yorum aynı şeyler değildir. Çünkü daraltıcı yorum, kanundaki kelimelerden çıkarılabilecek anlam (kelimelerin mümkün olan anlamı) ile sınırlıdır. Daraltıcı yorumda, bir normun kelime anlamının kapsamına girip girmeyeceği belli olmayan seçenekler, kapsama dahil edilmeyip, düzenlemenin geçerliliği kelime anlamının çekirdek alanı ile sınırlanır. Oysa örtülü boşlukların amaca uygun sınırlama ile doldurulmasında, söz konusu normun kavram kapsamına gireceği açık olan seçenekler kapsama dahil edilmez, çünkü onlar amaca dahil değildir." Kırca, Örtülü Boşluk, s. 107, 108.

hukuk yaratma yetkisini kullanarak, normu amacına uygun uygulama alanına indirgeyebilmektedir. Örtülü boşluk doldurma yöntemi olarak nitelendirilen bu yöntem, açık boşlukları doldurma kadar hukuka uygun ve hâkimin görev alanına giren bir konudur.¹¹⁹

Sonuç

Tüketicinin korunmasına ilişkin sözleşme özgürlüğünü sınırlayan kuralların tek bir Kanunda düzenlenmesi, Türkiye'nin Avrupa Birliğine girmek için mevzuatını uyumlaştırması zorunluluğu sonucu ortaya çıkmıştır. Bunun bir an önce gerçekleşmesi için, Avrupa Birliği Yönergelerinin her biri ayrı bir kanun olarak çıkarılması ya da özel hukuku ilgilendiren normların Türk Borçlar Kanunu'nda veya Türk Ticaret Kanunu'nda ilgili yerlere özel maddeler şeklinde eklenmesi yöntemi değil, Yönergelerin asıl sorumluluk maddelerinin TKHK'da düzenlenip, ayrıntılarının yönetmeliklerle belirlenmesi yöntemi tercih edilmiştir. 4077 sayılı TKHK'un 1995 yılında çıkarılmasının, daha sonraki yıllarda değiştirilmesinin, 6502 sayılı şimdiki TKHK'un kabul edilmesinin amacı, tüketicilerin korunma ihtiyacı tespit edilen konularda özel ve istisnai düzenlemeleri bir araya getirmek yanında Avrupa Birliği tüketici yönergelerini Türk hukukuna aktarmaktır.

Tüketici hukuku, rekabetin gereği gibi işlemediği piyasalarda, piyasa aksaklığı sebebiyle özellikle sözleşmenin taraflarından birinin yeterince bilgi sahibi olamadığı için sözleşme özgürlüğünü hiç veya yeterince kullanamadığı durumlarda, bu özgürlüğün sağlanması amacıyla özel düzenlemelerle sözleşmelere müdahale etmektedir (duruma göre koruma modeli). Taraflardan birinin yeterince bilgi sahibi olduğu takdirde korunmaya ihtiyacı bulunup bulunmadığının her somut olayda araştırılmaması için, tüketici ve satıcı/sağlayıcı gibi adresler oluştu-

119 "Ancak amaca uygun sınırlama da kanunun gerçek amacına yönelmiş olduğu ve bu amacın gerektirdiği sınırlara dikkat ettiği için amaca uygun yorum kadar kanuna bağlıdır. Burada kanuna aykırı bir hukuk yaratma (Rechtsfindung contra legem) söz konusu değildir, çünkü kanunun değerlerinin sınırları içerisinde kalmaktadır." Kırca, Örtülü Boşluk, s. 109, 101.

rulmuştur. Sadece özel olarak müdahale edilen durumlarda, tüketici ve satıcı/sağlayıcının kim olduğunun belirlenmesi için bu tanımlara başvurulur. Tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasındaki tüm hukuki işlemlerde tüketicinin zayıf konumda olduğu şeklindeki bir ilke bulunmamaktadır. Toplumdaki herkesin tüketici olduğu düşünüldüğünde, herkesin zayıf olduğu bir toplum anlayışından hareket edilemez.

Avrupa Birliği hukuku bir taraftan ortak pazarda malların ve hizmetlerin serbestçe dolaşımını sağlamak, diğer taraftan da üye ülkelerin hukuk sistemlerini uyumlaştırmak amacını taşımaktadır. Minimum uyumu amaçlayan yönergelerde, üye ülkelere tüketiciler için yönergenin belirlediği seviyenin üstünde koruma sağlama olanağı kabul edilmektedir. Ancak tüketici lehine getirilen bu daha fazla koruma, ortak pazara ilişkin ilkelere aykırılık oluşturmamalıdır. Avrupa Birliği tüketici yönergeleri, sözleşmeler hukuku alanında üye ülkelerin iç hukuk sistemlerine aktarması gereken bazı istisnai düzenlemeler getirmektedir. Yönergelerin kapsamına hangi durumların girdiği açık ve ayrıntılı bir şekilde belirtilmektedir. Tüm tüketici işlemlerinde tüketicilerin korunacağına ilişkin bir model, Avrupa Birliği hukukunda bulunmamaktadır.

Yorum, normun hukuki açıdan değer taşıyan anlamını bulmaktır. Normun amacı, işlevi ve arkasında yatan menfaat veya değerlendirme kararı sorgulanmadan, hukuk sistemi içerisindeki yeri araştırılmadan, sadece söze bağlı yorum hiçbir şekilde yeterli değildir. Kanun koyucuların genellemeler dolayısıyla yaptıkları hataları düzeltme görevi, uygulayıcılardadır. Onlarca yönergenin her biri ayrı kanun olabilecek farklı farklı hükümlerinin, ilgili yerlere istisnai kurallar getirmek veya ayrı kanunlar altında düzenlemek yerine, tek bir kanun çatısı altında toplanması ve her bir ayrı konu için ortak tanım verme çabası yüzünden meydana gelen yanlışlıklar, sadece lafza bağlı kalınarak uygulanamaz. Yorum yapılırken, TKHK'un sözleşmeler hukuku sisteminden ayrılan istisnai kuralların bir araya getirildiği bir kanun olduğu dikkate alınmalıdır. TKHK, sözleşme özgürlüğüne müdahale eden bir Kanundur. Sözleşme özgürlüğüne müdahale, sadece hukuki

olgu ve sonuç unsurları ile kanun koyucunun iradesini açıkça ifade ettiği durumlarda ve Anayasa'ya aykırı olmadığı ölçüde geçerlidir. Hukuki sonuçları açıkça düzenlenmeden sadece tüketici işlemi tanımı yapılarak, tüm tüketici işlemlerinin TKHK'un kapsamına alınması suretiyle gerçekleşen bir müdahale, sözleşme özgürlüğünü ölçsüz şekilde sınırlandıracağından Anayasa'ya aykırıdır. Her tüketici işleminin tarafı olmak, tüketicinin başlı başına korunmasını ve bu işlemlerin TKHK'un kapsamına alınmasını gerektirmez. TKHK ile tüketicilerin korunmanın kabul edilmesi için, TKHK'da şartları ve sonuçları düzenlenen konulardaki tüketici işlemlerinin tarafı olmak gerekir.

Türk özel hukukunda emredici hükümlerle müdahalenin gerektiği kabul edilen birçok sözleşmede örneğin, konut kirasında, hizmet sözleşmesinde, taşıma sözleşmelerinde, dağıtım ve enerji sektörüne ilişkin sözleşmelerde vb. müdahaleler, yapılmaktadır. Tüm bu konular, özel normlar ile ilgili kanunlarında, ancak herkes için düzenlenmektedir. TKHK, hukuki olgu ve sonuç unsurlarıyla ayrıca doğrudan bu konularda özel bir norm getirilmeden genel tanım maddeleriyle veya satış dışındaki bütün sözleşmeleri kapsayacak şekilde kaleme alınmış "hizmet ayıbına" ilişkin maddeleriyle, bu özel normları zımnen ilga edemez. Böyle bir durum, TKHK'un AB tüketici yönergelerini Türk hukukuna aktarma amacına aykırı olduğu gibi, tüm bu sözleşmeler için kanun koyucunun daha önce yapmış olduğu özel düzenlemelerin dikkate alınmaması anlamına gelir.

TKHK'da farklı farklı düzenlemelerin ortak olduğu düşünülen (aslında çoğu zaman olmayan) kavramları, kanun yapma tekniği açısından her bir farklı konuyu kapsayacak şekilde tek bir geniş (torba) tanıtımda bir araya getiriliyorsa, bu kavram her bir farklı konuyu düzenleyen normlara, bu normun özelliğine ve konulma amacına uygun olarak daraltılarak yorumlanıp uygulanmalıdır. Aksi takdirde sadece söze göre genişletici yorum, bir taraftan mantıksız ve anlamsız sonuçlara yol açabileceği gibi, diğer taraftan Türk özel hukuku sisteminin önemli kurallarının yapılan bu genellemeler nedeniyle, altında haklı bir sebep olmaksızın, özensizce ortadan kaldırılmasına sebebiyet ve-

rebilir. Hizmet ayıbına ilişkin düzenlemelerdeki hizmet ifadesi, tüm yorum unsurları özellikle Anayasa'ya uygun yorum dikkate alınarak yorumlandığında, sadece imal edildikten sonra taşınır maddi bir malın verilmesinin üstlenildiği eser sözleşmelerini ve bir malın verilmesi ile birlikte onun montajının yapılması gibi iş görme borcunun yan edim yükümü olarak üstlenildiği veya karma sözleşme olarak nitelendirilen sözleşmeleri kapsar.

Türk kanun koyucusu, bazı konularda Avrupa Birliği yönergelerinden ayrılrsa bile, başından itibaren TKHK' u Avrupa Birliğine uyum amacıyla kabul ettiğini açıkça ifade etmektedir. Gerekçelerinde TKHK'un çıkarılmasının, değiştirilmesinin ve yeniden kaleme alınıp kabul edilmesinin altında yatan esas amacın Avrupa Birliği Yönergelerine tam uyum olduğu sık sık ve ayrıntılı bir şekilde belirtilmekte, tekrarlanmaktadır. Gerçekten de bir taraftan AB ile uyum için gerekli mevzuat çıkarılırken, diğer taraftan da tüketicinin korunmasının gerektiği konularda yapılan müdahaleler, rekabetin gereği gibi işlemediği piyasalarda sözleşme özgürlüğünü kullanamayan tüketiciler açısından çok önemli bir koruma sağlamıştır. Ne var ki Yargıtay'ın özellikle eser sözleşmelerini kanunun kapsamına almayan içtihatları ile mutlak ticari davaya ilişkin içtihatlarıyla TKHK'da düzenlenen ve tüketici hukukunun asıl konularını oluşturan, ayıplı mal ve tüketici kredilerine ilişkin davaların tüketici mahkemelerinde görülmesinin reddedilmesi, kanun koyucuyu bütün sözleşme tiplerini tek tek sayarak geniş bir tüketici tanımı (m. 3/1) ve tüketici işlemleri ile ilgili uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde görüleceğine ilişkin ayrıca bir düzenleme (m. 73/1) yapmaya sevk etmiştir. Ne var ki bu düzenleme ile kanun koyucu, amacını aşmıştır. Kanunun sözü dikkate alındığında, TKHK'da düzenlensin düzenlenmesin tüm tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinde görüleceği gibi bir sonuç ortaya çıkmıştır. Böyle bir sonuç, bir taraftan tüm tüketici işlemlerinde TKHK'un uygulanması ihtimalini doğurabilir. Oysa, bütün tüketici işlemlerinde sözleşme özgürlüğüne müdahale, Anayasa'ya aykırıdır. Diğer taraftan bu durum sözleşmeler hukukunu ilgilendiren

bütün davaların, sadece tüketici işlemlerine ilişkin olsa bile, amaçlanmamış olduğu halde tüketicilerin haklarına çabuk kavuşması için organize edilmiş tüketici mahkemelerinde görülmesine neden olur. Dolayısıyla özel hukuka ilişkin bütün yargılama sistemi amaçlanmamış olduğu halde değiştirilmiş olur. Bu durumda bir sistem değişikliği söz konusudur. Artık sadece belli özel birkaç tüketici işleminden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmek için yapılandırılmış olan tüketici mahkemeleri, asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri olarak görev yapma konumundadır. Böyle bir sistem değişikliği ancak genel bir Kanun olan HMK'da yapılabilir. HMK'da yapılması gereken bir değişikliğin, amacını aşmış lafza dayanarak TKHK'da yapıldığı kabul edilip tüm yargı sistemi değiştirilemez. Eğer kanun koyucu böyle bir değişiklik amaçlasaydı bunu henüz iki yıl önce kabul edilen HMK'da yapması gerekirdi. Ancak yapmamıştır. Kanun koyucu uygulamadaki mevcut yorumları düzeltmek; eser sözleşmelerinden ve tüketici kredilerinden, genel işlem koşullardan doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerinin görevli olmasını istemektedir. Genel işlem koşullarından kaynaklanan uyuşmazlıklar her sözleşme tipi için geçerlidir; bu uyuşmazlıkların da mutlak ticari dava olarak nitelendirilmemesi için tüketici işlemi tanımı her sözleşmeyi kapsayacak şekilde yapılmıştır. Uygulayıcıların lafza bağlı kalarak tüm tüketici işlemlerinde tüketici mahkemelerini görevli saymaları, kanun koyucunun amaçlamadığı bir sistem değişikliğini yapmaları anlamına gelir. Bu durum özel yargı sistemini başlı başına etkileyeceği gibi, özel hukuk sisteminin şimdiye kadar yerleşmiş uygulamalarının alt üst edilmesine, TKHK'da özel bir norm olmamasına rağmen TKHK'u uygulamaya çalışan yorumlar sonucunda, özel hukukun öngörülemeyen şekilde değiştirilmesine, meydana gelebilecek olası yorum farklılıklarıyla hukuki güvenilirliğin ağır bir şekilde ihlaline, aynı hükümlerin haklı bir sebep olmaksızın tüketici işlemleri için farklı, diğer işlemler için farklı uygulanmasına sebebiyet verebilir. Üstelik bu sistem değişikliği, görülecek davalarından harç alınmaması dışında tüketiciyi korumamaktadır. Çünkü böyle bir sistemde, asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemesi olarak görev yapma durumunda olan tüketici mahkemelerinin ne uzman mahkeme

olduğu sözlenebilir ne de bu mahkemelerde davaların çabuk görülmesi mümkündür.

Tüm bu sebeplerle normun sözünün, amaca uygun sınırlandırılması gerekir. O sınırlandırma ise, TKHK m. 73/1'in uygulama alanını, sadece TKHK'da düzenlenmesi amaçlanan ve hukuki sonuçları ile düzenlenen konularla sınırlandırmak ile gerçekleşir. TKHK'da hukuki sonuçlarıyla düzenlenmeyen konularda tüketici mahkemeleri görevli olmamalıdır.

KAYNAKÇA

Aksoy, Sami: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi, BATİDER 2015, s. 305 vd.

Atamer, Yeşim: Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001.

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

Atamer, Yeşim: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATHAE, Ankara 2012, s. 9 vd.

Aydın, Ramazan: Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m. 5), ERÜHFD 2016.

Beate Gsell: Verbraucherrealitäten und Verbraucherrecht im Wandel, JZ 2012, s. 809 vd.

Belgesay, Mustafa Reşit: İhtisas Mahkemeleri ile Mahkemeler Arasındaki Vazife İhtilafları, İÜHFM, 1943/1-2, s. 249 vd.

Bydlinky, Franz: Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 2004, s. 309 vd.

Can, Mertol: CMR ve Alman Ticaret Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, C. 1, Ankara 2017.

Canaris, Claus-Wilhelm: Wandlungen des Schuldvertragsrechts, Tendenzen zu seiner “Materialisierung”, AcP 2000, s. 273 vd.

Dauner-Lieb, Barbara: Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher?, Berlin 1983.

Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1987.

Eidenmüller, Horst: Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderung durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, s. 216 vd.

Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann: Revision des Verbraucher-acquis, Tübingen 2011.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2015.

Erişir, Evrim: Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Usulü, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Der. M. İnceoğlu, İstanbul 2015.

Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Auf., Band I, Zürich 2014.

Gökyayla, Emre: TKHK ve TBK Hükümleri Çerçevesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TKHK ve Uygulamasındaki Sorunlar, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, (Ed., Hamamcıoğlu, Uzun Kazmacı vdig.), Ankara 2016, s. 21 vd.

Grabitz, Eberhard/Hilf, Mainhard/Nettesheim, Martin: Das Recht der Europäischen Union, Band IV, Sekundärrecht, A. Verbraucher- und Datenschutzrecht, Herausgg. Manfred Wolf, Bearbeitet Ulrich Magnus, Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und Rates zu bestimmten Aspektendes Verbrauchergüterkaufs und Garantien für Verbraucher (Art. 1- Art. 14), 40. Ergänzungslieferung, München 2009, (Grabitz/Hilf-(Magnus)).

Gümüş, Mustafa Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Şerhi, İstanbul 2014.

Havutçu, Ayşe: Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.

Havutçu, Ayşe: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı, Terazi Aylık Hukuk Dergisi (Özel Sayı) Kasım 2014, (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Sempozyumu), (Ed. Ayşe Havutçu), s. 8 vd.

Höhn, Günther: Zum persönlichen Anwendungsbereich von Verbraucherverträgen, Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, Köln 1987, s. 79 vd.

İşıқтаç, Yasemin/Metin, Sevtap: Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2003.

İnceoğlu, Murat: Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (Der. İnceoğlu), İstanbul 2015, s. 153 vd.

Kahveci, Nalan: Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara 2014.

Kara, İlhan: Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku Ankara 2015.

Kırca, Çiğdem: “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama” (Teleologische Reduktion), (AÜHFD 2001), s. 91 vd.

Kırca, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.

Kırca, Çiğdem: Kaldırılması Gereken Bir Ayırım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayırımı, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 433 vd.

Kırca, Çiğdem: Kanunların Yorumunda Yorum Yöntemleri, Ankara Hukuk Toplantıları, Norm Koyma Hüküm Verme, Ankara 2011.

Kırca, Çiğdem: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Göre Ayıplı Mal, Tüketici Hukuku Konferansı, (Ed. Hüseyin Can Aksoy), Ankara 2016.

Kırca, Çiğdem: Genel İşlem Koşulları ile Kararlaştırılan Ceza Koşulunun İçerik Denetimi, Çankaya Üniversitesi Evrensel İlkeler Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, 10-11 Haziran 2016, (Ed., Badur/Başara) Ankara 2016, s. 119 vd.

Kötz, Hein: Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003.

Kramer, Ernst A.: Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., Bern 2013.

Kramer, Ernst A./Probst, Thomas/Perrig, Roman: Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016.

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1995.

Meier-Hayoz, Arthur: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Artikel 1 ZGB, Seperatabzug aus dem Einleitungsband des Berner Kommentars umfassend die Artikel 1-10 und herausgegeben zur Feier des 50 jährigen Bestehen des ZGB im Januar 1962, Bern, Nachdruck 1966.

Micklitz/Purnhagen, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2015.

Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 20. bası, İstanbul 2014.

Reich, Norbert: Markt Und Recht: Theorie U. Praxis D. Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Darmstadt 1977.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2013, s. 24 vd.

Önen, Ergun: “Türk Hukukunda Tüketicinin Korunmasına İlişkin Usuli Düzenlemeler”, (İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2004), s. 105 vd.

Öz, Turgut: Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanmasında Borçlar Kanunu Hükümlerinin Yeri ve Rolü, Tüketici Hukuku Konferansı, Ed. Hüseyin Can Aksoy, Ankara 2016, s. 175 vd.

Öz, Turgut: İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, C.2, İstanbul 2016, s. 203 vd.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed: Medeni Usul Hukuku, 14. bası, Ankara 2013.

Reich, Norbert/Micklitz, Hans W. Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Eine Studie im Auftrage der EG Kommission New York 1980.

Reppen, Tilman: Kein Abschied von der Privatautonomie, Die Funktion zwingenden Rechts in der Verbrauchergüterkaufrichtlinie, München 2001.

Sanlı, Kerem Cem: Hukuk ve Ekonomi Perspektivinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2015.

Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Hamburg 2005.

Serozan, Rona: Hukukta Yöntem, İstanbul 2015.

Sirmen, Lâle A.: Tüketici Hukukunda Taşınmazlarla İlgili Sözleşmeler Bakımından Cayma Hakkı ve Değişken Faize İlişkin Sorunlar, Tüketici Hukuku Konferansı, Ed. Hüseyin Can Aksoy, Ankara 2016.

Sirmen, Lâle A.: Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Kavramı, Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku, Sempozyum Kitabı, Ed. Erhan Temel, Ankara 2015.

Sirmen, Lâle A.: “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, Aydın Zevkliler’e Armağan, (Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı), Vol 8, 2013 s. 2465 vd.

Sirmen, Lâle A.: Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATHAE, Ankara 2012, s. 109 vd.

Şahan, Havva Gül: Kuruluşu, İşlevleri ve İşleyişi Bakımından Medeni Yargılama Hukukunda Özel Görevli Mahkemeler (Uzmanlık Mahkemeleri), Ankara 2012.

Tamm, Marina/Tonner, Klaus: Verbraucherrecht, Kommentar, 2. Auf. 2016.

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

Tanrıver, Süha: Madencilik Alanında Bir İhtisas Mahkemesinin Oluşturulmasının Gerek Olup Olmadığı Üzerine Bazı Düşünceler, Ankara Barosu Dergisi, 2010/4, s. 199-207, Makalelerim III, Ankara 2016, s. 22 vd.

Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine, AÜHFD 2000/1, s. 76 vd.

Taşpınar, Sema: Yargı Örgütü Konusunda Gelişmeler, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 03-07 Ocak 2006, s. 247 vd.

Tokbaş, Hakan: TKHK ve Uygulamasındaki Sorunlar, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, (Ed., Hamamcıoğlu, Uzun Kazmacı vdig.), Ankara 2016, s. 33 vd.

Uzunallı, Sevilay: Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi, İÜHFM 2013, C. LXXI, S. 2, s. 383 vd.

v. Vogel, Alexander: Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht: Fragen der Kohärenz in Europa, Berlin 2006.

Yeniocak, Umut: Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları Açısından Arsa Payı Karşılığın İnşaat Sözleşmesi, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, C.2, İstanbul 2016, s. 135 vd.

Zevkliler, Aydın/Özer, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.

ZK (Zürcher Kommentar)-Dürr, David: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, 1. Teilband, Art. 1-7, Zürich 1998.