

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA
KANUN'UN 48. MADDESİ KAPSAMINDA MESAFELİ
SÖZLEŞMELERDE İFA

Betül TANÇAĞI ÇETİN

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi İlknur SERDAR

İZMİR - 2019

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum **“6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48. Maddesi Kapsamında Mesafeli Sözleşmelerde İfa”** adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

....../....../2019

Betül TANÇAĞI ÇETİN

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48. Maddesi

Kapsamında Mesafeli Sözleşmelerde İfa

Betül TANÇAĞI ÇETİN

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte mesafeli sözleşmeler her geçen gün daha çok tüketici tarafından tercih edilmektedir. Bu durumun en önemli nedeni tüketicilerin daha az zaman ve emek harcayarak istedikleri mala ya da hizmete mesafeli sözleşmeler ile ulaşabilmeleridir.

Mesafeli sözleşmeler uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla kurulmaktadır. Tarafların eş zamanlı şekilde fiziken karşı karşıya olmamaları nedeniyle bu sözleşmelerde edimlerin ifası özellik arz etmektedir. Öyle ki satıcılar, sözleşme konusu malı teslim edebilmek için çoğu zaman üçüncü bir kişinin, uygulamada kargo şirketlerinin, yardımını almakta; tüketiciler ise borçlarını çeşitli ödeme yollarıyla ifa etmektedir.

Kanun koyucu çoğu zaman sözleşmenin kurulması sırasında ödemede bulunan tüketiciyi korumak için mesafeli sözleşmede satıcı veya sağlayıcılar açısından ifa zamanını ayrıca düzenlemiş, mal satışları için azami bir süre öngörmüş ve hatta 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da satıcı ve sağlayıcılar için öngörülmüş olan azami on günlük ifayı uzatma süresini kaldırmıştır.

Bunun yanı sıra Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği ile satıcı veya sağlayıcının borçlunun temerrüdüne düşmesi durumunda tüketiciye sözleşmeden dönme hakkının açıkça tanınması ve hasar ve zarardan sorumluluğun kural

olarak satıcıya yüklenmesi de satıcı ve sağlayıcıya nazaran zayıf konumda bulunan tüketici açısından olumlu düzenlemelerdir.

Anahtar Kelimeler: Mesafeli Sözleşme, İfa.



ABSTRACT

Master's Thesis

**Performance on Distance Contracts Within the Context of 48th Clause of The
Law on the Protection of Consumer no 6502.**

Betül TANÇAĞI ÇETİN

Dokuz Eylul University

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

With developments in technology consumers tend to prefer distance contracts more and more every passing day. One of the largest reasons for this is the fact that consumers can reach the goods or services they desire by investing less time and effort with distance contracts.

Distance contracts are established by means of remote communication. As the parties do not physically and simultaneously come face to face, performance of actions under these contracts become critical. As a matter of fact, most of the time the seller relies on assistance of a third party, mostly cargo companies in practice, to deliver the goods subject to the contract, and the buyer fulfils their payment obligations by various means of payment.

The lawmakers separately regulate the time of performance, specifying a maximum period of time for sale of goods for the seller or supplier under distance contracts in order to protect the consumer making payment under a distance contract. As a matter of fact, the maximum ten days of extension of term of performance specified for sellers and suppliers under Consumer Protection Law numbered 4077 was abolished under Consumer Protection Law numbered 6502.

In addition, the Regulations on Distance Contracts include provisions positive in regard of the consumer who occupies a weaker position in

comparison to the seller and the supplier, by specifying that in case the seller or the supplier falls into default on their obligations, the consumer is explicitly entitled to cancel the contract and as a rule the liability for any damage will be charged to the seller's account.

Keywords: Distance Contract, Performance.



**6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN 48.
MADDESİ KAPSAMINDA MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE İFA**

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MESAFELİ SÖZLEŞME VE İFA KAVRAMI İLE İFANIN UNSURLARI

I. KAVRAMLAR	3
A. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 48 Uyarınca Mesafeli Sözleşme Kavramı	3
1. Mesafeli Sözleşme Kavramının Benzer Kavramlardan Farkı	5
2. Mesafeli Sözleşmenin Kapsamı	7
3. Mesafeli Sözleşmenin Hukuki Niteliği	8
4. Mesafeli Sözleşmenin Tarihçesi	9
a. Uluslararası Düzenlemeler	9
b. Ulusal Düzenlemeler	10
B. İfa Kavramı	11
1. İfanın Hukuki Niteliği	14
II. İFANIN UNSURLARI	14

A. İfanın Konusu	14
1. Mal	15
a. Taşınır Mallar	16
b. Taşınmaz Mallar	16
c. Gayri Maddi Mallar (Dijital içerik)	17
2. Hizmet	18
3. Aliud	20
4. İfa İkamesi	24
a. Seçimlik Yetki	25
b. İfa Yerine Edim	26
c. İfa Uğruna Edim	29
B. İfanın Tarafları	31
1. Satıcı veya Sağlayıcı Açısından Edimin İfası	32
a. İfada Bulunacak Kişi	32
(1) Satıcı ve Sağlayıcı Kavramı	32
(2) Aracılık Edenler Kavramı	34
(3) Taşıyıcı	41
b. İfa Yapılacak Kişi	55
2. Tüketici Açısından Edimin İfası	57
a. İfada Bulunacak Kişi	57
(1) Tüketici Kavramı	57
b. İfa Yapılacak Kişi	60
C. İfa Yeri	61
1. Genel Olarak	61
2. Mesafeli Sözleşmelerde İfa Yeri	62
a)Malın Teslimi Açısından İfa Yeri	63
b)Hizmetin İfası Açısından İfa Yeri	65
c)Para Borcu Açısından İfa Yeri	68
Ç. İfa Zamanı	70
1. Genel Olarak	70
2. Mesafeli Sözleşmelerde İfa Zamanı	71
a)Satıcı Açısından İfa Zamanı	72

b)Sağlayıcı Açısından İfa Zamanı	74
c)Tüketici Açısından İfa Zamanı	74

İKİNCİ BÖLÜM

İFANIN YAPILMASI

I. PARÇA BORCUNDA SATICININ İFASI	80
II. CİNS (ÇEŞİT, TÜR, NEVİ) BORCUNDA SATICININ İFASI	84
III. HİZMET BORCUNUN İFASI	87
IV. SEÇİMLİK BORÇLARDA İFA	89
A. Seçim Hakkı	92
B. Seçim Hakkını Kullanan Kişi	93
V. PARA BORCUNUN İFASI	94
A. Ülke Parası İle Ödenmesi	99
B. Kredi Kartı İle Ödeme	101
C. Peşin Ödeme	109
Ç. Taksitle Ödeme	110
D. Havale ve EFT Yoluyla Mobil Online Ödeme	114
VI. FAİZ BORCUNUN İFASI	115
VII. ÖDEMEZLİK DEF'İ	116
VII. İFANIN İSPATI	119

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İFANIN YAPILMASININ HUKUKİ SONUÇLARI, İFANIN YAPILMAMASI VE İFANIN YAPILMAMASININ SONUÇLARI

I. İFANIN HUKUKİ SONUÇLARI	121
A. Borcun Sona Ermesi	121

B. Cayma Süresinin Başlaması	122
C. Cayma Hakkının Ortadan Kalkması	124
Ç. Satıcı ve Sağlayıcının Ayıpsızlığa İlişkin İspat Yükü	124
II. İFANIN YAPILMAMASI	126
A. Hiç İfada Bulunulmaması	126
1. Kusurlu Sonraki İmkansızlık	128
2. Kusursuz Sonraki İmkansızlık	129
B. İfanın Gereği Gibi Yapılmaması	130
1. Kötü İfa	131
2. Yan Yükümlülüklerin İhlali	132
3. İfanın Zamanında Yapılmaması (Temerrüt)	135
a. Borçlunun Temerrüdü	136
b. Alacaklının Temerrüdü	139
III. İFANIN YAPILMAMASININ SONUÇLARI	142
A. İfanın Hiç Yapılmamasının Sonuçları	142
1. Aynen İfa Talebi	143
2. Tazminat Talebi	144
3. Sonraki Kusursuz İmkansızlıkta İade Borcu	145
B. Temerrüdün Sonuçları	147
1. Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları	148
a. Borçlunun Temerrüdünün Genel Sonuçları	148
(1) Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı	149
(2) Beklenmeyen Halden Sorumluluk	151
b. Borçlunun Temerrüdünün Özel Sonuçları	153
(1) Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde	
Temerrüdün Sonuçları	153
(2) Para Borçlarında Temerrüdün Sonuçları	160
2. Alacaklının Temerrüdünün Sonuçları	164
a. Alacaklının Temerrüdüne Bağlanan Genel Sonuçlar	
(Borçlunun Sorumluluğunu Hafifleten Sonuçlar)	165
b. Borçlunun Sorumluluktan Kurtulmasını Sağlayan Sonuçlar	166
(1) Tevdii Hakkı	166

(2) Sattırma ve Bedeli Tevdii Hakkı	168
(3) Sözleşmeden Dönme	170
SONUÇ	172
KAYNAKÇA	175



KISALTMALAR

BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BK	818 Sayılı Borçlar Kanunu
BKKKK	5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CMR	Convention Relative Au Contrat De Transport International De Marchandises Par Route/ Convention On The Contract For The International Carriage Of Goods By Roads/ Karayolu İle Yapılan Milletlerarası Eşya Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Konvansiyon
ETDHK	Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun
ETKHK	Eski (4077 Sayılı) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
HSY	Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik
m.	Madde
MSY	Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği
R.G.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
ss.	Sayfa sayısı
KTY	Karayolu Taşıma Yönetmeliği
TBK	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vb.	Ve benzeri
vd.	Ve devamı
vs.	Ve sair

GİRİŞ

Günümüzde teknolojinin gelişmesi ile bağlantılı olarak mesafeli sözleşmeler her geçen gün daha çok tercih edilmektedir. Zira mesafeli sözleşmeler sayesinde tüketiciler, mal ya da hizmet satın alırken çok daha az emek ve zaman harcamaktadır. Hatta bu emek ve zaman tasarrufunun yanı sıra bazı durumlarda tüketicilere mal veya hizmet bedelinden başka bir külfet dahi yükletilmemektedir. Bu durumlar mesafeli sözleşmelerin daha çok tercih edilmesini sağlamakla birlikte; mesafeli sözleşmelerde taraflar eş zamanlı olarak fiziken karşı karşıya bulunmadığından, özellikle satıcı veya sağlayıcıların edimlerinin ifasında yaşanan veya yaşanması muhtemel sorunlar tüketicilerin bu sözleşmelere karşı temkinli yaklaşmasına da sebebiyet vermektedir.

Mesafeli sözleşme bağımsız bir sözleşme tipi arz etmediği halde, kuruluş tarzı ve edimlerin ifası noktasında özellik arz ettiğinden 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹ m. 48'de özel olarak düzenlenmiştir.

Bu çalışmada uygulama açısından da büyük önem arz eden mesafeli sözleşmelerde ifa konusu üç bölümde incelenecektir. Çalışmamızın ilk bölümünde "mesafeli sözleşme kavramı" ile "ifa kavramı"nın yanı sıra ifanın konusu, ifanın tarafları, ifa yeri ve ifa zamanından oluşan "ifanın unsurları" gerek genel hükümler, gerekse mesafeli sözleşmeler kapsamında değerlendirilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise satıcı ve sağlayıcılar ile tüketiciler açısından "ifanın yapılması" konusu incelenecek olup bu kapsamda mevzuattan, öğretiden ve mümkün olduğunca içtihatlardan yararlanılacaktır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise ifanın hukuki sonuçları, ifanın yapılmaması ve ifanın yapılmamasının sonuçları özellikle mesafeli sözleşmeler açısından değerlendirilecektir. Önemle belirtmek gerekir ki; ifanın gereği gibi yapılmaması hallerinden olan kötü ifa (ayıplı ifa), ayrı bir tez konusu olabilecek kadar geniş kapsamlı bir konu olduğundan, ayıplı ifa kavramı bu çalışmamızda temel hatlarıyla ele alınacak olup ayıplı ifanın hukuki sonuçlarına ise hiç değinilmeyecektir.

¹ R.G. 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı.

Nihayetinde tez çalışmamız kapsamında mesafeli sözleşmelerde ifa ile ilgili vardığımız değerlendirmelere "Sonuç" başlığı altında yer verilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

MESAFELİ SÖZLEŞME VE İFA KAVRAMI İLE İFANIN UNSURLARI

I. KAVRAMLAR

Mesafeli sözleşmede ifa konusunun incelenebilmesi için öncelikle "mesafeli sözleşme" ve "ifa" kavramlarının irdelenmesi gerekmektedir.

A. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 48 Uyarınca Mesafeli Sözleşme Kavramı

TKHK m. 48 uyarınca mesafeli sözleşme; satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.

Bu tanımdan yola çıkılarak mesafeli sözleşmenin dört temel unsuru olduğu söylenebilir. Bunlar; iletişim araçlarının kullanılması, tüketiciyle karşı karşıya gelmeme, uzaktan pazarlama sistemi oluşturulması ve tarafların anlaşmasıdır². Bu unsurlara ilaveten; tüketici sözleşmelerinin genel bir özelliği olarak ivazlı olması ve işlem konusu malın ya da hizmetin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde³ (MSY) kapsam dışı bırakılan işlemlerden olmaması unsurları da öğretilen⁴ dile getirilen unsurlardır.

Mesafeli sözleşmenin kurulabilmesi için kullanılabilecek uzaktan iletişim araçları, MYS m. 4/1-h bendinde; "mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkan veren her türlü araç veya ortam" olarak tanımlanmıştır. Bu noktada ifade etmek gerekir ki; mesafeli sözleşmenin akdedilebilmesi için tarafların aynı tip uzaktan iletişim aracından yararlanmaları şart

² Mustafa Topaloğlu, "Madde 48 Mesafeli Sözleşmeler" , **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 765,766.

³ R.G. 27.11.2014 tarih ve 29188 sayılı.

⁴ Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 327.

değildir⁵. Örneğin faks gönderilerek yapılmış bir önerinin telefonla müzakere edilmesi ve kabul edilmesi durumunda da mesafeli sözleşme kurulmuş olur⁶.

Mesafeli sözleşmede satıcı/sağlayıcı ile tüketici, sözleşmenin müzakere ve kurulma anında eş zamanlı olarak, bir başka ifadeyle fiziken karşı karşıya gelmemelidir⁷.

Maddenin gerekçesinde *"Bu tanım aynı zamanda tüketicinin sadece mal veya hizmetler hakkında bilgi toplamak amacıyla bir satıcı veya sağlayıcının iş yerini ziyaret etmesinin ardından uzaktan bir iletişim aracı vasıtasıyla sözleşmeyi müzakere ettiği ve kurduğu durumları da kapsar. Bu durumun tam tersine satıcı veya sağlayıcının iş yerinde müzakere edildikten sonra uzaktan bir iletişim aracı kullanılarak kurulan bir sözleşme mesafeli sözleşme olarak kabul edilmez. Bir sözleşme uzaktan iletişim araçlarıyla başlatılırsa fakat sonunda satıcı veya sağlayıcının iş yerinde kurulursa bu da mesafeli sözleşme olarak kabul edilmez."* denilmektedir. Bu durumda mesafeli sözleşmeler açısından "mesafe", sözleşme öncesi müzakere ve sözleşmenin kurulma anı için kümülatif olarak aranan bir şarttır.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁸'da (ETKHK) mesafeli sözleşmelerin kurulmasında "organize bir mesafeli satım ya da hizmet sunumu varlığı" aranmamış olsa da⁹; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da mesafeli sözleşmeler açısından getirilen en önemli değişikliklerden biri, satıcı veya sağlayıcının uzaktan pazarlamaya yönelik bir sistem ya da organizasyon kurma zorunluluğudur¹⁰. Maddenin gerekçesinde tüketicinin, bir profesyonelden hizmet almak amacıyla uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla rezervasyon yaptırmayı, örneğin saç tıraşı olmak için berberi araması, durumunda mesafeli sözleşmeden söz edilemeyeceği ve satıcı ve/veya sağlayıcıların gerek mağazalarında, gerekse uzaktan pazarlamaya yönelik kurdukları organizasyonla mal ve hizmetlerini sunabilecekleri ifade edilmiştir. Bu noktada önem arz eden satıcı veya sağlayıcının uzaktan

⁵ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, (Borçlar Hukukuna Giriş), s. 215.

⁶ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, **Borçlar Hukukuna Giriş**, s. 215.

⁷ Metin Ulusal, **Açıklamalı İçtihatlı Tüketici Hukuku**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s. 343.

⁸ R.G. 08.03.1995 tarih ve 22221 sayılı.

⁹ Alev Erten, **Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler**, 2009/VI, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları (T.İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara, 2009, s. 174.

¹⁰ Çağlar Özel, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, (Tüketici), s. 234.

pazarlamaya yönelik bir sistem ya da organizasyon kurması, dolayısıyla pazarlamanın tek seferlik olmamasıdır.

Son olarak her ne kadar TKHK ve MSY'de açıkça ifade edilmese de; mesafeli sözleşmelerin son unsuru, aynı zamanda bütün sözleşmelerin ortak unsuru olan " tarafların anlaşmaları" olup, satıcının vereceği mal veya sağlayıcının sağlayacağı hizmet ile bunun karşılığında tüketicinin yapacağı ödeme miktarı konusunda taraflar mutabık olmalıdır¹¹.

1. Mesafeli Sözleşme Kavramının Benzer Kavramlardan Farkı

"Mesafeli sözleşme" kavramını benzer kavramlardan ayırt etmek gerekmektedir. Bu kavramlardan biri "mesafe satımı" ya da "mesafe satışı"dır. Öğretide "mesafe satımı" ya da "mesafe satışı" ifadesi ile aynı anlamda "mesafeli satış" ifadesinin de kullanıldığı¹² görülmekle birlikte; kavram kargaşasına mahal vermemek için bu ifadenin bugün kullanılmaması gerektiği de savunulmaktadır¹³.

"Mesafe satışı" kavramı ile neyin ifade edildiğinin ve "mesafeli sözleşme" ile farkının anlaşılabilmesi için; öncelikle satış sözleşmesine bakmak gerekmektedir. Zira "mesafe satışı" kavramı, adından da anlaşıldığı üzere satış sözleşmesi ile ilgilidir. Satış sözleşmeleri ise satılan malın yasal ifa yerinden başka bir yere gönderilip gönderilmemesine göre "yerinde satış" ve "mesafe satışı" olarak ikiye ayrılmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹⁴ (TBK) 208/3, 211/1 ve 266 maddelerinden yola çıkılarak "mesafe satışı" kavramının, tarafların satış konusu malın yasal ifa yerinden başka bir yere gönderilmesini kararlaştırdıkları bir satım sözleşmesi türü olduğu söylenebilir¹⁵. Dolayısıyla mesafe satışında, sözleşmenin ifası

¹¹ Topaloğlu, s. 766.

¹² Turgut Kalpsüz, **Ticari Satışta İfa Mahalli**, Ankara Üniversitesi Yayınevi, Ankara, 1960, s. 138; Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku Dersleri II Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nev'ileri)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, İstanbul, 1967, s. 50; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, (İfa), s. 46.

¹³ Abdulkirim Yıldırım, " 'Mesafe Satımı' İle 'Mesafeli Satım' Kavramları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:IX, Sayı:1-2, 2005, (Mesafeli Satım), s. 130.

¹⁴ R.G.04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı.

¹⁵ Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, (Borçlar Hukuku), s. 82; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 140; Zevkliler ve Özel, s. 321.

amacıyla satılan malın nakledilmesi gerekmektedir¹⁶. Bu anlamda mesafe satışı kavramı bir ifa tarzını belirtmektedir¹⁷.

Bu durumda "mesafe satışı"ndaki mesafe kavramı, malın gönderilmesi veya sözleşmenin ifası ile ilgili¹⁸ iken; TKHK m. 48 kapsamındaki "mesafeli sözleşme"deki mesafe kavramı, tüketici ile satıcı/sağlayıcının aynı yerde bulunmaması ve sözleşmenin uzaktan iletişim araçları ile yapılmasını ifade etmektedir¹⁹. Yine "mesafeli satış", daha önce de ifade ettiğimiz üzere satış sözleşmesi ile ilgili iken; TKHK m. 48 kapsamında "mesafeli sözleşme" kavramı içerisine hem mal, hem de hizmet girmekte olduğundan bu sözleşmeyi yalnızca satım sözleşmesi olarak değerlendirmek doğru değildir²⁰.

"Mesafeli sözleşme" ile "iş yeri dışında kurulan sözleşme" kavramları da aynı şeyi ifade etmemektedir. "İş yeri dışında kurulan sözleşme"de taraflar eş zamanlı ve fiziksel olarak karşı karşıya gelirken; mesafeli sözleşmede bu durum söz konusu değildir²¹. Zira mesafeli sözleşmede taraflar fiziksel olarak karşı karşıya gelmeksizin satıcı ya da sağlayıcı tarafından organize edilmiş bir sistem çerçevesinde uzaktan iletişim araçları kullanmaktadır²².

"Mesafeli sözleşme" ile "hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşme" kavramları da birbirinden farklıdır. Nitekim TBK m. 4/II gereğince telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılacağı için, telefon vb. araçlarla yapılan bir sözleşme TBK anlamında "hazırlar arasında kurulmuş" bir sözleşme niteliği taşıırken; TKHK m. 48 kapsamında "mesafeli sözleşme" niteliği de taşıyabilmektedir²³.

Son olarak "mesafeli sözleşme" ile "elektronik sözleşme" kavramlarının da ayırt edilmesi gerekmektedir. Elektronik sözleşmeler, bilişim sistemleri ve araçları kullanılarak yapılan sözleşmelerdir²⁴. Mesafeli sözleşmelerin ise muhakkak

¹⁶ Yıldırım, Mesafeli Satım, s. 127.

¹⁷ Ahmet Bülter, "Tüketicinin Korunması Hukukunda Mesafeli Sözleşme Kavramı", **Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi**, Yıl:11, Sayı:13, 2003, s. 13.

¹⁸ Topaloğlu, s. 762.

¹⁹ Topaloğlu, s. 762.

²⁰ Zevkliler ve Özel, s. 321.

²¹ Zevkliler ve Özel, s. 320.

²² Zevkliler ve Özel, s. 320-321.

²³ Zevkliler ve Özel, s. 321.

²⁴ Mete Özgür Falcıoğlu, **Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 61; Ferman Kaya, **E-Ticaret Hukuku Ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 199.

elektronik ortamda gerçekleşmesi zorunlu değildir; pekala telefon ya da faks gibi iletişim araçlarıyla da kurulması mümkündür²⁵. Öte yandan mesafeli sözleşmelerin elektronik araçlarla akdedilmesi mümkün olmakla birlikte; elektronik araçlarla akdedilen her sözleşme de mesafeli sözleşme niteliği taşımamaktadır²⁶.

2. Mesafeli Sözleşmenin Kapsamı

TKHK m. 48/6'da mesafeli sözleşmeler açısından kapsam dışı sözleşmelerin Yönetmelik ile belirleneceği düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince, mesafeli sözleşmelere ilişkin usul ve esasları düzenleyen MSY m. 2/1'de mesafeli sözleşmelerin kapsamı dışında kalan sözleşmeler düzenlenmiştir. Buna göre;

"Bu Yönetmelik hükümleri;

a)Finansal hizmetler,

b)Otomatik makineler aracılığıyla yapılan satışlar,

c)Halka açık telefon vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleriyle bu telefonun kullanımı,

ç)Bahis, çekiliş, piyango ve benzeri şans oyunlarına ilişkin hizmetler,

d)Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı,

e)Konut kiralama,

f)Paket turlar,

g)Devre mülk, devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi,

ğ)Yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya işyerine götürülmesi,

h)5 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerindeki bilgi verme yükümlülüğü ile 18 inci ve 19 uncu maddelerde yer alan yükümlülükler saklı kalmak koşuluyla yolcu taşıma hizmetleri,

ı)Malların montaj, bakım ve onarımı,

²⁵ Zevkliler ve Özel, s. 322.

²⁶ Falcıoğlu, s. 78-79; Oğuz Gökhan Yılmaz, "Tüketici Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:4, Sayı:14, 2013, s. 1015; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, Borçlar Hukukuna Giriş, s 216.

i)Bakımevi hizmetleri, çocuk, yaşlı ya da hasta bakımı gibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesine yönelik sosyal hizmetler

ile ilgili sözleşmelere uygulanmaz."

Maddenin kaleme alınma şekli dikkate alındığında; madde içeriğinde yer alan sözleşmelere Yönetmelik hükümlerinin uygulanmayacağı gibi bir sonuç çıkarılabilse de bu sonucun amaca uygun olmadığı ve kanun koyucunun iradesinin, mevzuattaki tüm mesafeli sözleşme hükümlerini kapsadığı kabul edilmelidir²⁷. Bu durumda kanunda getirilmeyen bir sınırlamanın yönetmelik ile getirilmiş olması tartışmaya açık olmakla birlikte; MSY m. 2/1'de düzenlenen sözleşmelerin mesafeli sözleşme sayılmayacağı anlaşılmaktadır²⁸.

3. Mesafeli Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Mesafeli sözleşmeler, mahiyeti itibariyle müzakere ve sözleşmenin kuruluşu aşamasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasını gerektiren sözleşmeler olduğundan, kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmiştir. Ancak TKHK m. 48'de düzenlenen mesafeli sözleşme, satış veya kira sözleşmesi gibi bağımsız bir sözleşme tipi arz etmemekte; yalnızca bir sözleşmenin "kuruluş tarzını" esas alan bir kavramı ifade etmektedir²⁹. Bununla birlikte her tip sözleşme/atipik sözleşme/sui generis sözleşme; uzaktan pazarlamaya yönelik bir sistem içerisinde ve iletişim araçlarıyla kurulması ve tabii ki TKHK m. 48'de düzenlenen mesafeli sözleşmelerin uygulama alanına girmesi kaydıyla aynı zamanda mesafeli sözleşme niteliği de taşıyacaktır³⁰.

²⁷ İlknur Serdar, **İnternetteki Hukuki İşlemlerde Tüketicinin Korunması**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2005, s. 121-122.

²⁸ Serdar, s. 122.

²⁹ Kocayusufoğlu ve diğerleri, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 214; Yusuf Büyükkay, "İnternette Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", **E-Akademi Hukuk, Ekonomi Ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, <http://www.e-akademi.org/makaleler/ybuyukay-7.htm>, (15.01.2018).

³⁰ Ümit Gezder, "Mesafeli Sözleşmeler", **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar)**, (Ed. M. Murat İnceoğlu), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, (Mesafeli Sözleşmeler), s. 334,335.

4. Mesafeli Sözleşmenin Tarihçesi

Günümüzde mesafeli sözleşmelerin sıklıkla akdedildiği yollardan biri olan internet yaygınlaşmamışken de mesafeli sözleşmeler mektup, katalog, telefon, faks, televizyon gibi iletişim araçlarıyla akdedilebilmekteydi³¹. Dolayısıyla mesafeli sözleşme kavramı çok da yeni bir kavram olmamakla birlikte; internet üzerinden mesafeli sözleşme akdedilmesi yeni sayılabilecek bir gelişmedir³².

Teknolojik gelişmeler sayesinde kullanılan yeni iletişim araçları, mesafeli sözleşmeler yapılmasını kolaylaştırmakta ve buna bağlı olarak bu sözleşmeler her geçen gün artmaktadır³³. Bu durum beraberinde mevzuatta gelişme ve değişimler de getirmektedir. Bu açıdan mesafeli sözleşmelerin tarihsel gelişimi için uluslararası ve ulusal düzenlemelere göz atmak gerekmektedir.

a. Uluslararası Düzenlemeler

Avrupa Topluluğu, bir yandan ulusal sınırların olmadığı ve malların, hizmetlerin ve paranın özgürce hareket edebildiği bir ortak pazar/topluluk pazarı oluşturmayı amaçlarken; bir yandan da tüketicilerin korunmasını hedeflemektedir. Bu doğrultuda mesafeli sözleşmeler açısından kabul edilen ilk düzenleme 20.05.1997 tarihli ve 97/7 EC sayılı Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicilerin Korunmasına Yönelik Avrupa Topluluğu Direktifi olup 04.06.1997'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir³⁴.

Söz konusu Direktifte topluluğa üye devletlerin iç hukuk düzenlemelerini Direktif ile uyumlulaştırmaları ve bunu yaparken Direktif hükümlerine nazaran tüketiciyi daha çok koruyan hükümler getirebilecekleri düzenlenmiştir³⁵.

Ancak aradan geçen zamanda düzenlemelerin yeterli olmadığı kanaatine varılmış ve 2011/83/EU sayılı Tüketici Haklarına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve

³¹ Ümit Gezder, **Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006, (Erzurumlu Şerhi), s. 24.

³² Gezder, Mesafeli Sözleşmeler, s. 330.

³³ Gezder, Mesafeli Sözleşmeler, s. 331.

³⁴ Erten, s. 14-16; Gezder, Mesafeli Sözleşmeler, s. 331; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 100.

³⁵ Serdar, s. 132; Erten, s. 19.

Konseyi Yönergesi çıkarılmıştır³⁶. Bu Direktifte ise "tam uyum ilkesi" benimsenmiş olup, Direktifte aksi öngörülmediği sürece, üye ülkelerin tüketici lehine dahi olsa Direktifte öngörülenin aksine bir düzenlemeye gitmesi mümkün değildir³⁷.

Öte yandan üye ülkeler arasında mevzuat birliği oluşturmak ve elektronik ticaret işlemlerinde kullanılmak üzere çıkarılan 1999/93/AT sayılı Elektronik İmzalara Özgü Ortak Çerçeve Koşulları hakkındaki Yönerge ile elektronik imzanın hukuken geçerliliği noktasında önemli düzenlemeler getirilmiştir³⁸. Yine üye ülkeler arasında bilişim hizmetlerinin serbestçe kullanılabilmesi ve elektronik ticaretin gelişmesi için 2000/31/AT sayılı Bilgi Toplumu Hizmetlerine Özgü Belirli Hukuksal Yönlere ve Özellikle Elektronik Ticarete İlişkin Yönerge çıkarılmış olup bu Yönergede tüketiciler lehine düzenlemeler de getirilmiştir³⁹.

b. Ulusal Düzenlemeler

Türkiye'nin Avrupa Birliğine üye olabilmesi için yapılan müzakerelerde Türk hukukunun Avrupa Birliği Müktesebatı ile uyumlu olması da üyelik şartlardan biri olarak belirlenmiştir. O sırada yürürlükte olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da mesafeli sözleşmelere ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığından, 06.03.2003 kabul tarihli ve 4822 sayılı "4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 14 üncü maddesi ile ETKHK 9 uncu maddesinden sonra gelmek üzere madde 9/A biçiminde bir ekleme yapılmıştır⁴⁰. Bu ekleme ile mesafeli sözleşmeler ilk kez iç hukuk mevzuatında düzenlenmiştir. Bunun ardından mesafeli sözleşmelerin uygulama usul ve esaslarını düzenlemek için Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları

³⁶ Cihan Avcı Braun, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XII, Sayı:2, 2015, s. 21.

³⁷ Zeynep Dönmez, "2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi Ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku'na Yansımaları", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1, 2016, s. 353.

³⁸ Mehmet Demir, **Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 77-78; Gezder, Erzurumlu Şerhi, s. 9-10.

³⁹ Demir, s. 73-76; Gezder, Erzurumlu Şerhi, s. 8-9; Falcıoğlu, s. 65-68.

⁴⁰ Zevkliler ve Gökyayla, s. 100.

Hakkında Yönetmelik⁴¹ yürürlüğe konulmuştur. Bu Yönetmelik, Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik⁴² ile yürürlükten kaldırılmıştır.

2011/83/EU sayılı Yönerge ve bunun dışındaki yönergeler ile tavsiye kararlarının iç hukuka aktarılması amacıyla 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yapılmış olup, bu kanun yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra yani 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴³. Ardından yine mesafeli sözleşmelerin uygulama usul ve esaslarını düzenlemek için Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği yayınlanmış ve bu yönetmelik de yayımı tarihinden üç ay sonra yani 27.02.2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Yürürlükteki mevzuatta mesafeli sözleşmeler ana hatalarıyla TKHK m. 48'de ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslar da MSY'de düzenlenmiş olup TKHK m. 83/1 gereğince bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanacağından; somut olayın özelliğine göre başta TBK ve Türk Ticaret Kanunu⁴⁴ (TTK) olmak üzere genel hükümler içeren kanunların da mesafeli sözleşmelere uygulanması mümkündür.

B. İfa Kavramı

İfanın borçlusu, alacaklısı, konusu, yeri ve zamanı gibi unsurlar TBK'da düzenlenmiş olsa da; ifanın tanımı TBK'da yer almamaktadır. İfa, edimin taahhüde uygun şekilde yerine getirilmesidir⁴⁵. Bir başka ifadeyle ifa, borçlanılan edimin konu, zaman ve yer olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi ve alacaklının tatmin edilerek kural borcun sona erdirilmesidir⁴⁶. Edim ise, kural olarak borcun içeriğini ve konusu oluşturur⁴⁷. Bu açıdan edim, alacaklının borçludan isteyebileceği ve borçlunun da alacaklıya karşı yerine getirmek zorunda olduğu davranış olarak

⁴¹ R.G. 13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı.

⁴² R.G. 06.03.2011 tarih ve 27866 sayılı.

⁴³ Murat Aydoğdu, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, (Tüketici Hukuku), s. 42.

⁴⁴ R.G. 14.02.2011 ve 27846 sayılı.

⁴⁵ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 758; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, (Cilt 1), s. 251.

⁴⁶ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, (Borçlar Hukuku 2017), s. 96.

⁴⁷ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 96; Kocayusufoğlu ve diğerleri, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 34.

tanımlanabilir⁴⁸. Dolayısıyla edim, borçlu tarafından taahhüt edilen bir verme, yapma veya yapmama fiilinden oluşmaktadır⁴⁹.

Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmede ifa, verme borcu dışında yapma ya da yapmama borcu olarak gündeme gelebilirken; sözleşmeden doğan borçlarda ifa üç şekilde de (verme, yapma ve yapmama olarak) karşımıza çıkabilmektedir⁵⁰. TBK'da salt para borçlarının ifası açısından özel olarak "ödeme" (tediye) ifadesi kullanılmıştır⁵¹. Bu açıdan ödeme, ifaya nazaran daha dar kapsamlıdır.

Mesafeli sözleşmede satıcı ve sağlayıcının borçlandığı edim bir verme ya da yapma borcu olurken; tüketicinin borçlandığı edim, verme borcu niteliğindeki ödeme borcudur.

1. İfanın Hukuki Niteliği

Öncelikle belirtmek gerekir ki; ifa dar anlamda borcu sona erdiren ve dolayısıyla alacak hakkını ortadan kaldıran bir olay niteliği taşıdığından, def'i değil, itirazdır⁵².

Borçlunun borçlandığı edimi yerine getirmesinin borcun ifası için yeterli olup olmadığı ve borçlu ile alacaklı arasında ayrıca bir ifa sözleşmesi yapılması gerekip gerekmediği konusu, dolayısıyla ifanın hukuki niteliğinin ne olduğu, öğretide tartışılmış olup bu konuda öğretide başlıca üç görüş vardır. Bunlar:

1) Genel sözleşme görüşü

Bu görüşe göre ifa, hukuki niteliği itibariyle bir sözleşmedir ve borçlunun alacaklıya borçlanılan edimin ifası için icapta bulunması ve alacaklının da bu icabı kabul etmesi halinde ifa sözleşmesi kurulur⁵³. Bu açıdan taraflar ifanın sebebi konusunda anlaşmış olmalıdır. Alacaklı da kabul beyanı ile alacağı üzerinde tasarrufta bulunmuş olur. Bu nedenle tarafların fiil ehliyetine sahip olması; sınırlı ehliyetsiz olması durumunda ise yasal temsilcisinin izin veya onam vermesi işlemin

⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 9.

⁴⁹ Tekinay ve diğerleri, s. 758; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Bası, Turhan Kitabevi, 2016, s. 560.

⁵⁰ Kılıçoğlu, s. 560.

⁵¹ Tekinay ve diğerleri, s. 758; Kılıçoğlu, s. 560; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 7; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 251.

⁵² Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 7-8; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 934; O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt III**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, (Cilt III), s. 7.

⁵³ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 934,935; Tekinay ve diğerleri, s. 759; Antalya, Cilt III, s. 7-8.

geçerlilik şartıdır⁵⁴. Yine tarafların fiil ehliyetinin yanı sıra tasarruf yetkisinin de olması gerekmektedir⁵⁵.

TBK m. 83 ve devamı maddelerde ifanın, bir sözleşme olduğunu gösterir herhangi bir hüküm olmadığından, bu görüş Türk hukukunda savunulmamaktadır⁵⁶.

2)Edimin fiilen gerçekleşmesini yeterli gören görüş (Maddi fiil görüşü)

Bu görüş gereğince borçlu, borçlandığı edimi borca uygun şekilde yerine getirirse ifa etmiş sayılır, ayrıca bir ifa sözleşmesine gerek yoktur⁵⁷. Bu görüş, genel sözleşme görüşünün tersine ifayı, borcu sona erdiren maddi bir fiil olarak kabul etmektedir⁵⁸. Nitekim edimin yerine getirilmesi bir sözleşme yapılmasını gerektirir dahi, örneğin bir şeyin mülkiyetinin geçirilmesi için buna yönelik bir sözleşme yapılması gibi, bu sözleşme edim fiilinin bir parçasıdır ve ayrı bir ifa sözleşmesi kabul edilemez⁵⁹.

Bu nedenle borçlunun maddi fiilinin ifa amacı taşımasının önemi olmadığı gibi, alacaklının bu ifayı kabul iradesiyle hareket etmesi de gerekmemektedir⁶⁰. Yine bu durumun sonucu olarak, ediminin yerine getirilmesinin bir sözleşme yapılmasını gerektirdiği durumlar hariç, alacaklı ve borçlunun fiil ehliyetine ve tasarruf yetkisine sahip olması gerekmemektedir.

Öğretide TBK m. 112'de (BK m. 96) yer alan "borç, hiç veya gereği gibi ifa edilmezse..." ifadesinden hareketle, bir fiilin ifa olarak kabul edilebilmesi için bu fiilin borçlanılan edime objektif olarak uygun olmasını kanun koyucunun yeterli gördüğü sonucu çıkarılmıştır⁶¹. Gerek bu neden, gerekse bu görüşün hayatın akışına uygun olması nedeni ile öğretide bu görüşü savunan yazarlar⁶² mevcuttur.

⁵⁴ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 935; Tekinay ve diğerleri, s. 759.

⁵⁵ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 935.

⁵⁶ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 935.

⁵⁷ Tekinay ve diğerleri, s. 760; Antalya, Cilt III, s. 8.

⁵⁸ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 935; Antalya, Cilt III, s. 8.

⁵⁹ Tekinay ve diğerleri, s. 760.

⁶⁰ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 936; Tekinay ve diğerleri, s. 760.

⁶¹ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 21; Eyüp İpek, **Edime Uygun İfa Kuralı Ve Bu Kuralın İhlâline Bağlanan Hukuki Sonuçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 121-123; Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 15-20; M. Murat İnceoğlu, "İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:54, Sayı:4, 2005, s. 181,182; Tekinay ve diğerleri, s. 760,761.

⁶² İpek, s. Tekinay ve diğerleri, s. 760,761.

3)Sınırlı sözleşme görüşü

İfanın hukuki niteliği noktasında bu görüş de öğretide taraftar toplayan görüşlerden biridir⁶³. Bu görüşe göre ise ifanın maddi bir fiil (yapma, yapmama, katlanma gibi) ya da hukuki işlem ile yapılması arasında fark vardır. Örneğin; bir hizmet sözleşmesinde hizmet edimi bir yapma fiili iken; alacağın devri için devir sözleşmesi yapılması gerekir. Bu nedenle ifanın maddi bir fiil ile yapıldığı durumlarda ayrıca bir ifa sözleşmesine gerek yoktur; ancak ifanın sözleşme gibi hukuki bir işlemle yapılması durumunda ayrı bir ifa sözleşmesine gerek vardır⁶⁴. Bu durumun sonucu olarak ifanın maddi bir fiille gerçekleşmesi hali için borçlunun ifa kastıyla hareket etmesi, fiil ehliyeti ve tasarruf yetkisine sahip olması, alacaklının ifaya yönelik icabı kabul etmesi ve fiil ehliyeti ile tasarruf yetkisine sahip olması gerekmezken; ifanın hukuki işlemle gerçekleşmesi durumu için bunlar gerekmektedir⁶⁵.

II. İFANIN UNSURLARI

İfa, borcun en doğal sona erme biçimidir. Borçlunun borcunu ifa edebilmesi için, borçlandığı edimi tam ve doğru bir şekilde gereği gibi yerine getirmesi gerekmektedir. Borcun gereği gibi ifa edilip edilmediği noktasında rol oynayan unsurlar ise ifanın unsurlarıdır. Bu unsurlar; ifanın konusu, ifanın tarafları, ifa yeri ve ifa zamanıdır.

A. İfanın Konusu

İfanın konusu borçlanılan edimdir⁶⁶. Bu açıdan ifanın konusunu borç ilişkisi belirler⁶⁷. Borçlu, neyi borçlandıysa onu ifa etmek zorundadır. Borçlunun, borçlandığı edim ne ise onu ifa etmesine "edimin ifaya uygun olması ilkesi" (edime

⁶³ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 936-940; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.297,298; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s.256-258; Abdulkirim Yıldırım, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara, 2018, (Borçlar Hukuku), s. 238.

⁶⁴ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 936,937; Tekinay ve diğerleri, s. 759,760;Antalya, Cilt III, s. 9.

⁶⁵ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 936-939.

⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 77; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s.940; Tekinay ve diğerleri, s. 761.

⁶⁷ Kılıçoğlu, s. 615.

uygun ifa prensibi) denilmektedir⁶⁸. Nitekim borçlu, borçlandığı edim dışındaki başka bir şeyi, bu şey borçlandığı edimden daha az değerli olsa bile, ifa etmek zorunda değildir; alacaklı da borçlanılan edimden daha değerli bile olsa başka bir şeyi ifa olarak kabul etmek zorunda değildir⁶⁹.

TKHK kapsamında akdedilen sözleşmeler açısından ifa konusu, satıcılar açısından malın teslimi; sağlayıcılar açısından hizmetin sağlanması ve tüketiciler açısından ise para borcunun ödenmesidir. Para borcunun ödenmesi, ödenmemesine bağlı sonuçlar vb. konular çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alınacağından; bu başlık altında yalnızca mal ve hizmete ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

1. Mal

TKHK m. 3/1-h gereğince mal, alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları ifade etmektedir.

Bu açıdan bir malın TKHK kapsamında tüketici işlemine konu olabilmesi için o şeyin "alışverişe konu olma" niteliğine sahip olması gerekir⁷⁰. Alışverişe konu olma kavramının neyi ifade ettiği hususunda öğretide farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bir görüşe göre ticaret konusu olabilen, yani satılabilen, kiralanabilen, leasing yoluyla kullandırılabilen vb. her şey mal sayılır; ancak ticaret konusu olma "satıcı" açısından söz konusu olan bir kavramdır⁷¹. Tüketici açısından kullanılması gereken kavram ise "alışveriş konusu olma"dır; zira tüketici, ticari olmayan bir amaçla hareket etmektedir⁷². Ancak "alışverişe konu olma" kavramı için tüketiciyi harekete geçiren amacın önemli olmadığını, bu amacın sadece kişinin tüketici sayılıp sayılmayacağı noktasında önemli olduğunu ifade eden bir başka görüş ise, "alışverişe konu olma" kavramı ile maddi veya gayri maddi şeylerin karşılık bulabileceği bir parasal değere sahip olmasının kastedildiğini ifade

⁶⁸ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 273; Tekinay ve diğerleri, s. 761;

⁶⁹ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 273,274.

⁷⁰ Mustafa Alper Gümüş, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 26.

⁷¹ Zevkliler ve Özel, s. 100.

⁷² Zevkliler ve Özel, s. 100.

etmektedir⁷³. Yine ikinci görüş ile örtüşen bir başka tanım da tüketicilerin ihtiyacından ve malın faydalı olmasından hareketle yapılan bir tanımdır. Buna göre alışverişe konu olma ifadesinden, tüketicilerin ihtiyacı olan ve onlarca faydalı kabul edilen maddi veya gayri maddi varlıkların parasal bir değere sahip olması anlaşılmalıdır⁷⁴.

TKHK kapsamında malların türleri; maddi mallar olan taşınır mallar ve konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile gayri maddi mallardır.

a. Taşınır Mallar

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 762 gereğince taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla özüne zarar verilmeksizin bir yerden bir yere taşınabilen mallara taşınır mallar denir⁷⁵.

Tüketici işleminin konusu oluşturan mallar arasında taşınırlar uygulamada ilk sıradadır⁷⁶. TKHK m. 48 kapsamında mesafeli sözleşmeler açısından da taşınır malların sıklıkla ifa konusu olduğu söylemek mümkündür. Nitekim günümüzde gıda, giyim, kozmetik, elektronik eşya, mobilya vb. pek çok alanda taşınır mallar mesafeli sözleşmelerin konusunu oluşturmaktadır.

b. Taşınmaz Mallar

Taşınmaz mülkiyetinin konusu TMK m. 704'te arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olarak düzenlenmiş olmakla birlikte; TKHK kapsamında her tür taşınmaz malın tüketici işleminin konusunu oluşturması mümkün değildir. Zira

⁷³ Avcı Braun, s.24; Sezer Çabri, **6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 41; Gümüş, s. 26, 27.

⁷⁴ Şebnem Akipek, "Madde 3 Tanımlar", **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (Tanımlar), s. 52, 53.

⁷⁵ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 8.

⁷⁶ Çabri, s. 42.

TKHK m. 3/1-h uyarınca kanun koyucu yalnızca konut veya tatil amaçlı taşınmaz malları kanun kapsamına almıştır.

Taşınmaz malların mesafeli sözleşmelerin konusu oluşturup oluşturamayacağı noktasında ise başta MSY olmak üzere mevzuat hükümleri ve mesafeli sözleşmelerin akdedilme şeklinin irdelenmesi gerekmektedir. Nitekim her ne kadar TKHK m. 3/1-h gereğince konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar kanun kapsamında tüketici sözleşmelerinin konusunu oluştursa da; MSY m. 2'de "*Bu sözleşme hükümleri; ...d) Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı, e) Konut kiralama,... g) Devre mülk, devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi, ... ile ilgili sözleşmelere uygulanmaz.*" hükmü düzenlendiğinden bahse konu taşınmaz malların mesafeli sözleşmelerin konusunu oluşturmadığı görülmektedir⁷⁷.

Kaldı ki taşınmaz malların satışına ilişkin sözleşmelerde resmi şekil şartı ve dolayısıyla satıcının fiziken ifada bulunma zorunluluğu söz konusu olduğundan; mesafeli sözleşmelerin doğası gereği taşınmaz malların, sözleşmelerin konusunu oluşturamayacağı da ortadadır⁷⁸.

c. Gayri Maddi Mallar (Dijital içerik)

Kanun koyucunun TKHK m. 3/1-h fıkrası ile mal kapsamında değerlendirdiği bir başka başlık da gayri maddi mallar olup madde metninde bunlar örnekleme yoluyla belirtilmiştir. Nitekim elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü vb. her türlü gayri maddi mal, tüketici sözleşmelerinin konusunu oluşturmaktadır. Öğretide bazı yazarlar gayri maddi mallardan kastın, örneğin CD, DVD, disk, hafıza kartı gibi eşyalar üzerinde somutlaşan maddi

⁷⁷ Bu noktada Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri" başlıklı 50. maddesinin 5. fıkrasında yer alan; "*Mesafeli satış yöntemiyle kurulan sözleşmeler hariç olmak üzere satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin kendi el yazısıyla sözleşme tarihini yazmasını ve sözleşmeyi imzalamasını sağlamakla yükümlüdür. Yazılı veya mesafeli olarak kurulan bu sözleşmelerin bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur. Daha ağır şekil şartları öngören kanun hükümleri saklıdır.*" hükmü bir an için dikkat çekse de madde metninde mesafeli sözleşmelerden değil, "mesafeli satış" yöntemi ile kurulan sözleşmelerden bahsedildiğinden; devre mülklerin mesafeli sözleşmelerin konusunu oluşturmadığı ve TKHK m. 50/5'de yer alan hüküm ile MSY m. 2'de yer alan hükmün çelişmediği görülmektedir.

⁷⁸ Gezder, Erzurumlu Şerhi, s. 43; Topaloğlu, s. 763; Serdar, s. 120.

olmayan mallar olduğunu savunmakta⁷⁹; buna karşılık bazı yazarlar ise gayri maddi malların cismani bir varlığa bürünmesinin şart olmadığını savunmaktadır⁸⁰. Kanaatimizce de mal kavramının tanımlandığı madde hükmünün gerek lafzi gerekse amaçsal yorumundan yola çıkılarak gayri maddi malların, cismani bir varlığa bürünmesi şart olmaksızın elektronik ortamda var olmaları yeterli kabul edilmelidir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki; elektronik ortam ifadesinden kasıt yalnızca bilgisayar ortamı değil, elektronik anlamdaki tüm ortamları örneğin bir CD çaları da kapsamaktadır⁸¹.

Gayri maddi malların karşılığı bir başka kavram dijital içeriktir⁸². Kanun koyucu bu kavramı TKHK m. 3'te ayrı bir tanım olarak düzenlememiş olmakla birlikte; MSY m. 4'te "mal" kavramının yanı sıra ayrıca düzenlemiştir. MSY m. 4 uyarınca dijital içerik, bilgisayar programı, uygulama, oyun, müzik, video ve metin gibi dijital şekilde sunulan her türlü veriyi ifade etmektedir.

Gayri maddi mallar, doğası gereği mesafeli sözleşmelerin konusunu oluşturmakta olup mevzuatta da buna engel bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim internetten virüs programı, müzik, film gibi kayıtların mesafeli sözleşme kapsamında satın alınarak bilgisayara indirilmesi de mümkündür⁸³.

2. Hizmet

TKHK kapsamında akdedilen sözleşmeler açısından ifanın konusunu oluşturan bir diğer husus hizmetin sağlanmasıdır. Hizmet kavramı, TKHK m. 3/1-d ile *"Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu"* şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre hizmetin, taraflardan en az birisinin bedeni ve/veya fikri emeğine dayanması⁸⁴ ve bir ücret veya menfaat karşılığı yerine getirilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu

⁷⁹ Gümüş, s. 28-29.

⁸⁰ Çabri, s. 43-44.

⁸¹ Gezder, Erzurumlu Şerhi, s. 45.

⁸² Betül Tiryaki, "E-Tüketici ve Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", **XIII. Türkiye'de İnternet Konferansı Bildirileri**, http://inet-tr.org.tr/inetconf13/kitap/tiryaki_inet08.pdf, (E-Tüketici) (24.12.2018).

⁸³ Çabri, s. 44.

⁸⁴ Betül Tiryaki, **Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, (Ayıplı Hizmet), s. 41; Gümüş, s. 21; Aydoğdu, Tüketici Hukuku, s. 65; Akipek, Tanımlar, s. 46.

tüketicinin taraf olduğu mal sağlama sözleşmeleri dışında bütün sözleşmeleri TKHK kapsamına aldığı için; tüketici işleminin konusunu oluşturan edimin maddi edim niteliği taşımadığı her durumda hizmet sağlama söz konusu olacaktır⁸⁵.

Hizmet tanımının kanunda bu denli geniş tutulması karşısında; tüketici işlemlerinde hizmet kavramına teşhis ve tedavi sözleşmesi, avukatlık sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, taşıma sözleşmesi gibi pek çok sözleşmenin örnek verilmesi mümkündür⁸⁶. Nitekim mesafeli sözleşmeler açısından da hizmet sağlama ediminin borçlanılması mümkündür. Yaz aylarına girildiğinde klima bakımı ve tamiri için sağlayıcıların çağrı merkezleri aracılığıyla tüketicilere ulaşması ve bu şekilde kurulan bakım sözleşmeleri ya da ev veya ofislerin temizliği için internet üzerinden temizlik şirketleri ile akdedilen sözleşmeler mesafeli sözleşmeler ile borçlanılan hizmet sağlama edimine örnek teşkil etmektedir.

Mesafeli sözleşmelerin kuruluş şeklinin arz ettiği özellik nedeniyle her tür hizmetin sağlanması için mesafeli sözleşme akdedilemeyeceği bir an için düşünülse de; günümüzde bilhassa internet ile sağlanan erişim kolaylığı nedeniyle sağlık ve hukuk gibi insan hayatını derinden etkileyebilecek alanlarda dahi organize bir sistem kurularak uzaktan iletişim araçları ile sözleşmeler kurulabildiği görülmektedir. Başta Avukatlık Kanunu olmak üzere mevzuat uyarınca reklam yasağına tabi olan avukatların, reklam yasağına aykırılık teşkil edip etmediği tartışmalı olmakla birlikte, oluşturdukları internet sitesi ya da çağrı merkezleri aracılığı ile hukuki danışmanlık veya avukatlık sözleşmesi akdetmeleri mesafeli sözleşmeler ile hizmet sağlama ediminin borçlanılmasına örnek olarak gösterilebilecektir. Yine benzer şekilde bir hastanın, bir hekime internet sitesi ya da başkaca bir uzaktan iletişim aracı ile başvurması ile kurulan teşhis ve tedavi sözleşmesi de mesafeli sözleşmeler ile borçlanılan hizmet sağlama edimine örnektir.

Bu noktada avukatlık sözleşmesi, teşhis ve tedavi sözleşmesi gibi vekalet sözleşmesi niteliğinde kabul edilen sözleşmeler açısından TBK m. 503 hükmünün, bu sözleşmelerin mesafeli sözleşme şeklinde kurulması durumunda uygulanabilir olup olmadığı akla gelmektedir. Nitekim bir sözleşme kural olarak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin açıklanması ile kurulmaktadır; bununla birlikte vekalet sözleşmesinin kurulmasını düzenleyen TBK m. 503'te " Kendisine bir

⁸⁵ Gümüş, s.21.

⁸⁶ Çabri, s. 29-30.

işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır." hükmü yer almaktadır. Bu durumda örneğin bir hastanın, çağrı merkezi aracılığıyla randevu talep etmesi üzerine hastaya randevu verilmesi halinde, hekimin hastayı tedavi etmeyi derhal reddetmediğinden bahisle, teşhis ve tedavi sözleşmesinin kurulmuş olduğu kabul edilebilir mi? Kanaatimizce her ne kadar "organize edilmiş uzaktan pazarlama sistemi" niteliği taşıyan çağrı merkezi, hekim adına randevu vermiş olsa da; teşhis ve tedavi edimini bizzat ifa ile yükümlü olanın hekim olması ve kimi durumlarda hekimin hastayı reddetme hakkının olması karşısında; teşhis ve tedavi konusunda resmi sıfata sahip hekim tarafından hastanın tedavi talebinin reddedilmediğinden bahisle teşhis ve tedavi sözleşmesinin kurulmuş olduğunu kabul etmek bu sözleşmenin ruhuna uygun düşmeyecektir. Bu nedenle böyle bir durumda TBK m.503 hükmünün uygulama alanı bulamayacağı ve bir sözleşmenin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin açıklanması ile kurulacağı şeklindeki genel kuralın kabul edilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu konudaki değerlendirmenin her somut olaya göre değişiklik arz edebileceğini ifade etmekte de yarar vardır.

3. Aliud

Latince kökenli "aliud" kelimesi, başka şey anlamına gelmektedir⁸⁷. Edime uygun ifa ilkesi gereğince, borçlunun kural olarak borçlandığı edimden başka bir şeyi ifa konusu yapması mümkün değildir. Taraflar arasında aksine bir anlaşma olmaksızın borçlanılan edimden başka bir şeyin ifa olarak verilmesi/teslim edilmesi aliud (yanlış ifa) anlamına gelmektedir⁸⁸. Örneğin, altın kolye yerine gümüş kolye verilmesi ya da ağaç masa yerine plastik masa verilmesi aliud ifadır⁸⁹.

⁸⁷ Zarife Şenocak, "Borçlar Kanunu'nun 96. vd. ve 194 vd. Maddeleri Açısından "Aliud"un (Başka Şeyin) Teslimi", **BATİDER**, Cilt:15, Sayı:1, 1989, s. 114.

⁸⁸ Eyüp İpek, **Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 242; Kevork Acemoğlu, "Aliud" ve Federal Mahkemenin "Aliud" Konusundaki Tutumu Üzerine", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:6, Sayı:9, 1972, s. 19, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/13955>, (29.12.2018).

⁸⁹ Murat Aydoğdu, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu

Aliud kavramı açısından öğretide cins borcu ve parça borcu ayrımı yapılmaktadır. Parça borcunda, edimin konusu sözleşme kurulurken bireysel özellikleriyle özel ve somut olarak belirlenmiş; cins borcunda ise edimin konusunun ferden değil, türü tayin eden birtakım nitelikler üzerinde anlaşarak belirlenmiştir⁹⁰. Örneğin, 06 GZR 85 plakalı otomobil veya Pablo Picasso'nun Yaşlı Gitarist tablosunun borca konu olması bir parça borcu; üç kilo portakal veya Renault marka bir otomobilin borca konu olması ise cins borcudur⁹¹.

Öğretide parça borcunda aliud ifanın istisnaen söz konusu olabileceğini, aliud ifanın kural olarak cins borcuna özgü bir kavram olduğunu savunan bir görüş⁹² olduğu gibi; cins borcunda olduğu gibi parça borcunda da aliud ifanın söz konusu olabileceğini, hatta aliud ifanın asıl parça borcu açısından daha önemli olduğunu savunan bir görüş⁹³ de bulunmaktadır. Bu görüş sözleşme konusu mal ile teslim edilen malın dıştan özdeş olması (dış ayniyet) durumunda aliud ifanın söz konusu olmayacağını kabul eden görüşe eleştiri getirmektedir. Nitekim bu görüşe göre, parça borçlarında dış ayniyet sağlansa bile iç ayniyet sağlanmadığı takdirde, örneğin görünüşte gerçek van Gogh tablosu olan bir tablonun özünde sahte olması durumunda, parça borçlarında aliud ifa olduğu kabul edilmeli ve alıcı, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerine tabi ayıp, hata ya da hile hükümlerine başvurmaksızın borcun hiç ifa edilmemesine ilişkin hükümlere dayanabilmelidir⁹⁴.

Cins borcunda aliud ifa mı, yoksa ayıplı ifa mı olduğunun tespiti her zaman kolay değildir; nitekim hangi şeylerin aynı cinse dahil olduğunun ve aliud ile ayıplı ifa farkının tespit edilmesinde ticaret hayatındaki yaygın kabuller önceliklidir⁹⁵. Yargıtay bir kararında⁹⁶, cins borçları açısından bir ifanın ayıplı mı aliud mu

Konudaki Önerilerimiz", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:15, Sayı: 2, 2013, (Yenilikler), s. 45.

⁹⁰ İpek, s. 242, 245.

⁹¹ Oğuzman ve Öz, Cilt1, s. 7.

⁹² Eren, **Borçlar Hukuku** 2017, s. 941-942; Şenocak, s. 132; Antalya, Cilt III, s. 393.

⁹³ Acemoğlu, s. 23-25, 29; Rona Serozan, "Parça Borcu-Cins Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayrım", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:3, Sayı:5, 1969, s. 234; H. Tamer İnal, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık Dönme ve Fesih**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 211.

⁹⁴ Acemoğlu, s. 26 vd.; Serozan, s. 234.

⁹⁵ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınevi, C. 1/I, Ankara, 1988, s. 172'den aktaran İpek, s. 234.

⁹⁶ "Davacılar 1993 model makine yerine 1980 model makine teslim edildiğini, bir başka anlatımla doktrinde "aliud" teslim olarak tanımlanan satın alınandan başka bir şeyin teslim edildiğini iddia etmişlerdir. Ayıplı mal teslimi ile sözleşme konusu şeyden başka bir şeyin teslimini birbirinden

sayılacağı hususunda " tarafların sözleşme konusu malı görerek belirleyip belirlemediklerini", yani bir başka ifadeyle dış ayniyeti, esas almış olup tarafların malı görerek belirlemesi ve malın olması gereken nitelikleri haiz olmaması durumunda teslim edilen malın ayıplı mal olduğunu; ancak malı görmeden belirleme yapılması ve malın olması gereken özellikleri haiz olmaması durumunda ise teslim edilen malın aliud ifa teşkil edeceğine karar vermiştir⁹⁷.

Bir ifanın aliud ifa mı, ayıplı ifa mı teşkil ettiği olaya uygulanacak hükmün belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Zira borçlar hukukunda her iki durumda da birbirinden farklı hükümler uygulanmaktadır. Aliud ifa, niteliği itibarıyla hiç ifa etmeme kabul edildiğinden TBK m. 112 ve devamında düzenlenen "borcun ifa edilmemesi" hükümlerine tabidir⁹⁸. Bununla birlikte benzer olguları benzer yaptırımlara bağlamanın hukukun eşitlik ve güvenlik ilkelerinin bir gereği olduğunu savunan bir görüşe göre ise ayıplı ifa ile aliud ifa durumlarında bu müesseseleri düzenleyen hükümlerin kıyas vb. yol ile uygulanması da mümkün olmalıdır⁹⁹.

Peki TKHK m. 48 kapsamında mesafeli sözleşmeler açısından aliud ifanın söz konusu olması durumunda hangi hükümlerin uygulanması gerekmektedir? Örneğin; internetten kazak satın alınmasına rağmen tüketiciye pantolon teslim edilmesi durumunda hangi müesseseye başvurulması gerekmektedir? Bu noktada TKHK m. 48'de özel bir hüküm düzenlenmemiş olup genel olarak tüketici sözleşmelerine bakmak gerekmektedir. TKHK m. 8'de ayıplı mal, tüketiciye teslim anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıması nedeniyle sözleşmeye

ayrımak gerekir. Bu ayrımın önemi uygulanacak olan kanun hükümleri ve meydana çıkacak hukuki sonuçlarında kendini gösterir. Doktrinde ve yerleşik yargı kararlarında satılan şeyin ayıplı olduğu bir başka anlatımla ifanın ayıplı olarak değerlendirildiği durumlarda BK.nun 194. madde hükmünün, aliud teslim söz konusu ise BK.nun 96. maddesi hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir.

Bu durumda uyuşmazlığın çözümünde öncelikle davacıların finansal kiralama konusu makinaları görerek satın alıp almadığı, yani davacıların gördüğü ve belirlediği makinaların davacılar teslim edilip edilmediğinin saptanması gerekir. Eğer davacılar makinaları görüp belirleyip bu makinaların finansal kiralama yolu ile kiralama için davalıya başvurmuş ve davacıların görüp belirledikleri makinalar davacılar teslim edilmiş ise aliud teslimden değil ayıplı ifadan söz edilir ve TTK ve BK.nun ayıba ilişkin hükümleri uygulanır." (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2004/1917, K. 2004/11686, T. 26.11.2004) (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Kazancı İçtihat Bankası, 02.01.2019). Benzer yöndeki bir başka karar için bkz.: Yargıtay 19. Hukuk Dairesi E. 2015/14605, K. 2016/6137, T. 8.4.2016) (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Kazancı içtihat Bankası, 02.01.2019).

⁹⁷ İpek, s. 244-245.

⁹⁸ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 942; İpek, s. 248-249; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 274.

⁹⁹ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 80.

aykırı olan mal olarak tanımlanmıştır. Maddenin gerekçesi incelendiğinde bu tanımlamanın 1999/44/AT sayılı Yönergedeki tanıma paralel düzenlendiği görülmektedir. Öğretide gerek bu nedenle, gerekse tüketiciler açısından daha basit bir yol teşkil etmesi nedeniyle TKHK ile önceki kanundan farklı olarak tüketici sözleşmelerinde aliud ifayı ayıplı ifa gibi değerlendirmek gerektiğini savunan bir görüş bulunmaktadır¹⁰⁰. Bununla birlikte aliud ifa ile ayıplı ifanın birbirinden farklı kavramlar olması, tüketicinin onarım ve ayıpsız misliyle değiştirme haklarını aliud ifa durumunda talep etmesinin anlamsız olması ve bedelden indirim ile dönme hakları ile amaçlanan sonuçlara genel hükümler ile de ulaşılabilmesi nedeniyle TKHK m. 83'te yer alan "*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır.*" hükmüne atıf yapılarak tüketici sözleşmelerinde aliud ifa olması durumunda TBK m. 112 vd. borcun hiç ifa edilmemesi hükümlerinin uygulanması gerektiği de öğretideki bir diğer görüş¹⁰¹ olup kanaatimizce bu ikinci görüş amaca daha uygundur. Bu konudaki üçüncü görüşe göre ise böyle bir durumda ayıplı ifa veya borcun hiç ifa edilmemesine ilişkin hükümler yarışmalı olarak uygulanabilmelidir¹⁰².

Aliud ifa kavramı, gerek öğretide, gerekse yargı kararlarında yalnızca mal teslimi açısından ele alınmıştır. Bu noktada yanlış malın teslimi gibi, yanlış hizmetin sağlanması durumunun da aliud ifa kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu akla gelmektedir. Ancak ifa borçlanılan edimin yerine getirilmesi ile borcun sona ermesi olduğundan, ifanın yalnızca mal teslimi ile sınırlı olmadığı, sözleşmenin konusu ne ise ona yönelik edimin yerine getirilmesi ile sağlanacağı açıktır. Bu nedenle pekala hizmetin sağlanması da ifanın konusunu oluşturabilmektedir ve yanlış hizmetin sağlanması durumunda aliud ifadan söz edilebilmelidir. Örneğin, bir bakım-onarım şirketi ile mesafeli sözleşme kapsamında kurulmuş bir bakım hizmeti sözleşmesi uyarınca salondaki klimaya bakım yapılması gerekirken yatak odasındaki klimaya bakım yapılması ya da mutfaktaki bozuk havalandırmanın tamir edilmesi kanaatimizce hizmetin sağlanması noktasında aliud ifaya örnek teşkil etmektedir.

¹⁰⁰ Serozan, s. 236; Aydoğdu, Yenilikler, s. 45-46.

¹⁰¹ Emre Cumalıoğlu, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Satıcının Ayıplı Maldan Sorumluluğunun Koşulları", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt:9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 27-28.

¹⁰² Murat Aydoğdu, "Madde 8 Ayıplı Mal", **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (Ayıplı Mal), s. 210-211; Aslan, s. 130.

Peki mesafeli sözleşmede hizmetin sağlanması noktasında aliud ifa olması durumunda hangi hükümlere başvurulması gerekmektedir? Mesafeli sözleşmeler anlamında TKHK m. 48'de bu konuya özel bir düzenleme getirilmemiş olup öncelikle tüketici sözleşmeleri hükümlerini incelemek gerekmektedir. TKHK m. 13'de ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan mal hizmet olarak tanımlanmış olup ayıplı mal noktasında öğretildeki ilk görüş doğrultusunda; tüketici sözleşmelerinde hizmetin sağlanması açısından da aliud ifayı ayıplı ifa gibi değerlendirmek gerektiği söylenebilecektir¹⁰³. Bununla birlikte tüketici sözleşmelerinde ayıplı mal-yanlış mal teslimi konusunda öğretildeki ikinci görüşün kabulü halinde, hizmetin sağlanması noktasında aliud ifa durumunda; tüketicinin onarım hakkını talep etmesinin amaca uygun olmaması ve bedelden indirim ile dönme hakları ile amaçlanan sonuçlara genel hükümler ile de ulaşılabilmesi nedeniyle TBK m. 112 vd. borcun hiç ifa edilmemesi hükümlerinin uygulanması gerektiği söylenecektir¹⁰⁴.

4. İfa İkamesi

Edime uygun ifa ilkesi gereğince, taraflar edimden başka bir şeyi ifa konusu yapamaz¹⁰⁵. Ancak kural bu olmakla birlikte istisnaen borçlanılan edimden başka bir şeyin verilmesi suretiyle borcun sona erdirilmesi de mümkündür ve buna ifa ikamesi denilmektedir¹⁰⁶. Öğretildeki bir görüşe göre, edime uygun ifa ilkesinin istisnaları yalnızca ifa yerine edim ve ifa uğruna edim olup seçimlik yetki bu istisnalar kapsamına girmemektedir¹⁰⁷; diğer bir görüşe göre ise bahsi geçen üç müessese de edime uygun ifa ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır¹⁰⁸.

¹⁰³ Aydoğdu, Yenilikler, s. 45-46.

¹⁰⁴ Cumalıoğlu, s. 27-28.

¹⁰⁵ İpek, s. 174.

¹⁰⁶ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 943; Kılıçoğlu, 616; Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayıncılık, Yirmibeşinci Bası, İstanbul, 2014, s. 298-299; İpek, s. 174-175; Tekinay ve diğerleri, s. 762-763; Yıldırım, Borçlar Hukuku, s. 242.

¹⁰⁷ Selahattin Sulhi Tekinay, **Borçların İfası, İhlâli, Sona Ermesi ve Özel Nev'ileri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967, s. 5-6; Kılıçoğlu, s.616-617; Reisoğlu, s.299; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 274-277

¹⁰⁸ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s.943; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, s. 88, 90-91, 93-94; İpek, s. 175; Yıldırım, Borçlar Hukuku, s. 242-243.

a. Seçimlik Yetki

Seçimlik yetki (edimi değiştirme yetkisi¹⁰⁹ ya da yedek edim yetkisi), borçlanılan tek edim olmasına rağmen sözleşme ya da kanun hükmüyle tarafların borçlanılan edimden başka bir edimi talep edebileceği ve bu şekilde borcu sona erdirebileceği bir yetkidir¹¹⁰. Seçimlik yetki, borçlanılanın tek edim olması ve asıl edimin imkansızlaşması halinde borcun sona ermesi açısından seçimlik borçtan farklıdır¹¹¹. Bununla birlikte yedek edimin ifasının kusursuz olarak imkansızlaşması halinde borçlu asıl edimi yerine getirmekle yükümlüdür¹¹². Seçimlik yetkide, borçlu ya da alacaklı asli edim yerine yedek bir edim sunma ya da talep etme hakkına sahiptir¹¹³. Örneğin, borçlu alacaklıya belli bir tabloyu bağışlamayı vaad etmekle birlikte bunun yerine 5.000 TL ödemeyi yetkisini de saklı tutmuşsa bu durumda iradi seçimlik yetki söz konusudur¹¹⁴. Bu noktada ifade etmek gerekir ki; iradi seçimlik yetkiyi taraflar sözleşmeyi kurdukları sırada kararlaştırmalıdır; alacaklının sonradan tek taraflı irade beyanıyla borçluya böyle bir yetki tanınması halinde ifa yerine edim söz konusu olacaktır¹¹⁵.

Mesafeli sözleşmeler açısından da tarafların seçimlik yetkisinin söz konusu olması mümkündür. Bu yetki iradi şekilde sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi, TBK m. 99/II¹¹⁶'de düzenlenen hüküm gibi kanuni seçimlik yetki kapsamına da girebilecektir. Bir internet sitesinden alışveriş yapan tüketicinin sipariş ettiği bir ürüne yönelik satıcı firmanın bu ürünün stokta kalmamış olma olasılığını belirtilerek tüketicie aynı fiyatta alternatif bir ürün seçme hakkı tanınması ve stok durumuna

¹⁰⁹ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 284.

¹¹⁰ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 943; İpek, s. 175.

¹¹¹ Nitekim seçimlik borçta borcun konusu birkaç edim olmakla birlikte; ifanın konusu yalnızca bir edimdir. Seçim hakkı, kural olarak borçluya ait olup karşı tarafa yöneltilmesi ve varmasıyla hüküm ifade eden tek taraflı bir beyan ile kullanabilmektedir. Seçimlik borçta iki edimden biri imkansız hale gelse dahi diğer edim ifanın konusu oluşturabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay ve diğerleri, s. 811-818; Kocayusufoğlu ve diğerleri, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 64-69; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 284-288; O.Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, (Cilt I), s. 60-64.

¹¹² Kılıçoğlu, s. 619.

¹¹³ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 943.

¹¹⁴ Tekinay ve diğerleri, s. 818.

¹¹⁵ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 943.

¹¹⁶ TBK m. 99/II: "Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir." hükmü yer almaktadır. Para borçlarının ifası, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde inceleneceğinden, bu başlık altında irdelenmeyecektir.

göre göndereceği ürünü belirleme yetkisini kendisinde tutması, mesafeli sözleşmelerde satıcının iradi seçimlik yetkisi olduğu hallere bir örnektir. İradi seçimlik yetkinin tüketicide olduğu hallere örnek olarak ise, arkadaşının bürosuna hediye olarak Themis heykeli almak isteyen bir tüketicinin telefonla akdettiği bir mesafeli sözleşmede, arkadaşının bu heykele sahip olma olasılığına karşı aynı fiyata başka bir şey almak üzere satıcı ile anlaşması gösterebilir¹¹⁷. Ancak uygulamada mesafeli sözleşmeler açısından bu tarz bir örneğe rastlamak çok da mümkün olmayabilir. Nitekim TKHK m. 48/4 uyarınca tüketiciye 14 gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart da ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkı tanınmış olup tüketici ile satıcı arasında seçimlik yetki sağlayan herhangi bir anlaşma yapılmasına gerek olmaksızın tüketicinin cayma hakkını kullanması ve ardından istediği şeyi satın alması ya da ekonomik yönü tartışmalı olmakla birlikte aynı anda iki ürünü de satın alması ve ardından biri için cayma hakkını kullanması ile de aynı sonucun elde edilebilmesi kanaatimizce mümkündür. Bu nedenle mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin, satıcı ile seçimlik yetki hususunda anlaşma yapmasının pratik bir önemi olmadığı da söylenebilir.

b. İfa Yerine Edim

İfa yerine edim (asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifa, ifa yerini tutan ifa ya da ifa yerine geçen edim), sözleşmenin kurulmasından sonra; ancak ifadan önce ya da ifa sırasında tarafların, borçlanılan edimden başka bir edimin yerine getirilmesini ifa olarak kabul etmesi¹¹⁸ olarak tanımlanmakla birlikte; tarafların ifadan önce borcun konusunu değiştirmeleri halinde ifa yerine edimden söz edilemeyeceği, borç ilişkisini değiştiren bir sözleşmenin söz konusu olduğu¹¹⁹, bu nedenle ancak ifa sırasında başka bir edimin önerilmesi halinin ifa yerine edim kabul edilebileceği de öğretide¹²⁰ ifade edilmektedir.

¹¹⁷ İpek, s. 176.

¹¹⁸ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 943.

¹¹⁹ "Uyuşmazlık halinde, borcun konusunun mu değiştirildiği, yoksa ifa yerini tutan edanın mı kabul edildiği her somut olayda güven teorisine göre sonuca varılacak bir yorum sorundur. Dikkat edilecek önemli unsur anlaşmanın ifa sırasında yapılmış olup olmamasıdır. Belirtelim ki, şekle bağlı sözleşmelerde, borcun konusunun değiştirilmesi aynı şekle uyulmadıkça geçersiz iken, ifa yerini tutan eda verilmesi böyle bir şarta bağlı değildir." Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 275.

¹²⁰ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 93; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 275.

İfa yerine edim ile borcun yenilenmesi birbirinden farklı müesseseler olup TBK m. 133¹²¹ uyarınca borcun yenilenmesinde taraflar, mevcut sözleşme hükümlerini sona erdirmek amacıyla yeni bir sözleşme ilişkisi kurmaktadır, borç ilişkisi sona ermemekte mevcudun yerini yenisi almaktadır¹²². Oysaki ifa yerine edimde sanki asıl borç ifa edilmiş gibi borçlu borcundan kurtulmaktadır¹²³. Örneğin, (B), taşınmazını satın aldığı (A)'ya 500.000 TL'lik borcunu ödemek yerine lüks arabasını vermeyi teklif eder ve (A) da bu teklifi kabul ederse ifa yerine edim söz konusu olur ve borç sona erer¹²⁴. İfa yerine edimde, verilen şeyin asıl edimden farklı değerde olması borçlu ya da alacaklıya değer farkını talep etme hakkı sağlamamaktadır¹²⁵.

Mesafeli sözleşmelerde de ifa yerine edimin gündeme gelmesi mümkündür. Ancak tüketici açısından edim, bedelin ödenmesi olup bu ödemenin çoğu zaman sözleşme kurulurken kredi kartı ile sağlandığı, kredi kartında yeterli bakiyenin olmaması ya da teknik birtakım nedenlerle ödeme yapılamaması durumunda sözleşmenin kurulamadığı dikkate alındığında; tüketicinin sözleşme kurulduktan sonra ama ifa sırasında borçlanılan edimi değiştirmeyi teklif edemeyeceği, bir başka ifadeyle ifa yerine edimin söz konusu olamayacağı düşünülmektedir. Bununla birlikte bedelin kapıda nakit olarak ya da banka kanalıyla (EFT/havale yoluyla) ödendiği hallerde, sözleşme önceden kurulduğundan tüketicinin ifa sırasında borçlandığı bu edimi değiştirmeyi teklif etmesinde teknik anlamda bir mahzur bulunmadığı görülmektedir. Örneğin, sahaf olan bir satıcıdan mesafeli sözleşme kapsamında satın alınan bir kitabın bedelinin kapıda nakit olarak ödenmesi kararlaştırılırsa; ancak teslimat sırasında tüketici bedeli ödemek yerine elindeki eski kitapları vermeyi teklif ederse ve satıcı da bu teklifi kabul ederse ifa yerine edim söz konusu olur. Bu noktada para (bedel) ödeme vasıtasında değişikliğinin, edim değişikliği arz edip etmediği sorusu akla gelmektedir. Örneğin, tüketicinin sözleşme

¹²¹ TBK m. 133: "Yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur.

Özellikle mevcut borç için kambyo taahhüdünde bulunulması veya yeni bir alacak senedi ya da yeni bir kefalet senedi düzenlenmesi, tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça yenileme sayılmaz."

¹²² Kılıçoğlu, s. 617.

¹²³ Tekinay ve diğerleri, s. 762.

¹²⁴ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 274.

¹²⁵ Ahmet Cemal, "Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:3, Sayı:5, 1969, s. 243, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/14036> , (13.01.2019); Reisoğlu, s. 299.

kurulurken kapıda nakit ödeme taahhüdünde bulunup teslimat için kapıya gelindiğinde kredi kartı ya banka kartı ile veya havale/EFT suretiyle ya da bono imzalayarak ödeme yapmak istemesi edim değişikliği ve ifa yerine edim teşkil eder mi? Nakit yerine bahsi geçen şekillerde ödeme yapılması teklifinin edim değişikliği arz edeceği kuşkusuzdur. Bununla birlikte kredi kartı, banka kartı veya havale/EFT gibi kaydi parayla yapılan ödemeler ya da bono gibi kendiliğinden maddi karşılığı olmayan ancak paraya çevrilebilen ödeme araçları ifa yerine edim değil, ifa uğruna edim teşkil ettiği öğretide ifade edilmektedir¹²⁶.

Öte yandan mesafeli sözleşmede satıcının da ifa yerine edimi teklif etmesi mümkündür. Bu durumun, stokta kalmadığı halde sözleşme sırasında tespit edilemeyen mallar açısından gündeme gelebileceği ve satıcının sözleşmeden sonra ancak ifadan önce sözleşme konusu mal dışında başka bir malın teslimini teklif edebileceği bir an için akla gelse de; ifa yerine edimin, ifa sırasında teklif edilmesi gerektiği ve ifa öncesinde yapılan teklifin "edimin değiştirilmesi sözleşmesi" niteliği taşıyabileceği dikkate alınarak böyle bir durumda ifa yerine edimin değil "edim değiştirme sözleşmesinin" söz konusu olduğu söylenebilecektir. Ancak satıcının, mesafeli sözleşmenin akdedilmesinden sonra; ancak ifa sırasında tüketiciye başka bir malın teslimini teklif etmesi ve tüketicinin de bu malı kabul etmesi halinde ifa yerine edimden söz edilebilecektir. Bu noktada önem arz eden husus, normalde aliud ifa olması nedeniyle geçerli kabul edilemeyecek bir ifanın, tüketici tarafından bilerek kabul edilmesi nedeniyle ifa yerine edim niteliği taşımasıdır. TKHK m. 8'deki ayıplı malı tanımını ve madde gerekçesini birlikte değerlendirerek tüketici sözleşmelerinde aliud ifayı ayıplı ifa gibi değerlendiren görüşe göre de böyle bir durumda tüketici, sözleşme konusu maldan farklı malı bilerek kabul etmişse artık ifa yerine edim söz konusudur; ancak teslim edilen mal ayıplı ise bu durumda ayıpla ilgili hükümlere başvurulması gerekmektedir¹²⁷.

¹²⁶ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 94, 100; İpek, 218. Ancak öğretide EFT usulü ile yapılan ödemelerin ifa teşkil ettiği, ifa yerine edim veya ifa uğruna edim niteliğinde olmadığını savunan bir görüş de bulunmaktadır. Bkz: Sözer, s. 143.

¹²⁷ Murat Aydoğdu, **4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Kapıdan Satışlar**, İzmir, 1988, s. 146-147'den aktaran Aydoğdu, Yenilikler, s. 46-47.

c. İfa Uğruna Edim

Borçlanılmış edimin yerine başka bir edim verme, her zaman ifa yerine geçip borcu sona erdirmemektedir; ancak alacaklıya asıl edimine kavuşma hususunda ek bir güvence sağlamaktadır¹²⁸. İfa uğruna edim de (asıl edimi hedef tutan bir şeyle ifa, ifa amacıyla yapılan edim ya da ifaya yönelik eda) bu kapsamda olup alacaklının kabulü üzerine borçlunun borçlandığı edimden başka bir edimi yerine getirdiği, alacaklının bu edimi paraya çevirerek alacağını buradan karşıladığı ve borçlunun da bu nispette borcundan kurtulduğu anlaşmadır¹²⁹. Örneğin, (A)'nın, (B)'ye 5.000 TL borcu olması ve borcunu ödeyebilmek için (B)'ye (C)'den olan alacağını devretmesi ya da kıymetli bir eşyasını vermesi ve (B)'nin kendisine devredilen alacağı tahsil ederek ya da verilen kıymetli eşyayı satarak alacağına kavuşması hususunda tarafların anlaşması durumunda ifa uğruna edim söz konusu olacaktır¹³⁰.

İfa uğruna edimde, alacaklı borçlandığı edimi elde edebilmek için kendisine verilen diğer edimi, örneğin bonoyu, paraya çevirmeye çalışır; ancak başarılı olamazsa asıl edim olan alacağına tekrar başvurma hakkını haizdir¹³¹. Zira ifa uğruna edimde borçlu, ancak ifa amacıyla verdiği edimin tahsil edilmesiyle ve tahsil oranında borcundan kurtulmaktadır¹³². Bu nedenle alacaklı, ifa uğruna verilen edimin paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen meblağın, borçlanılan edimden fazla olması halinde fazla kısmı borçluya iade etmekle yükümlü olduğu gibi; borçlanılan edimden az olması halinde de eksik kısmı borçludan talep hakkı mevcuttur¹³³. Borçlanılan edimin yerine verilen edim ile borcun sona ermemesi, verilen edimin paraya çevrilmesi zorunluluğu ve buna bağlı diğer sonuçlar, ifa uğruna edimi, ifa yerine edimden ayırmaktadır.

İfa uğruna edim ile borcun yenilenmesi de birbirinden farklı müesseseler olup TBK m. 133 uyarınca borcun yenilenmesinde taraflar, açık iradeleri ile mevcut sözleşme hükümlerini sona erdirmek amacıyla yeni bir sözleşme ilişkisi kurmaktadır. Yine aynı madde uyarınca mevcut borç için kambyo taahhüdünde bulunulması veya

¹²⁸ Kocayusufopaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 93.

¹²⁹ Cemal, s. 244; İpek, s. 200.

¹³⁰ Tekinay ve diğerleri, s. 762-763.

¹³¹ Kocayusufopaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 93.

¹³² Kılıçoğlu, s. 617.

¹³³ Tekinay ve diğerleri, s.763; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 276.

yeni bir alacak senedi ya da yeni bir kefalet senedi düzenlenmesi tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça yenileme sayılmamaktadır. Bu durumda mevcut borç ifa edilemediğinden çek ya bono verilmesi yenileme değil, ifa uğruna edim anlamına gelmektedir¹³⁴.

Borçlunun, sözleşme konusu borcunu yerine getirememesi nedeniyle başka birinden olan alacağını borçluya devretmesi halinde ifa uğruna edimin söz konusu olduğu karinesi kanundan kaynaklanmaktadır. Nitekim TBK m. 192¹³⁵ uyarınca alacaklı ifa uğruna yapılan edimin paraya çevrilmesinde yeterli özeni göstermezse dahi, gerekli özeni gösterseydi ne kadar meblağ elde edebilecek idiye asıl alacak o oranda sona erecektir¹³⁶. İfa uğruna edimin, alacağın devri dışında da mümkün olması; alacağın devrinin ise ifa amacıyla yapılması (ifa uğruna edim) dışında bağışlama, teminat ya da tahsil amacıyla da yapılabilmesi nedeniyle ifa uğruna edim ile alacağın devri birbirinden farklı kavramlardır¹³⁷.

TBK m. 555¹³⁸ uyarınca havale, çifte yetkilendirme esasına dayanan bir üçlü ilişki olup bu yönüyle, sözleşme niteliğini haiz ifa uğruna edimden farklıdır¹³⁹. Havale ödeyicisinin, havaleyi kabul ettiğini havale alıcısına bildirmesi halinde alacaklı lehine yapılan havalenin, yeni bir borç altına girilmesi ya da alacağın devrinde olduğu gibi, ifa uğruna edim teşkil ettiği TBK m. 556¹⁴⁰ uyarınca karinedir.

Öğretide çoğunlukla kabul görüşe göre, alacaklıya borçlanılan edimden farklı bir şeyin verilmesi durumunda taraflar arasındaki anlaşmanın ifa yerine edim mi yoksa ifa uğruna edim mi olduğu konusunda tereddüt olması halinde sözleşmenin

¹³⁴ Tekinay ve diğerleri, s. 993.

¹³⁵ TBK m. 192: "Alacaklı, alacağını borcu ifaya yönelik olarak devretmekle birlikte borca mahsup edilecek miktarı belirlememişse devralan, ancak borçludan aldığı veya gereken özeni gösterseydi alabilecek olduğu miktarı, kendi alacağına mahsup etmek zorundadır."

¹³⁶ Tekinay, s. 329-330; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 96; İpek, s. 209.

¹³⁷ İpek, s. 208; Ahmet Türk, **Hukuki Yönden Banka Havalesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 46.

¹³⁸ TBK m. 555: "Havale, havale edenin, kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuki işlemdir."

¹³⁹ İpek, s. 211.

¹⁴⁰ TBK m. 556: "Havale, havale edenin havale alıcısına olan borcunun ifası amacıyla yapıyorsa, bu borç ancak havale ödeyicisinin borcu ifa etmesiyle sona erer.

Havaleyi kabul etmiş olan havale alıcısı, havale ödeyicisine başvurarak havalade belirlenen süre içinde alacağını elde edememişse, bu alacağı, havale edene karşı yeniden ileri sürebilir.

Alacaklı olan havale alıcısı, havaleyi kabul etmek istemezse, durumu borçlu olan havale edene gecikmeksizin bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğan zararı gidermekle yükümlü olur."

"ifa uğruna edim" olduğu kabul edilmelidir¹⁴¹. Öğretideki bir başka görüş, temelinde bu ilk görüşe katılmakla birlikte; ifa edilecek borcun para borcu dışında bir borç olması halinde ifa yerine edimin karine teşkil etmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁴². Öğretideki diğer bir görüş ise para borcu vb. ayrımı yapmaksızın şüphe halinde ifa yerine edimin varlığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁴³.

Mesafeli sözleşmelerde satıcının borcunun sözleşme konusu malın teslimi ya da hizmetin sağlanması olduğu dikkate alındığında; tüketiciye bu edimler dışında borcunu karşılayabilmek adına başka bir edim vermesi ve tüketicinin bunu tahsil ederek alacağını karşılayabilmesinin mümkün olamayacağı açıktır. Bununla birlikte örneğin, sözleşme konusu malın TKHK m. 48/3'te belirtilen otuz günlük süre içinde teslim edilememesi nedeniyle tüketicinin mesafeli sözleşmeyi feshetmesi ya da tüketicinin TKHK m. 48/4 uyarınca on dört gün içinde cayma hakkını kullanması durumunda tüketiciye yapılacak para iadesi noktasında satıcının, çek veya bono ile borç altına girmesi halinde; ifa uğruna edim söz konusu olacaktır.

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin borcu, bedelin ödenmesi olup bu ödemenin çoğu zaman sözleşme kurulurken kredi kartı ile sağlandığı, gerek kredi kartında yeterli bakiyenin olmaması, gerekse teknik birtakım nedenlerle ödeme yapılamaması durumunda ise sözleşmenin kurulamadığı dikkate alındığında; böyle bir durumda ifa uğruna edimin söz konusu olamayacağı düşünülmektedir. Bununla birlikte örneğin kapıda ödeme koşuluyla sözleşme kurulup teslimat için kapıya gelindiğinde tüketicinin nakit ödeme yapmak yerine başkasından olan alacağını devretmesi, bono imzalaması, banka veya kredi kartı ile ya da havale/EFT yoluyla ödeme yapması durumunda ifa amacıyla edimde bulunduğu açıktır.

B. İfanın Tarafları

Mesafeli sözleşme özünde satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında akdedilmektedir. Ancak mesafeli sözleşmenin, satıcı veya sağlayıcıya aracılık edenler aracılığıyla kurulabilmesi mümkün olduğu gibi, sözleşme kurulduktan sonra

¹⁴¹ Tekinay ve diğerleri, s.763; Reisoğlu, s. 299; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 945; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 95.

¹⁴² Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 277.

¹⁴³ Kılıçoğlu, s. 617.

satıcı veya sağlayıcının bizzat ifade bulunmasının her zaman olanaklı olamaması nedeniyle taşıyıcılar vasıtasıyla ifa edilmesi de mümkündür. Bu nedenle sözleşmenin kuruluş tarzı itibariyle ifanın tarafları bilhassa önem taşımaktadır.

1. Satıcı veya Sağlayıcı Açısından Edimin İfası

Satıcı veya sağlayıcı açısından edimin ifasının açıklanabilmesi için ifade bulunacak kişi ya da kişiler ile ifa yapılacak kişi ya da kişileri ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

a. İfade Bulunacak Kişi

Mesafeli sözleşmede ifade bulunacak kişi satıcı veya sağlayıcı olabileceği gibi, bu sözleşmeye özgü bir kavram olarak "aracılık eden" de olabilecektir.

(1) Satıcı ve Sağlayıcı Kavramı

TKHK m. 3/1-i uyarınca satıcı, *"Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi"*; TKHK m. 3/1-ı uyarınca sağlayıcı ise, *"Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi"* ifade etmektedir.

Bu tanımlamalardan da görüldüğü üzere; satıcı tüketiciye bir mal sunmayı hedeflerken, sağlayıcı hizmet sunmayı hedeflemektedir¹⁴⁴. Birbirlerinden mal veya hizmet sunma noktasında ayrışan satıcı ve sağlayıcı kavramlarının, iki temel özelliği bulunmaktadır. Bunlardan biri, satıcı veya sağlayıcının gerçek ya da tüzel kişi olabilmesidir¹⁴⁵. Kanun koyucu özellikle kamu tüzel kişilerini de satıcı veya sağlayıcı kapsamına dahil etmiştir¹⁴⁶. Bunun dışında TTK m. 16 uyarınca amacına ulaşmak üzere ticari işletme işleten dernekler, vakıflar, ve özel kanunlarına göre

¹⁴⁴ Akipek, Tanımlar, s. 55.

¹⁴⁵ Çabri, s. 44.

¹⁴⁶ Akipek, Tanımlar, s. 54.

kurulmuş olan ve tüketicilere mal satan karma iktisadi teşebbüsleri ve kamu teşebbüsleri ile yerel yönetimler de satıcı sayılmaktadır¹⁴⁷. Örneğin, belediye ile tüketici arasındaki su aboneliği sözleşmesinde belediye satıcı konumundadır¹⁴⁸. Ya da örneğin, şeker, demir-çelik, kömür, akaryakıt, doğalgaz gibi şeyleri üretip satan kamu kurum ve kuruluşları tüketici hukuku anlamında satıcı sayılmaktadır¹⁴⁹. Öte yandan kamu kurum ve kuruluşlarının, bahse konu şeylerin dağıtımını gibi hizmetleri gerçekleştirmesi halinde ise sağlayıcı sıfatını haiz olmaları mümkündür¹⁵⁰.

Satıcı ve sağlayıcı kavramlarının ikinci temel özelliği ise, mal ya da hizmeti ticari veya mesleki amaçla sunmasıdır¹⁵¹. Malın ya da hizmetin ticari ve mesleki amaçla sunulması ifadesinden, işletmenin sürekli faaliyetleri kapsamında ve kazanç sağlama amacıyla sunulması anlaşılmakta olup bir malı ya da hizmeti asgari bir örgütlenme olmaksızın arızı olarak sunan ya da birkaç kez sunmakla birlikte daha sonra bu işi sürdürmeyen kişilerin THKH kapsamında satıcı sayılması mümkün değildir¹⁵².

4077 sayılı TKHK'da¹⁵³ yer alan tanımdan farklı olarak 6502 sayılı TKHK m. 3'te yer alan tanımda "ticari veya mesleki amaçla mal/hizmet sunan adına ya da hesabına hareket eden kişiler" de satıcı ve sağlayıcı kabul edilmiştir. Bu nedenle satıcı veya sağlayıcı adına hareket eden doğrudan veya dolaylı temsilcilerin yapmış oldukları işlemler de tüketici işlemi sayılmaktadır¹⁵⁴. Ancak öğretilde satıcı veya sağlayıcı adına doğrudan işlem yapan temsilcinin satıcı veya sağlayıcı sayılmasının eleştiriye açık olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁵. Nitekim TBK m. 40/I uyarınca yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan bir hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunanı bağladığından, tüketici ile doğrudan temsilci arasında yapılan bir işlemde söz edilebilmesi ve dolayısıyla doğrudan temsilcinin

¹⁴⁷ Zevkliler ve Özel, s. 96.

¹⁴⁸ Çabri, s. 45.

¹⁴⁹ Zevkliler ve Özel, s. 96; Çabri, s.45.

¹⁵⁰ Zevkliler ve Özel, s. 98.

¹⁵¹ Çabri, s. 47.

¹⁵² Akipek, Tanımlar, s. 55; Zevkliler ve Özel, s. 97.

¹⁵³ 4077 sayılı Kanun m. 3: "Bu Kanunun uygulanmasında;

f) Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri,

g) Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri, ifade eder."

¹⁵⁴ Çabri, s. 46.

¹⁵⁵ Çabri, s. 46.

satıcı veya sağlayıcı kabul edilmesi teknik anlamda doğru değildir¹⁵⁶. Dolaylı temsilde ise temsilci hukuki işlemi kendi adına; ancak başkası hesabına yapmakta olup bu nedenle hukuki işlemi kendi adına yaptıktan sonra bu işleminden doğan hak ve borçları temsil olunana devretmektedir¹⁵⁷. Bu nedenle dolaylı temsilcinin, duruma göre satıcı veya sağlayıcı olarak adlandırılabilmesi kabul edilmektedir¹⁵⁸. Böyle bir durumda temsil olunanın her halükarda satıcı veya sağlayıcı olması gerekmektedir birlikte; doğrudan temsilcinin satıcı veya sağlayıcı sıfatını haiz olabilmesi için öncelikle tüketici ile dolaylı temsilci arasındaki hukuki işlemin de tüketici işlemi olması gerekmektedir¹⁵⁹. Bu nedenle dolaylı temsilcinin ticari veya mesleki amaçla hareket etmeksizin aracı olması halinde tüketici işleminden ve dolayısıyla dolaylı temsilcinin satıcı veya sağlayıcı olarak nitelendirilmesinden söz edilemeyecektir¹⁶⁰.

(2) Aracılık Edenler Kavramı

Mesafeli sözleşmeler açısından satıcı ve sağlayıcıların, mal veya hizmetin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak bir sistem oluşturmaları ve tüketici ile fiziken karşı karşıya gelmeksizin bu sistem üzerinden kurulan sözleşmeler neticesinde mal teslim etmeleri ya da hizmet sağlamaları gerekmektedir. Ancak uzaktan pazarlama sisteminin illa satıcı veya sağlayıcı tarafından oluşturulması ya da kullanılması şart değildir. Zira TKHK m. 48/5'te "oluşturdukları sistem çerçevesinde uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenlerin" yükümlülükleri düzenlenmiş olup bu durum mesafeli sözleşmelerde uzaktan pazarlama sisteminin satıcı ve sağlayıcılar dışındaki kişilerce de oluşturulabileceğini ve kullanılabileceğini göstermektedir.

TKHK m. 48/5'te yer alan "*Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu maddede yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi hâlinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür. Ancak*

¹⁵⁶ Gümüş, s. 15; Çabri, s. 46.

¹⁵⁷ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 212-213.

¹⁵⁸ Gümüş, s. ; Çabri s. 46-47.

¹⁵⁹ Çabri, s. 47.

¹⁶⁰ Gümüş, s. ; Çabri, s. 47.

bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur." hükmünün özellikle internet ortamında oluşturulan sistem üzerinden yapılan aracılıklar için düzenleme getirdiği maddenin gerekçesinde belirtilmektedir. Nitekim uygulamada mesafeli sözleşmelerin sıklıkla internet üzerinden kurulduğu ve tüketicilerin, giyim, kozmetik, temizlik, hediyeelik eşya gibi birçok alanda ticaret yapan satıcılar ile aracılık edenler vasıtasıyla tek bir mecra üzerinden mesafeli sözleşme akdettikleri görülmektedir. Bu nedenle aracılık edenin sorumluluğunun kanunda açık şekilde düzenlenmesinde yarar olduğu düşünülmektedir. Günümüzde aracılık edenler denilince akla ilk gelenler Trendyol, Markafoni, Hepsiburada, n11 gibi internet sitelerini kullanmak suretiyle satıcılar adına mesafeli sözleşme kurulması sağlayan kişi ya da şirketlerdir.

Aracılık eden, oluşturduğu sistem çerçevesinde satıcı ve sağlayıcının mal veya hizmetlerinin mesafeli olarak tüketiciye ulaşmasına aracılık etmekte ve tüketiciden mal veya hizmetlerin bedelini de tahsil etmektedir¹⁶¹. Öğretide aracılık edenin, satıcı veya sağlayıcının temsilcisi konumunda olduğu ve satıcı veya sağlayıcının borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde tüketiciye karşı sorumlu olduğunu savunan bir görüş bulunmaktadır¹⁶². Bu görüş olması gereken hukuk açısından doğrudur; ancak kanun koyucu mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenlerin müteselsil sorumluluğuna ilişkin Tasarıdaki düzenlemeyi TKHK kapsamına almamış ve aracılık edenlere yalnızca "işlemlere ilişkin kayıt tutma ve talep halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere verme" yükümlülüğü ile sınırlı bir düzenleme getirmiştir¹⁶³.

Öte yandan aracılık eden, yine yasa gereği "satıcı veya sağlayıcı ile yaptığı sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı" sorumludur. Dolayısıyla aracılık eden, satıcı veya sağlayıcıların borca aykırı fiillerinden sorumlu değildir. Bu açıdan örneğin, satıcı ile aracılık eden arasındaki sözleşme uyarınca aracılık eden, ancak satıcıdan aldığı talimat doğrultusunda ve satıcının belirlediği süre aralığında malları indirimli fiyatlardan satmaya yetkiliyken; satıcıdan talimat almaksızın satar ya da satıcının belirlediği süreden sonra da indirimli satmaya devam ederse tüketici indirimli fiyatlar üzerinden sözleşmeyi kuracaktır ve satıcı da sözleşmeye aykırılık nedeniyle aracılık

¹⁶¹ Topaloğlu, s. 775.

¹⁶² Çabri, s. 770.

¹⁶³ Zevkliler ve Özel, s. 334.

edenin sorumluluğuna başvurabilecektir. Böyle bir durumda edim ilişkisinden bağımsız bir borç ilişkisi gündeme gelmektedir ve tüketici taraf olmadığı halde satıcı veya sağlayıcı ile aracılık eden arasındaki sözleşmeden yararlanabilmektedir¹⁶⁴. Ancak bedel tahsil edilmeksizin yalnızca satıcı veya sağlayıcılar ile tüketicilerin iletişime geçmelerine aracılık edilmesi halinde yer sağlayıcı niteliğindeki internet siteleri açısından böyle bir sorumluluğun doğmayacağı maddenin gerekçesinde de öğretilmiştir¹⁶⁵ de ifade edilmiştir. Yer sağlayıcı niteliğini haiz aracılık eden denilince günümüzde ilk akla gelen www.booking.com¹⁶⁶, www.trivago.com¹⁶⁷, www.hotels.com¹⁶⁸ gibi internet sitelerdir. Nitekim bu ve bunun gibi internet siteleri, tüketicilere seçenekler sunmakta ve tüketicilerin tercihleri doğrultusunda sağlayıcılara yönlendirmektedir.

Elektronik ticarete ilişkin esas ve usulleri düzenleme amacıyla çıkarılan 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun¹⁶⁹ (ETDHK) m. 2/a uyarınca elektronik ticaret, fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyeti ifade etmektedir. Bu açıdan elektronik ticaret, geleneksel ticaretten farklı olarak dijital teknolojiye dayanmakta ve dijital ortamda gerçekleştirilmektedir¹⁷⁰. Buna bağlı olarak söz konusu kanunda dijital/elektronik ortalama uygun şekilde farklı kavramlar getirilmiştir. Nitekim ETDHK m. 2/ç uyarınca "hizmet sağlayıcı", elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişileri; m. 2/d uyarınca "aracı hizmet sağlayıcı" ise, başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir. 6502 sayılı TKHK m. 48 kapsamında mesafeli sözleşmelerde de taraflar karşı karşıya gelmeksizin uzaktan iletişim araçlarıyla sözleşme kurmakta olup bu sözleşmede taraflardan biri mutlaka tüketici olduğundan ve işlem de tüketici işlemi olduğundan, tüketiciler yönünden ETDHK hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bununla birlikte satıcılar açısından, sözleşmenin elektronik ortamda gerçekleşmesi kaydıyla, ETDHK hükümleri uygulanması gerekmektedir. Zira mesafeli sözleşme ile satıcılar neticede

¹⁶⁴ Topaloğlu, s. 775.

¹⁶⁵ Aydoğdu, Tüketici Hukuku, s. 290

¹⁶⁶ <https://www.booking.com/content/terms.tr.html> (15.06.2019).

¹⁶⁷ <https://www.trivago.com.tr/hizmet-ko%C5%9Fullar%C4%B1> (15.06.2019).

¹⁶⁸ <https://tr.grup.hotels.com/Terms.htm> (15.06.2019).

¹⁶⁹ R.G. 05.11.2014 tarih ve 29166 sayılı.

¹⁷⁰ Bülent Sözer, **Elektronik Sözleşmeler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 21.

ticari bir faaliyet gerçekleştirmekte ve taraflar fiziki olarak bir araya gelmemektedir. Ancak her iki kanunda da farklı tanımlamalar öngörüldüğünden; terminolojik anlamda hataya düşmemek adına TKHK kapsamında satıcı veya sağlayıcı olan tarafın, ETDHK kapsamında hizmet sağlayıcı olarak adlandırılması gerekmektedir. Yine TKHK m. 48/5 uyarınca aracılık edenler, ETDHK uyarınca aracı hizmet sağlayıcı tanımına girmektedir.

Kanun koyucu ETDHK m. 9/2¹⁷¹ ve Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik¹⁷² (HSY) hükümleri¹⁷³ ile aracı

¹⁷¹ ETDHK m. 9/2: "Bu Kanunun 3, 4, 5, 6, 7 ve 8 inci maddelerinde düzenlenen yükümlülüklerin aracı hizmet sağlayıcılarına uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir." hükmünü haiz olup atıf yapılan maddeler ise sırasıyla bilgi verme yükümlülüğü, sipariş, ticari iletişime ilişkin esaslar, ticari elektronik ileti gönderme şartı, ticari elektronik iletinin içeriği ve alıcının ticari elektronik iletiyi reddetme hakkını düzenlemektedir.

¹⁷² R.G. 26.08.2015 tarih ve 29457 sayılı.

¹⁷³ HSY m. 6'da " (1) Alıcı ve hizmet sağlayıcı arasında alım satım işleminin yapıldığı elektronik ticaret pazar yerlerini işleten aracı hizmet sağlayıcılar, kendileriyle ilgili olarak 5 inci maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki yükümlülükleri aynı usulle yerine getirir.

(2) Aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret ortamı sunduğu hizmet sağlayıcıya ilişkin bilgilerin, hizmet sağlayıcıya tahsis edilen alanda gösterilebilmesi ve güncellenebilmesi için gerekli teknik imkânları sağlar.

(3) Aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sağlayıcının elektronik ticaret faaliyetine başlamasından önce 5 inci maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarındaki yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlar.

(4) Aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sunduğu elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içeriği kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir." hükmü düzenlenmiştir. Bu madde ile atıf yapılan "Hizmet Sağlayıcının Bilgi Verme Yükümlülüğü" başlıklı 5. maddenin ilgili fıkraları şu şekilde düzenlenmiştir: "(1) Hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret faaliyetine başlamadan önce kendine ait elektronik ticaret ortamında aşağıdaki bilgileri eksiksiz olarak bulundurur:

a) Tebligata elverişli KEP adresi, elektronik posta adresi ve telefon numarası ile varsa işletme adı veya tescilli marka adı.

b) Mensubu olduğu meslek odası ve varsa üyesi olduğu sektörel kuruluşlar ile meslekle ilgili davranış kuralları ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabilmesine ilişkin bilgiler.

c) Tacir ise ayrıca ticaret unvanı, MERSİS numarası ve merkez adresi.

ç) Esnaf ise ayrıca adı ve soyadı, vergi kimlik numarası ve merkez adresi.

(2) Tacir veya esnaf olmayan hizmet sağlayıcı, kendine ait elektronik ticaret ortamında adı ve soyadını veya unvanını, merkez adresini, tebligata elverişli KEP adresini, elektronik posta adresini ve telefon numarasını eksiksiz olarak bulundurur.

(3) Hizmet sağlayıcı birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen bilgilerini, ağ üzerindeki ana sayfasında ve doğrudan ulaşılabilir şekilde "iletişim" başlığı altında sunar.

(4) Aracı hizmet sağlayıcı üzerinden satış yapan ve tacir veya esnaf olan hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret faaliyetine başlamadan önce, aracı hizmet sağlayıcı tarafından kendine tahsis edilen alanda aşağıdaki bilgileri eksiksiz olarak bulundurur:

a) Ticaret unvanı, işletme adı veya tescilli marka adı bilgilerinden en az biri.

b) Tebligata elverişli KEP adresi.

c) Esnaf için vergi kimlik numarası, tacirler için MERSİS numarası.

ç) Merkez adresi ve onaylanmış telefon numarasının aracı hizmet sağlayıcıda bulunduğu ilişkin bilgi.

hizmet sağlayıcılara yönelik birtakım yükümlülükler öngörmüştür. Bu yükümlülükler özünde elektronik ticarete muhatap bulunabilmesini, dijital ortamda yapılan işlemin doğru yürütülebilmesi için gerekli teknik desteğin sağlanmasını ve siparişe yönelik gerekli bilgilendirmenin yapılmasını sağlamaya yöneliktir.

Mesafeli sözleşmelerde de taraflardan birinin tüketici olması nedeniyle tüketicilerin menfaatlerinin korunması açısından satıcı ve sağlayıcıların yanında aracılık edenlere de birtakım yükümlülüklerin yüklenmesi bir gerekliliktir. Bu noktada MSY incelendiğinde "satıcı ve sağlayıcılar açısından", HSY'de "hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcılar için" düzenlenen yükümlülüklerle benzer

(5) Aracı hizmet sağlayıcı üzerinden satış yapan ve tacir veya esnaf olmayan hizmet sağlayıcı, aracı hizmet sağlayıcı tarafından kendine tahsis edilen alanda aşağıdaki bilgileri eksiksiz olarak bulundurur:

a) Adı ve soyadı.

b) İkametgâhının bulunduğu il.

c) Merkez adresi ve onaylanmış telefon numarasının aracı hizmet sağlayıcıda bulunduğuna ilişkin bilgi."

HSY m. 7/1'de: "Aracı hizmet sağlayıcı ve kendine ait elektronik ortamda satış yapan hizmet sağlayıcı tarafından, elektronik ticaret işlemlerinin gerçekleştirildiği ağ üzerinden doğrudan ulaşılabilecek şekilde ana sayfada "işlem rehberi" başlığı altında aşağıdaki bilgiler güncel olarak bulundurulur:

a) Sözleşmenin kurulabilmesi için mal ve hizmetin seçilmesi, teslimat ve ödeme bilgilerinin girilmesi ile siparişin onaylanması gibi gerekli aşamaları gösterir şekilde teknik adımlar.

b) Elektronik ticarete ilişkin sözleşmenin, elektronik ortamda saklanıp saklanmayacağı ile bu sözleşmeye alıcının daha sonra aynı ortamda erişiminin mümkün olup olmayacağı ve bu erişimin ne kadar süreyle sağlanacağına ilişkin bilgi.

c) Alıcının siparişi vermeden önce veri girişindeki hatalarını açık ve anlaşılır bir şekilde belirleyebilmesi ve düzeltebilmesi amacıyla özet sipariş formu ile geri al ve değiştir gibi teknik araçların sunulacağına ilişkin bilgi.

ç) Elektronik ticaret işlemleri nedeniyle elde ettiği kişisel verilere ilişkin gizlilik kuralları.

d) Alıcıyla arasında uyuşmazlık çıkması halinde varsa alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları." hükmü düzenlenmiştir.

Yine HSY m.8'de : "Aracı hizmet sağlayıcı ve kendine ait elektronik ortamda satış yapan hizmet sağlayıcı;

a) İkinci el malların ayrı kategoride satışa sunulmasını,

b) Ağ üzerinden verilen siparişin onaylanması aşamasında ve ödeme bilgilerinin girilmesinden önce, vergi ve teslimat masrafları da dâhil olmak üzere alıcının ödeyeceği toplam bedelin ve sözleşmenin diğer şartlarının alıcı tarafından açıkça görülmesini,

c) Mal veya hizmetin toplam bedeli, fiyatın hesaplanma usulü ve teslimat masrafları önceden belirlenmiyorsa buna ilişkin ek masrafların ödenebileceği bilgisini,

ç) Siparişin onaylanmasından önce alıcıların veri giriş hatalarını belirleyebilmesi için sipariş özetini ve bu hatalarını düzeltebilmesi için geri al ve değiştir gibi uygun, etkili ve kolay erişilebilir teknik araçları,

d) Sözleşme hükümlerinin ve genel işlem şartlarının, alıcı tarafından yeniden görülebilmesi, basılı bir şekilde kullanılabilmesi ve saklanabilmesi amacıyla söz konusu hususların alıcıya fiziki veya elektronik ortamda gönderilmesini, sağlar." hükmü,

HYS m.9'da ise " (1) Aracı hizmet sağlayıcı ve kendine ait elektronik ortamda satış yapan hizmet sağlayıcı siparişi aldığı, işlemin yapıldığı ağ üzerinden ve ayrıca elektronik posta, kısa mesaj, telefon araması, faks gibi araçlardan en az biriyle gecikmeksizin alıcıya bildirir.

(2) Sipariş ve siparişin alındığının teyidi, tarafların söz konusu beyanlara erişiminin mümkün olduğu anda gerçekleşmiş sayılır." hükmü sözleşme kurulmadan önce ve kurulduktan sonra tüketicilerin siparişe yönelik bilgilendirilmesini sağlamaya yönelik yükümlülükler öngörülmüştür.

şekilde ön bilgilendirme yükümlülükleri¹⁷⁴ düzenlendiği görülmekle birlikte; "aracılık edenler açısından" bu yönde bir düzenlemenin getirilmediği görülmektedir. Nitekim MSY kapsamında aracılık edenler açısından m.20/2'de düzenlenen "işlem belgelerini 3 yıl boyunca saklama ve istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere verme yükümlülüğü" dışında başkaca bir yükümlülük açıkça düzenlenmemiştir. Ancak aracılık edenlerin de sözleşme öncesinde sözleşmenin kurulma aşamalarına ve sonrasında ifa aşamasına yönelik tüketiciye bilgi vermekle yükümlü tutulması gerekmektedir. Bu nedenle kanaatimizce özellikle internet üzerinden akdedilen mesafeli sözleşmelerin elektronik sözleşme niteliğini haiz olması, aracılık edenlerin ticari faaliyet kapsamında böyle bir sıfat üstlenmesi ve HSY'nin, MSY'ye göre daha yeni bir tarihte yürürlüğe girmiş olması dikkate alınarak HSY ile aracı hizmet sağlayıcılar için getirilen yükümlülüklerin, mesafeli sözleşmede aracılık edenler açısından da uygulanması gerekmektedir.

¹⁷⁴ MSY. m. 5:" (1) Tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce aşağıdaki bilgilerin tamamını içerecek şekilde açık, anlaşılır ve kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun bir şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilir.

- a) Satıcı veya sağlayıcının isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri.
 - b) Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri.
 - c) Tüm vergiler dâhil olmak üzere mal veya hizmetin Türk Lirası olarak satış fiyatı.
 - ç) Varsa teslim masrafları.
 - d) Ödeme ve teslim veya ifa ile ilgili bilgiler.
 - e) Cayma hakkının kullanılmasının şartları ve bu hakkın nasıl kullanılacağı.
 - f) Uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesi üzerinden hesaplanmadığı durumlarda, bu iletişim aracının kullanılması nedeniyle tüketicilere yüklenen ilave maliyeti.
 - g) Mal veya hizmete ilişkin fiyat dâhil taahhütlerin geçerlik süresi.
 - ğ) Sözleşme konusunu, sürekli veya dönemsel olarak ifa edilen bir mal veya hizmet ediminin oluşturduğu hâllerde söz konusu sözleşmenin asgari süresi.
 - h) Belirsiz süreli veya süresi bir yıldan fazla olan borç ilişkilerinin feshedilme şartları.
 - ı) Tüketicilerin şikâyet ve itirazları konusunda başvuruların, Bakanlıkça her yıl Aralık ayında belirlenen parasal sınırlar dâhilinde tüketicinin mal veya hizmeti satın aldığı veya ikametgâhının bulunduğu yerdeki tüketici sorunları hakem heyetine veya tüketici mahkemesine yapılabileceğine ilişkin bilgi.
- (2) Satıcı veya sağlayıcı, mallar için sözleşme konusu mal tüketiciye ulaşmadan, hizmetler için de sözleşmenin ifasından önce makul bir sürede, birinci fıkrada yer alan bilgilerin tamamını içeren bilgilendirme formunu yazılı olarak veya bir sürekli veri taşıyıcısı vasıtasıyla tüketiciye ulaştırmak zorundadır. Telefon gibi sözlü uzaktan iletişim araçlarının kullanıldığı durumlarda, satıcı birinci fıkrada yer alan bilgilerin tamamını içeren bilgilendirme formunu en geç mal teslimi sırasında tüketiciye teslim etmek zorundadır.
- 3) Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin, kullanılan uzaktan iletişim araçlarına uygun olarak ve iyiniyet ilkeleri çerçevesinde ergin olmayanlar ile ayırtım gücünden yoksun veya kısıtlı erginleri koruyacak şekilde ticari amaçlarla verildiğinin belirtilmesi zorunludur.
- (4) Telefon gibi sözlü uzaktan iletişim araçlarının kullanılması durumunda, ayrıca her görüşmenin başında satıcı veya sağlayıcının kimliğinin ve görüşmenin ticari amacının tüketiciye açık bir şekilde bildirmesi zorunludur."

Bu noktada akla gelen bir başka husus, mesafeli sözleşmelerde aracılık edenler açısından ETDHK m. 9/1'da düzenlenen hükmün uygulama alanı bulup bulamayacağı hususudur. ETDHK m. 9/1'de yer alan *"Aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir."* hükmü uyarınca aracı hizmet sağlayıcılara bir sorumsuzluk yüklenmiştir. Bu hükümden yola çıkılarak aracı hizmet sağlayıcıların, hizmet sundukları elektronik ortamda örneğin hırsızlık malı, kaçak mal ya da ateşli silah satışı gibi içerikleri sunması halinde sorumluluklarının olmadığını söylenmesi mümkün müdür? Ya da bu konuda yapılan sözleşmenin TKHK m. 48 kapsamında mesafeli sözleşme olması durumunda aracılık eden açısından daha farklı bir durumun söz konusu olması mümkün müdür?

ETDHK m. 9/1 ile düzenlenen sorumsuzluktan yararlanılabilmesi için aracı hizmet sağlayıcılık hizmetinin tamamen teknik süreçte kalması gerektiği, aracı hizmet sağlayıcının e-ticaret hizmetinde hizmet sağlayıcının alanına herhangi bir müdahalesinin olduğu tespit edilirse sorumsuzluğu ileri süremeyeceği ifade edilmektedir¹⁷⁵. Bu durum mesafeli sözleşmelerde aracılık edenlerin yalnızca yer sağlayıcı olması halinde sorumluluklarının doğmayacağı yönündeki TKHK m. 48/5 hükmünün gerekçesi ile benzer niteliktedir. Ancak her ne kadar mevzuatta yer sağlayıcı niteliğindeki aracı hizmet sağlayıcılar açısından, içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırma yükümlülüğü ve buna bağlı olarak sorumluluk yüklenmemiş olsa da; kanaatimizce bu noktada sözleşme özgürlüğünün de sınırını oluşturan TBK m. 27'deki kesin hükümsüzlük halleri önem arz etmektedir. Nitekim TBK m. 27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Bu durumda yukarıda bahsi geçen örnekteki sözleşme konusu malların satışı açısından, mevzuattaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, sözleşmenin kesin hükümsüz olması gündeme gelebilecektir. Böyle bir durumda sözleşmenin elektronik sözleşme ya da mesafeli sözleşme olması arasında herhangi bir farklılık olmayacaktır. Kesin

¹⁷⁵ Kaya, s. 104.

hükümsüzlüğe bağlı olarak işlem baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacak, satıcı, sağlayıcı veya aracılık eden tüketiciden aldıkları bedeli geri vermek durumunda kalacaktır. Ancak kanaatimizce gerek elektronik sözleşmelerde aracı hizmet sağlayıcılar, gerekse mesafeli sözleşmelerde aracılık edenler açısından bu denli sınırlı bir sorumluluğunun öngörülmüş olması tüketicilerin korunması ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Kaldı ki içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olması halinde aracı hizmet sağlayıcı ya da aracılık eden sorumlu tutulmadığı halde, duruma göre kargonun içinde ne olduğunu dahi göremeyen kargo şirketinin Karayolu Taşıma Yönetmeliği¹⁷⁶ (KTY) m. 40/37¹⁷⁷ uyarınca sorumlu tutulabilmesi de kanaatimizce hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenlerle yer sağlayıcı niteliğini haiz olsa da aracı hizmet sağlayıcı ve aracılık edenlerin neticede ticari faaliyet yapmaları ve dolayısıyla basiretli tacir gibi davranmakla yükümlü olmaları karşısında; içerikleri kontrol etme, bu içerik ve içeriklere konu mal veya hizmetlerle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü tutulmasının da mümkün ve makul olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle bu yönde bir düzenleme getirilmesi, tüketicilerin başvurabileceği muhatap sayısının artırılması açısından da önemlidir.

(3) Taşıyıcı

Mesafeli sözleşme satıcı, sağlayıcı veya aracılık eden ile tüketici arasında akdedilmiş olsa da; sözleşmenin kuruluş tarzı itibariyle taraflar fiziken karşı karşıya gelmediğinden, satıcı ve sağlayıcılar açısından edimin ifası noktasında çoğunlukla üçüncü bir kişiden yararlanılmaktadır. Bu noktada sağlayıcının taahhüt ettiği hizmetin, kargo aracılığıyla ifa edilmesi konu itibariyle güç olduğundan, satıcının taahhüt ettiği ifa konusu olan mallar açısından değerlendirme yapılacaktır.

Mesafeli sözleşme akdeden satıcıların kendi bünyelerinde bir taşıma organizasyonu kurması ve bu vasıta ile ifayı gerçekleştirebilmeleri mümkün olmakla birlikte; uygulamada sıklıkla kargo şirketlerinden hizmet aldıkları görülmektedir. Satıcının kendi bünyesinde oluşturduğu taşıma organizasyonu ile ifayı

¹⁷⁶ R.G. 08.01.2018 tarih ve 30295 sayılı.

¹⁷⁷ KTY m. 40/37: "Yetki belgesi sahipleri, taşıdıkları eşya ve kargonun; satılması, sevk edilmesi ve ticareti yasaklanmış olan bir eşya veya kargo olmamasından sorumludurlar."

gerçekleştirdiği hallerde hasarlı teslim vb. durum olsa dahi, satıcının doğrudan sorumlu olacağı hususunda bir tereddüt yoktur. Nitekim TBK m. 114 uyarınca borçlu, her türlü kusurdan sorumludur. Öte yandan TBK m. 115 gereğince borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar da kesin hükümsüz olduğundan satıcı, tüketici ile akdettiği mesafeli sözleşmede malın teslimi sırasında ağır kusurlu olsa dahi sorumlu olmayacağını düzenleyemez ya da düzenlese dahi bu hüküm geçerli olamaz. Satıcının, malın ifası için bir kargo şirketi ile anlaşması ve ifada yaşanan gecikmeler, malların hasarlı teslimi ya da kaybolması gibi sorunlarla karşılaşılması halinde ise sorumluluğun kime ait olduğu hususu tartışmaya değerdir. Nitekim uygulamada bu tarz sorunların sıklıkla yaşandığı da dikkate alınarak kargo şirketlerinin bu ilişkideki hukuki konumunun belirlenmesi gerekmektedir.

Mesafeli sözleşmelerde ifanın gerçekleştirilmesi için satıcı ve aracılık edenler uygulamada en az bir kargo şirketi ile anlaşmakta ve bu sözleşme ya da sözleşmeler doğrultusunda çoğunlukla tüketiciye belirli bir bedelin üzeri için ücretsiz taşıma imkanı sunmaktadır. Sözleşme akdedilirken taşıma bedeli ayrıca gösterilmek suretiyle satış bedeline dahil edilmekte ve tüketiciden tahsil edilmektedir. Yine satıcı veya aracılık edenlerce kimi durumlarda birden fazla kargo şirketi seçeneği sunulmakta ve tüketiciye seçim hakkı tanınmaktadır. Bu yapılırken aralarında sözleşme olmayan kargo şirketleri dahi tüketiciye seçenek olarak sunulmakta ve bu şirketin seçilmesi halinde ayrıca ödenecek ücret ne ise tüketiciye bunun bildirilmesi de yapılmaktadır. Peki tüketiciye bu şekilde bir seçim hakkı verilmesi tüketici ile kargo şirketi arasında sözleşme kurulduğu anlamına gelmekte midir? Mesafeli sözleşme neticesinde tüketiciye teslim edilmesi gereken malın taşıma sırasında kaybolması, çalınması ya da hasara uğraması durumunda doğrudan kargo şirketinin sorumluluğuna gidilmesi mümkün müdür? Böyle bir durumda adam çalıştırmanın sorumluluğu ya da ifa yardımcısının sorumluluğu gündeme gelecek midir? Bu sorulara yanıt aramadan önce kanaatimizce satıcı veya aracılık eden ile kargo şirketleri arasındaki taşıma sözleşmesine ilişkin kavramları açıklamak ve özellikle satıcı ile kargo şirketlerine düşen yükümlülükleri belirlemek gerekmektedir.

Eşya taşıma sözleşmesi, eşyanın ücret karşılığında bir yerden diğer bir yere taşınması taahhüdünde bulunulan bir sözleşmedir¹⁷⁸. Türk taşıma hukukunda eşya taşıma sözleşmesinin taraflarının terminolojik olarak ifadesinde bir birlik olmamakla birlikte; TTK'nın dördüncü kitabında düzenlenen eşya taşıma sözleşmesinin tarafları için kanun koyucunun "taşıyıcı" ve "gönderen" ifadelerini kullandığı görülmektedir¹⁷⁹. Bu sözleşmede taşıyıcı, eşyasını ücret karşılığında taşımak isteyen gönderene bizzat veya temsilcisi aracılığıyla taşıma taahhüdünde bulunan kişi iken; gönderen ise, taşıyıcının kendisine taşıma taahhüdünde bulunduğu kişidir¹⁸⁰. Ancak taahhüt olunan taşımanın her zaman gönderen lehine yapılması gerekmemektedir; nitekim varma yerinde eşyanın üçüncü bir kişi olan "gönderilen"e teslimi de mümkündür¹⁸¹.

4925 sayılı Karayolları Trafik Kanunu¹⁸² m. 3 uyarınca "kargo", tek parçada en fazla yüz kilogramı geçmeyen genellikle ambalaj ve kap içerisinde olan küçük boyutlu koli, sandık, paket gibi parça eşyayı; "kargo işletmecisi" ise, bağımsız bir işyerinin kullanma hakkına sahip olan ve kargoyu teslim alarak kısa sürede gönderilene ulaştırmak amacıyla kendi gözetimi ve denetimi altında yükleme, boşaltma, depolama, istifleme, aktarma ve gönderilene teslim gibi hizmetleri yerine getiren, taşımayı yapan veya yaptıran ve bundan doğacak sorumluluğu üstlenen kişiyi ifade etmektedir. Yine aynı maddede "taşımacı", taşımacı yetki belgesine sahip olan ve kendi nam ve hesabına taşımayı bir ücret karşılığı üstlenen gerçek veya tüzel kişi; "gönderen", eşyayı taşımacıya teslim eden, gönderileni belirleyen ve taşıma senedini imzalayan kişi, "gönderilen" ise sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi ve taşıma senedinde belirtilen eşyanın teslim edileceği kişi olarak tanımlanmıştır. Kavram kargaşasına mahal vermemek adına çalışmamızda taşıyıcı, kargo işletmecisi, gönderen ve gönderilen kavramları kullanılacaktır.

¹⁷⁸ Mertol Can, **CMR ve Alman Ticaret Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları**, Birinci Cilt, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 19.

¹⁷⁹ Can, s.20.

¹⁸⁰ Can, s. 21, 27; Nil Kula, **Türk Eşya Taşıma Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 58, 80; Burak Adıgüzel, **Taşıma Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 31, 37.

¹⁸¹ Can, s. 27; Adıgüzel, s. 39.

¹⁸² R.G. 19.07.2003 tarih ve 25173 sayılı.

Kargonun taşıma hukukundaki yeri gönderenin, taşıyıcının çalışanı ile akdettiği sözleşme ile başlamaktadır¹⁸³. Mesafeli sözleşmelerde satıcı ve aracılık edenler borçlandığı edimi ifa edebilmek için, sözleşme konusu malı kargo işletmecisine ya da onun çalışanına teslim etmekte ve kargo işletmecisi çalışanı da söz konusu malı tüketici veya onun belirleyeceği kişiye teslim etmektedir. Taşıma hukukuna göre bu ilişkiyi adlandırmak gerekirse; satıcı ve aracılık eden, "gönderen", tüketici veya onun belirleyeceği başka bir kişi "gönderilen", kargo şirketi ise "taşıyıcı" veya daha özel bir ifadeyle "kargo işletmecisi" sıfatını taşımaktadır.

Satıcı ve aracılık eden ile kargo şirketi arasında eşya taşıma sözleşmesi bulunmaktadır. TTK m. 856/1 uyarınca taşıma senedi, taraflardan birinin istemi üzerine düzenlenir, biri gönderene, biri taşıyıcıya, biri ise eşyaya eşlik etmek üzere (dolayısıyla nihayetinde gönderilene ait olacak şekilde) üç nüsha olarak hazırlanır. Taşıma senedinde gönderenin imzasının bulunması şart olmakla birlikte; gönderenin talebi üzerine taşıyıcı tarafından da imzalanması mümkündür. Taşıma senedi ispat gücü olan önemli bir belgedir. Ancak yalnızca gönderen tarafından imzalanmış taşıma senedi daha ziyade taşıyıcı lehine ispat vasıtası fonksiyonu görür¹⁸⁴. Oysaki TTK m. 858/1 gereğince her iki tarafça da imzalanan taşıma senedi, taşıma sözleşmesinin yapıldığına, içeriğine ve eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına "kanıt" oluşturur¹⁸⁵ ve TTK m. 858/2 ve 858/3 uyarınca eşyanın ve ambalajının, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı sırada, dış görünüşü bakımından iyi durumda bulunduğuna, taşınan paketlerin sayısının, işaretleri ile numaralarının, senette yer alan kayıtlara uygun olduğuna, eşyanın net olmayan ağırlığının veya başka şekilde beyan edilen miktarının ya da taşınacak paketlerin içeriğinin senette yer alan kayıtlara uygun olduğuna "karine" teşkil eder¹⁸⁶. Eşyanın ve ambalajının, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı sırada, dış görünüşü bakımından iyi durumda bulunduğuna yönelik karinenin, taşıyıcı tarafından konulan haklı ihtirazî kayıtlarla bertaraf edilmesi mümkündür¹⁸⁷. Kanun koyucu TTK m. 858/2'de

¹⁸³ Mehmet Ali Uçar ve Orhan Filiz, *Türkiye'de Kargoculuğun Sorunları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 80.

¹⁸⁴ Can, s. 33.

¹⁸⁵ Madde metninde her ne kadar "kanıt" ifadesi kullanılmış olsa da; mehzaz hükümler dikkate alındığında her iki tarafça imzalanan taşıma senedinin, taşıma sözleşmesinin yapıldığına, içeriğine ve eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına "karine" teşkile ettiği görüşü için bkz: Adıgüzel, s. 105.

¹⁸⁶ Can, s. 33.

¹⁸⁷ Adıgüzel, s. 107.

taşıyıcının kayıtların doğruluğunu denetleyecek uygun araçlara sahip olmaması halini haklı bir çekince olarak ileri sürebileceğini de belirtmiştir. Bu düzenlemeler satıcı ile taşıyıcı arasındaki iç ilişki açısından önem arz etmektedir.

TTK m. 856/2'de taşıma sözleşmesinin, taşıma senedi düzenlenmemiş olsa bile tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulabileceği ve eşyanın taşıyıcıya tesliminin taşıma sözleşmesinin varlığına karine teşkil ettiği düzenlenmiştir. Bununla birlikte KTY m. 39¹⁸⁸ ile yetki belgesi almış taşıyıcılar açısından taşıma senedi düzenlenmesi zorunluluğu getirilmiş; ancak elektronik olarak taşıma irsaliyesi ve taşıma senedine erişilebilmesi halinde bu belgelerin fiziki olarak bulundurulmasına gerek olmadığı da düzenlenmiştir. Bu açıdan kargo işletmecileri de ister fiziken isterse elektronik ortamda taşıma senedi düzenlemekle yükümlüdür.

TTK m. 868/1 ile gönderenin, taşıyıcıya taşımının yapılması için emir ve talimat verebileceği gibi, taşımının durdurulması, eşyanın geri getirilmesi, başka bir varma veya teslim yerine götürülmesi ya da başka bir gönderilene teslim edilmesi şeklinde tasarruflarda bulunabileceği düzenlenmiştir. Örneğin, mesafeli sözleşme akdeden bir tüketicinin, malın taşıyıcıya tesliminden sonra; ancak kendisine tesliminden önce 14 gün içinde cayma hakkını kullanması durumunda, gönderen sıfatındaki satıcının, taşımının durdurulması ve malın geri getirilmesi için taşıyıcıya talimat vermesi mümkündür.

TTK m. 868/2 uyarınca gönderen olarak satıcının, taşıyıcıya emir ve talimat verme yetkisi ve tasarrufta bulunma hakkı, eşyanın teslim yerine ulaşması ile sona erer ve söz konusu yetki ve hak gönderilene ait olur. Bu durumda tüketicinin gösterdiği adrese ulaştırılan malın kabul edilmemesi halinde kabul etmeme satıcının sorumlu tutulması mümkün değildir. Kaldı ki borca uygun şekilde teklif

¹⁸⁸ KTY m. 39: "(1) Yurtiçi eşya ve kargo taşımalarında taşıma irsaliyesi ve taşıma senedi düzenlenir. (2) 6102 sayılı Kanunun ilgili hükümleri saklı kalmak kaydıyla, taşıma senedinde taşımacı, gönderen ve alıcının unvanları, adresleri, iletişim bilgileri, eşyanın cinsi, miktarı, teslim alma ve teslim edilme yerleri, taşıma süresi, taşıma ücreti, taşımacının vergi kimlik numarasının (gerçek kişilerde T.C. kimlik numarası) belirtilmesi, taşıma irsaliyesinde ise; malın cinsi, miktarı, kimin tarafından tevdi edildiği, nereye ve kime gönderildiği ile alınan nakliye ücreti tutarı, sürücünün ad ve soyadı, taşıtın plakası, seri ve müteselsil sıra numarası ve düzenleme tarihinin yer alması zorunludur.

(3) Yetki belgesi sahiplerinin, yurtiçi eşya taşımalarında ilgili mevzuatın öngördüğü usule göre düzenlenmiş sevk irsaliyesinin iki nüshası ile taşıma irsaliyesi ve taşıma senedinin birer nüshasını taşıtlarında bulundurmaları zorunludur.

(5) Elektronik olarak erişilmesi halinde, üçüncü fıkradaki zorunluluk aranmaz."

edildiği halde haklı bir neden olmaksızın ifanın kabul edilmemesi alacaklının temerrüdü anlamına gelmekte olup bu müessese ileride incelenecektir.

Yine kanun koyucu *"Gönderenin bu tür emir, talimat ve tasarrufları, taşıyıcının işletmesi için sakıncalıysa veya diğer gönderenlerin ve alıcıların gönderileri için bir zarar tehdidini beraberinde getiriyorsa, taşıyıcı bunları yerine getirmekle yükümlü değildir. Taşıyıcı, gönderenden aldığı emir ve talimat ile tasarruflarının yerine getirilmesi için gerekli olan giderleri ve uygun bir ücret isteyebilir. Taşıyıcı emir, talimat ve tasarrufların uygulanmasına başlanmasını bir avansın ödenmesi şartına bağlayabilir."* şeklindeki TTK m. 868/1'in ikinci ilâ dördüncü cümlelerinin, eşyanın teslim yerin ulaşması ile emir ve talimat yetkisinin gönderilene geçmesi halinde de geçerli olacağını düzenlemiştir.

Bu durumda tüketicinin mesafeli sözleşme akdederken her zaman bildirdiği adresten (örneğin, Ankara iken) başka bir adres (örneğin, İzmir'i) bildirmesi; ancak satıcı ya da taşıyıcının bu duruma dikkat etmeksizin malı tüketicinin her zaman bildirdiği adresine (Ankara'ya) yönlendirmesi ve mal teslim yerine ulaştığında ise gönderilenin/tüketicinin malın en son bildirdiği adresine (İzmir'e) gönderilmesini talep etmesi üzerine taşıyıcının, söz konusu hükme dayanarak tüketiciden ücret talep etme hakkı mevcut mudur? Böyle bir durum kanaatimizce TMK m.2/II uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil etmekte olup bu hakkın hukuk düzenince korunması beklenemez.

Peki ya satıcı veya taşıyıcının herhangi bir özensizliği olmaksızın mal doğru teslim yerine ulaşmış olsaydı ve tüketici, o sırada malın başka bir adresteki üçüncü kişiye teslim edilmesini isteseydi bu durumda taşıyıcının ücret talep etme hakkı olur muydu? Ya da genel olarak böyle bir ücretin TKHK m. 4/3'te¹⁸⁹ belirtilen "tüketiciden ek bedel talep edilmemesi ilkesi" kapsamına girmesi mümkün müdür? Taşıyıcının, tüketicinin bildirdiği adresten sonra bir başka adrese teslim yükümlülüğünün özünde bulunmadığı, bu nedenle böyle bir durumun sözleşmenin ifası için tüketicide oluşan haklı beklenti kapsamına girmeyecek olması nedeniyle şayet bir ücret talep edilse dahi bunun tüketiciden ek ücret istenememesi ilkesi

¹⁸⁹ TKHK m. 4/3: *"Tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyen yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyen kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez."*

kapsamına girmeyeceği kanaatindeyiz. Ancak bununla birlikte taşıma sözleşmesinin satıcı ile taşıyıcı arasında akdedildiği de göz önüne alındığında; taşıyıcının malı bir başka yere bırakmak için teslim yerinde tüketiciden talimat alması ve bunun karşılığında TTK m. 868/2 uyarınca tüketiciden ücret talep etmesinin mümkün olup olmadığı hususu da akla takılmaktadır. Bu noktada da üçüncü kişi yararına sözleşme müessesesini incelemek gerekmektedir. Zira gönderici ile taşıyıcı arasında yapılan taşıma sözleşmesi ile malın başka bir kişiye tesliminin kararlaştırılması halinde üçüncü kişi yararına sözleşmenin söz konusu olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁰.

Üçüncü kişi yararına sözleşme, tam üçüncü kişi yararına sözleşme ve eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ikiye ayrılmakta olup "tam üçüncü kişi yararına sözleşme"de üçüncü kişinin vadeden borçludan edayı doğrudan talep hakkı vardır; ancak "eksik üçüncü kişi yararına sözleşme"de ifa yalnızca vadeden borçlu tarafından talep edilebilmekte, üçüncü kişinin ifayı bizzat talep etme hakkı ise bulunmamaktadır¹⁹¹. Buna bağlı olarak "tam üçüncü kişi yararına sözleşme"de ifanın hiç veya gereği gibi yapılmaması durumunda tazminat talep etme hakkı ve temerrüt halinde temerrüt hükümlerinin uygulanmasını talep etme hakkı üçüncü kişiye ait iken¹⁹²; "eksik üçüncü kişi yararına sözleşme"de hem kendi, hem de üçüncü kişinin uğramış olduğu zararların tazminini talep hakkı ve sözleşmeden dönme hakkı vaad ettiren (alacaklıya) aittir¹⁹³.

Mesafeli sözleşmede satıcı (vaad ettiren) borçlandığı edimi ifa edebilmek için kargo işletmecisi (vadeden) ile tüketici (üçüncü kişi) yararına taşıma sözleşmesi akdetse de; tüketici (üçüncü kişi) ifa talebini yalnızca satıcıya (vaad ettirene) karşı yöneltebilecek olduğundan, bir başka ifadeyle ifayı taşıyıcıdan (vadedenden) talep edemeyeceğinden; kanaatimizce bu sözleşme eksik üçüncü kişi (tüketici) yararına sözleşmedir. Bu nedenle satıcı veya sağlayıcının özensizliğinden kaynaklanan bir durum olmayan hallerde, taşıyıcının malı bir başka yere bırakmak için teslim yerinde tüketiciden talimat alması ve bunun karşılığında TTK m. 868/2 uyarınca tüketiciden

¹⁹⁰ Can, s. 27.

¹⁹¹ Arif B. Kocaman, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Üçlü İlişkiler Konusundaki Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme", **Erzurumluoğlu Armağanı**, (Ed. Emel Badur), Ankara Barosu Başkanlığı Anıl Matbaacılık, Ankara, 2012, s. 535.

¹⁹² Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, "Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme", **Cevdet Yavuz'a Armağan**, s. 1762, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/372513>, (01.02.2019).

¹⁹³ Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.10, İstanbul, 2011, s. 297'den aktaran Kılıçoğlu Yılmaz, s. 1762.

ücret talep etmesinin satıcı veya sağlayıcı arasındaki sözleşmenin niteliğine uymadığı kanaatindeyiz.

Özellikle internet üzerinden kurulan mesafeli sözleşmelerde sıklıkla tüketici, satış bedelini kredi kartı ile ödedikten sonra sözleşme kurulmakta ve satıcı daha sonra malı teslim ederek borcunu ifa etmektedir. Bununla birlikte tüketicinin kapıda ödeme taahhüdünde bulunması ile de mesafeli sözleşme akdedilmesi mümkündür. TTK m. 872/1 uyarınca eşyanın gönderilene teslimi, kararlaştırılan bedelin ödenmesi şartına bağlanabilir. Bu durumda ödeme nakden ya da nakde eş değer bir ödeme aracı ile yapılmalıdır. TTK m. 872/3'te eşyanın, bedeli tahsil edilmeden gönderilene teslim edilmesi durumunda, taşıyıcının, bundan doğan zarardan, gönderene karşı kusurlu olmasa bile "eşyanın tesliminde ödenmesi gereken tutarla sınırlı olarak" sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bu kusursuz sorumluluk hali, maddenin düzenleniş şekline de anlaşıldığı üzere "yalnızca ödemeli teslim halinde" söz konusu olmaktadır. Bir başka ifadeyle satıcı ile taşıyıcı arasındaki taşıma sözleşmesinde eşyanın bedelinin ödenmesi karşılığında teslim edileceği kararlaştırılmadıkça taşıyıcının, ücreti tahsil etmeden malı teslim ettiğinden bahisle sorumluluğu doğmayacaktır. Bu noktada akla taşıyıcının, satış bedelini kısmen veya tamamen ödemekten imtina eden tüketiciye/gönderilene rücu edip edemeyeceği gelmektedir. Öğretide CMR¹⁹⁴'nin 21. maddesinde taşıyıcının gönderilene rücu hakkının düzenlendiği, milli hukukumuz açısından da sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak rücu hakkının kullanılabilmesi ya da taşıyıcının, bedeli tahsil etmeksizin malı teslim etmesi nedeniyle gönderene ödemek zorunda kaldığı tazminat ile yasal şartların da mevcut olması halinde, gönderenin gönderilenden olan alacağını devraldığı ve rücu hakkını devralan sıfatıyla kullanabileceği ifade edilmiştir¹⁹⁵. Kanaatimizce de taşıyıcının rücu hakkının TTK'da düzenlenmemiş olması, rücu hakkının olmadığı anlamına gelmemekte olup taşıyıcının genel hükümlere/sebepsiz zenginleşmeye dayanarak rücu hakkını kullanması mümkündür. Ancak bu noktada TKHK m. 7

¹⁹⁴ Karayolu İle Yapılan Milletlerarası Eşya Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Konvansiyona Türkiye Cumhuriyeti devleti sonradan katılma yolu ile taraf olmuş olup bu konvansiyonda karayolu ile ücret karşılığında yapılan uluslararası eşya taşımalarının tabi olduğu kurallar belirlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Can, s. 5-10.

¹⁹⁵ Can, s. 77-78.

hükmü¹⁹⁶ saklı olup sipariş edilmemiş bir malın tüketiciye sunulması ve taşıyıcı tarafından ücretsiz teslim edilmesi halinde tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri sürülmesi mümkün değildir.

TTK m. 875/1 uyarınca taşıyıcı, eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içinde, eşyanın zıyaından, hasarından ve teslimdeki gecikmeden doğan zararlardan sorumludur. Nitekim KTY m. 40/9¹⁹⁷'da düzenlenen *"Yetki belgesi sahipleri; eşya, kargo ve bagajları, teslim aldıkları andan teslim edinceye kadar, eşyanın, kargonun veya bagajın tamamen veya kısmen kaybindan, zayiinden, hasara uğramasından, çalınmasından, güvenliğini sağlamaktan, teslim aldıkları şeklini muhafaza etmekten, korunması ve taşınmasından sorumludurlar. Bu fıkra uymayan yetki belgesi sahiplerine, zarar görenin tazmin hakkı saklı kalmak üzere 10 uyarma verilir."* şeklinde bu hüküm ile taşıyıcı kargo şirketlerinin tazminat sorumluluğunun yanı sıra idari yaptırımlarla da karşı karşıya olduğu ifade edilmiştir. Taşıyıcının hasar, zıya ve teslimdeki gecikmeden doğan sorumluluğu, kusurlu sorumluluk kapsamında olup bu sorumluluğun azaltılabileceği TTK m. 875/2'de yer alan *"Zararın oluşmasına, gönderenin veya gönderilenin bir davranışı ya da eşyanın özel bir ayıbı sebep olmuşsa, tazminat borcunun doğmasında ve kapsamının belirlenmesinde, bu olguların ne ölçüde etkili olduğu dikkate alınır."* hükmü ile düzenlenmiştir. Yine kanun koyucu, TTK m. 876 ile taşıyıcıya kurtuluş kanıtı getirme imkanı sağlamış olup buna göre taşıyıcı en yüksek özeni gösterse dahi zıya, hasar ve gecikmeden kaçınamaz ve bu durumun sonuçlarını önleyemezse sorumluluktan kurtulmaktadır. Yine TTK m. 878'de¹⁹⁸ taşıyıcının sorumluluktan kurtulacağı haller düzenlenmiştir

¹⁹⁶ TKHK m. 7: *"(1) Sipariş edilmeyen malların gönderilmesi ya da hizmetlerin sunulması durumunda, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri sürülemez. Bu hâllerde, tüketicinin sessiz kalması ya da mal veya hizmeti kullanmış olması, sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanı olarak yorumlanamaz. Tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur. (2) Bir mal veya hizmetin sipariş edildiğini iddia eden bu iddiasını ispatla yükümlüdür."*

¹⁹⁷ Bu hükmün, 11.06.2009 tarih ve 27255 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olan mülga Karayolu Taşıma Yönetmeliği m. 42/10 ve m. 76/1-m hükümlerinin birleştirilmesi ile oluşturulduğu ve özünde aynı olduğu görülmekle birlikte; kanun koyucunun yürürlükteki yönetmelikte öncekinden farklı olarak "zarar görenin tazmin hakkının saklı kaldığını" ayrıca belirttiği görülmektedir.

¹⁹⁸ TTK m. 878: *"(1) Zıya, hasar veya teslimdeki gecikme, aşağıdaki hâllerden birine bağlanabiliyorsa taşıyıcı sorumluluktan kurtulur:*

a) Sözleşme veya teamüle uygun olarak üstü açık bir aracın kullanılmış olması yahut güverteye yükleme yapılması.

b) Gönderen tarafından yapılan yetersiz ambalajlama.

c) Eşyanın gönderen veya gönderilen tarafından işleme tabi tutulması, yüklenmesi veya boşaltılması.

olup mesafeli sözleşmeler açısından gündeme gelmesi en muhtemel hal, gönderen tarafından yapılan yetersiz ambalajlamadır. Nitekim TTK m. 862 uyarınca eşyanın niteliği ambalajlama yapılmasını gerektiriyorsa, gönderen, eşyayı ziya ve hasardan koruyacak ve taşıyıcıya zarar vermeyecek şekilde ambalajlamak ve yine eşyanın sözleşme hükümlerine uygun şekilde işleme tabi tutulabilmesi için işaretlenmesi gerekiyorsa bu işaretlemeyi yapmakla yükümlüdür. Bu durumda gönderen sıfatını haiz satıcının, örneğin, sözleşme konusu cam hediyelik eşyayı ambalajlamaması ve kargo işletmecisine teslim ederken "kırılacak eşya" olduğu hususunda gerekli işaretlemeyi yapmaması durumunda sorumluluk taşıyıcıya değil, satıcıya ait olacaktır. Bir başka ifadeyle böyle bir durumda satıcının, taşıyıcıya karşı rücu hakkını kullanması mümkün değildir.

Ancak mesafeli sözleşmede eşyanın hasarı ve ziyaı nedeniyle TTK m. 875 vd. maddelerine dayanılarak tüketici tarafından doğrudan taşıyıcının sorumluluğuna başvurulması mümkün değildir. Nitekim MSY m. 17/1'de malın, tüketici ya da tüketicinin taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimine kadar oluşan kayıp ve hasardan satıcının sorumlu olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda mesafeli sözleşmede tüketici, sözleşme konusu malın kaybolması ya da hasara uğraması halinde "sözleşmeye aykırılığa dayanılarak" doğrudan satıcıya başvurabilecektir.

MSY m. 17/2'de bir istisna getirilmiş ve tüketicinin satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep etmesi halinde "malın ilgili taşıyıcıya tesliminden itibaren oluşabilecek kayıp ya da hasardan"

d) Eşyanın; özellikle kırılma, paslanma, bozulma, kuruma, sızma, olağan fire yoluyla kolayca zarar görmesine yol açan doğal niteliği.

e) Taşınacak paketlerin gönderen tarafından yetersiz etiketlenmesi.

f) Canlı hayvan taşınması.

g) 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu ile diğer kanun ve düzenlemelerde yer alan hükümlerin taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasını haklı gösterdiği hâller.

(2) Herhangi bir zararın hâl ve şartlara göre birinci fıkrada öngörülen bir sebebe bağlanmasının muhtemel bulunduğu durumlarda, o zararın bu sebepten ileri geldiği varsayılır. Birinci fıkranın (a) bendinde öngörülen olağanüstü ziya veya hasar hâlinde bu karine geçerli olmaz.

3) Ziya, hasar veya gecikme, gönderenin eşyanın taşınmasına ilişkin özel talimatlarına taşıyıcının uymamasından ileri gelmişse, taşıyıcı birinci fıkranın (a) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulamaz.

(4) Taşıyıcı, sözleşme uyarınca eşyayı sığağa, soğuğa, ısı değişikliklerine, neme, sarsıntılara ya da benzer etkilere karşı özel olarak koruma yükümlülüğü altında ise, birinci fıkranın (d) bendine ancak, hâl ve şartlara göre, özellikle de gerekli donanımın seçimi, bakımı ve kullanımına ilişkin kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış bulunması hâlinde dayanabilir.

(5) Taşıyıcı birinci fıkranın (f) bendine ancak hâl ve şartlara göre kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış bulunması hâlinde dayanabilir."

satıcının sorumlu olmadığı düzenlenmiştir. Satıcının sorumlu olmadığı böyle bir halde tüketici edim hasarına kendisi katlanacaktır. Bu noktada "satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı" ifadesi, kanaatimizce satıcının, sözleşme akdettiği bir kargo şirketi olsa dahi tüketiciye birden fazla seçenek sunduğu bir platformda tüketicinin hiçbir seçeneği istemeyip bambaşka bir taşıyıcıyı seçmesi olarak yorumlanmalıdır. Zira neticede satıcı, diğer taşıyıcı seçeneklerini de tüketiciye sunarak tüketicide bir güven yaratmaktadır. Ayrıca aksi yönde yorum tüketicinin korunması ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

Yine TKHK m. 48/3'te satıcı veya sağlayıcının, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getireceği ve mal satışlarında bu sürenin her hâlükârda otuz günü geçemeyeceği; bu süre içinde edimin yerine getirilmemesi durumunda tüketicinin sözleşmeden dönebileceği¹⁹⁹ düzenlenmiştir.

Genel olarak taşıma süresinin ne kadar olduğu hususunda ise TTK m. 873 ile düzenleme yapılmış olup buna göre kararlaştırılan bir süre varsa bu süre içinde, bir süre kararlaştırılmamış ise somut olayın şartlarına göre özenli bir taşıyıcıya tanınabilecek makul süre içinde taşıyıcı malı teslim etmekle yükümlüdür. Kargo ve dağıtım işletmecilerinin yükümlülükleri ise KTY m. 43/8'de "*M ve P türü yetki belgesi sahipleri, teslim aldıkları kargoyu/gönderiyi, teslim aldıkları günden itibaren, il içi taşımalarında en geç 2 gün, yurtiçi taşımalarında en geç 3 gün, uluslararası taşımalarında ise en geç 15 gün içinde taşımak ve bu süreler içinde teslimat şekline uygun olarak alıcısına ulaştırmakla yükümlüdürler. Bu fıkra uymayan yetki belgesi sahiplerine 5 uyarma verilir.*" özel olarak düzenlenmiştir.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde; mesafeli sözleşmeler açısından satıcının, azami siparişin ulaştığı tarihten itibaren otuz gün içinde malı teslim etmesi gerektiği ve bu süre içinde gerçekleştirilemeyen teslim nedeniyle tüketicinin sözleşmeden dönmesi halinde taşıyıcının sorumluluğuna başvurulabilmesi için ise taşımanın Yönetmelikte belirlenen üst sınırlar dahilinde makul sürede yapılmaması

¹⁹⁹ Madde metninde tüketicinin sözleşmeyi "feshedebileceği" düzenlenmiş olmakla birlikte; mesafeli sözleşmenin ani edimli sözleşme olması, tüketicinin bu beyanı ile sözleşmenin baştan, yani kurulduğu tarihten itibaren geçersiz hale gelmesi ve MSY. m. 16/3'te düzenlenen hükmün bu durumu desteklemesi nedeniyle burada teknik anlamıyla bir fesihten değil, dönmekten söz edilmesi mümkündür. Bkz.: Topaloğlu, s. 783. Bu nedenle sözü edilen konuya ilişkin bu çalışmamızda sözleşmeden dönme ifadesi kullanılacaktır.

gerektiği görülmektedir. Bu durumda örneğin, satıcının siparişin kendisine ulaştığı tarihin üzerinden 29 gün geçtikten sonra malı kargo işletmecisine teslim etmesi; ancak farklı bir ile teslim gerektiğinden kargonun 1 gün içinde teslim edilememesi neticesinde tüketicinin dönme hakkını kullanması durumunda kanaatimizce satıcının, taşıyıcıya rücu hakkı bulunmamaktadır.

TTK m. 875'in 3. fıkrasında gecikme halinde herhangi bir zarar oluşmasa da, taşıyıcının her türlü özeni gösterdiğini ispatlayamaması halinde, taşıma ücretinin gecikme süresi ile orantılı olarak indirileceği düzenlenmiş olup mesafeli sözleşmeler açısından bu hükmün uygulama alanı bulup bulamayacağı sorusu akla gelmektedir. İleride daha ayrıntılı açıklanacak olmakla birlikte mesafeli sözleşmede sözleşme konusu malın, taahhüt edilen süre veya azami otuz günlük süre içinde teslim edilmemesi durumunda satıcı açısından borçlunun temerrüdü gündeme gelecek ve satıcı başta sözleşmeden dönme olmak üzere birtakım haklar kullanabilecektir. Bu haklardan biri de aynen ifa olup taşıyıcının, temerrüt nedeniyle gecikme süresi ile orantılı olarak taşıma ücretinde indirim yapması durumunda, taşıma ücretinde yapılan indirimin satıcı tarafından önceden ödeme yapan tüketiciye iade edebileceği kanaatindeyiz.

TTK m. 879'da taşıyıcının, kendi adamlarının ve taşımanın yerine getirilmesi için yararlandığı kişilerin görevlerini yerine getirmeleri sırasındaki fiil ve ihmallerinden kendi fiil ve ihmali gibi sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bu hükümden yola çıkılarak taşıyıcının, yardımcılarının fiil ve ihmallerinden sorumlu tutulabilmesi için, bu fiil ve ihmallerin görevlerin yerine getirildiği sırada meydana gelmiş olması gerekmektedir²⁰⁰. Taşıyıcı yardımcılarının kişisel kusurlarının söz konusu olması halinde, taşıyıcının sorumluluğuna dair hükümler ile belirlenen şartlar çerçevesinde ve TTK m. 887 uyarınca yardımcı kişilerin sorumluluğuna da başvurmak mümkündür²⁰¹.

TTK m. 885/1'de bu Kanun'un "Taşıma İşleri" adlı Dördüncü Kitabının "Eşya Taşıma" başlıklı ikinci kısmında öngörülen sorumluluktan kurtuluş hâlleri ve sınırlamalarının, gönderen veya gönderilenin, zıya, hasar veya gecikme nedeniyle taşıyıcıya yöneltebileceği, sözleşme dışı istemleri için de geçerli olduğu düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2 nci fıkrasında ise taşıyıcının, eşyanın zıyaandan

²⁰⁰ Can, s. 91.

²⁰¹ Can, s. 91.

veya hasarından dolayı, üçüncü kişilerin sözleşme dışı istemlerine karşı da kural olarak sorumluluktan kurtulma sebeplerine ve sınırlamalara dayanabileceği düzenlenmiştir. Ancak TTK m. 886 ve 887 uyarınca taşıyıcının ve yardımcı kişilerin zarara kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelme ihtimalinin bilinciyle işlediği bir fiille veya ihmalle sebebiyet vermesi ve bu durumun ispatı halinde taşıyıcı ve yardımcı kişilerin, bahse konu sorumluluğu ortadan kaldırma ve azaltma nedenlerini ileri sürmesi mümkün değildir.

Bu durumda mesafeli sözleşmelerde malın, taşıyıcı kargo işletmecisinin yanında çalışanın kusuru veya ihmali ile kaybolması ya da hasara uğraması halinde, tüketicinin satıcının sorumluluğuna başvurabilmesi ve satıcının da taşıyıcıya rücu edebilmesi mümkündür. Ancak taşıyıcı ve taşıyıcı yardımcısının ağır kusurlu olarak ve haksız fiil teşkil edecek şekilde eylemlerde bulunması halinde TTK m. 887 gereğince "haksız fiil kapsamında" taşıyıcı yardımcısının sorumluluğuna başvurulması da mümkün olmalıdır.

Kanaatimizce mesafeli sözleşme kurulurken tüketiciye duruma göre kargo şirketini seçme hakkı tanınması ile tüketici ve kargo şirketi arasında doğrudan bir sözleşme kurulmamaktadır. Mesafeli sözleşme, satıcı veya aracılık eden ile tüketici arasında akdedilmektedir. Bu nedenle sözleşme konusu malı teslimle yükümlü olan özünde satıcı veya aracılık edendir. Bu durumda kargo şirketi yardımcı kişi konumundadır. Yardımcı kişilerin işin görülmesi sırasında başkalarına verdikleri zararlardan sorumluluk iki şekilde gerçekleşmekte olup bunlardan biri adam çalıştırmanın sorumluluğu, diğeri ise ifa yardımcısının fiilinden sorumluluktur. Bu iki müessese arasındaki en temel farklar şunlardır: TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğunda yardımcı kişi, üçüncü kişiye sözleşme dışı sorumluluk çerçevesinde zarar vermişken; TBK m. 116'da düzenlenen ifa yardımcısının fiilinden sorumlulukta yardımcı kişi, borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmeye göre borcun ifası sırasında alacaklıya zarar vermiştir²⁰². Buna bağlı olarak her iki halde de zamanaşımı farklıdır. Nitekim adam çalıştırmanın sorumluluğunda haksız fiil sorumluluğundaki fiilin ve failin öğrenildiği tarihten itibaren başlayacak 2 yıllık ve her halde on yıllık zamanaşımı uygulanacakken; ifa yardımcısının fiilinden

²⁰² Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, (Borçlar Hukuku 2009), s. 576; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, (Cilt 2), s. 143.

sorumlulukta sözleşme sorumluluğundaki on yıllık zamanaşımı uygulanacaktır²⁰³. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda, adam çalıştırmanın çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken ve gözetim ve denetimde bulunurken zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi (kurtuluş kanıtı sunması) halinde sorumluluktan kurtulması mümkünken; ifa yardımcısının sorumluluğunda bu şekilde bir kurtuluş kanıtı getirme imkanı bulunmamaktadır²⁰⁴. Yine adam çalıştırmanın sorumluluğunda, adam çalıştırıcı ile yardımcı kişi arasında bir istihdam ilişkisi olması gerekirken; ifa yardımcısının fiilinden sorumlulukta böyle bir ilişkiye gerek yoktur²⁰⁵. Nitekim bir kişi rastlantı sonucu bir borcun ifasına katılmış olsa dahi bu durum borçlunun onayına dayanıyorsa ifa yardımcısı sayılmaktadır²⁰⁶. Son olarak TBK m. 66 kapsamında çalıştırılan gerçek kişi iken; TBK m. 116 kapsamında çalıştırılan gerçek veya tüzel kişi olabilir²⁰⁷. Aynı olayda her iki sorumluluğun şartlarının da gerçekleşmesi mümkün olup böyle bir durumda TBK m. 66 ile TBK m. 116 hükümleri yarışacaktır²⁰⁸. Böyle bir durumda zarara uğrayan dilediği sorumluluğa dayanma hakkına sahiptir; ancak adam çalıştırıcının sorumluluğunda gerek kurtuluş kanıtı getirme imkanının olması, gerekse zamanaşımı süresinin daha kısa olması nedeniyle TBK m. 116 gereğince ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk hükümlerine dayanma daha lehe sonuç doğuracaktır²⁰⁹.

Öğretide mesafe satımlarında TBK m. 208/III uyarınca satıcının hasar sorumluluğunun malı göndermekle sona erdiği, taşıma faaliyetlerinin borcun kapsamı dışında kaldığı, bu nedenle taşıyıcının ifa yardımcısı kabul edilemeyeceği ve satıcının, taşıyıcının malın gönderilmek üzere tesliminden sonraki davranışlarından TBK m. 116 uyarınca sorumlu olamayacağı ifade edilmiştir²¹⁰. Ancak TKHK m. 48 kapsamında mesafeli sözleşmelerde ise, MSY m. 17/1 uyarınca satıcı kural olarak

²⁰³ Eren, Borçlar Hukuku 2009, s. 577.

²⁰⁴ Eren, Borçlar Hukuku 2009, s. 577; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 425. Öğretide Oğuzman ve Öz'ün de dahil olduğu bir görüşte, borç bizzat borçlu tarafından ifa edilseydi de zarara yol açan fiilde borçlunun kusurlu sayılmayacağı ve sorumlu olmayacağı hallerde sırf yardımcı kişiye başvurdu diye borçlunun sorumluluğunun doğmaması gerektiğini savunulmakta iken; Tunçomağ'ın da dahil olduğu bir diğer görüşte ise TBK m. 116'da kusurdan hiç bahsedilmemiş olması nedeniyle borcun ifasında yardımcı kişinin fiilinden kaynaklanan zarardan borçlunun her daim sorumlu olduğu savunulmaktadır. Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 426.

²⁰⁵ Eren, Borçlar Hukuku 2009, s. 577; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 417.

²⁰⁶ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 419.

²⁰⁷ Oğuzman ve Öz, Cilt 2, s. 145.

²⁰⁸ Eren, Borçlar Hukuku 2009, s. 577; Oğuzman ve Öz, Cilt 2, s. 143.

²⁰⁹ Oğuzman ve Öz, Cilt 2, s. 144.

²¹⁰ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s.424.

malın tüketici ya da tüketicinin taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimine kadar oluşan kayıp ve hasardan sorumludur. Gerek satıcının, malın teslimi konusunda tüketiciye karşı doğrudan sorumlu olması, gerekse satıcı ile taşıyıcı arasında taşıma sözleşmesi bulunması nedeniyle mesafeli sözleşmelerde satıcı açısından taşıyıcının TBK m. 116 kapsamında ifa yardımcısı olduğu kanaatindeyiz. Bu durumun gereği olarak taşıyıcının ve taşıyıcı yardımcılarının sözleşmeye aykırılık teşkil eden fiilleri nedeniyle satıcı sorumludur. TBK m. 116/II'de yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğun, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilmesi düzenlenmiştir. Bu noktada borçlunun kendi fiilinden sorumluluğunu daraltan TBK m. 115/I'deki düzenlemenin, ifa yardımcısının fiilinden kaynaklanan sorumluluk için getirilmediği ve bu nedenle yapılacak anlaşma ile borçlunun, ifa yardımcısının ağır kusurundan dahi sorumlu olmadığı düzenlenebileceği görülmektedir²¹¹. Ancak taşıyıcı ve taşıyıcı yardımcılarının kasten veya pervasızca bir davranışla veya zararın meydana gelme ihtimalinin bilinciyle hareket ettiği hallerde doğan zararlarda sorumluluktan kurtulma halleri ve sorumluluk sınırlamalarından yararlanamayacaklarını düzenleyen TTK m. 886 hükmü karşısında; taşıma sözleşmesinde taşıyıcının ve taşıyıcı yardımcılarının ağır kusurunda dahi sorumlu olmayacakları yönündeki düzenlemenin geçerli olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

b. İfa Yapılacak Kişi

Genel kural olarak ifa alacaklının kendisine yapılmalıdır; bununla birlikte alacaklının yasal veya rızai temsilcisi varsa bu temsilciye yapılan ifa da geçerlidir²¹². Mesafeli sözleşmelerde satıcı veya sağlayıcının ifada bulunacağı kişi kural olarak tüketicidir.

Tüketici kavramı ilerleyen başlıklarda daha detaylı incelenecek olduğundan bu başlıkta fazla ayrıntıya girilmeyecektir. Bununla birlikte tüketici kavramını kısaca açıklamak gerekirse; tüketici, ekonomik, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını

²¹¹ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s.426-427.

²¹² Tekinay ve diğerleri, s. 770.

karşılayabilmek için üretilen mal ve hizmetleri satın alma yoluyla alıp kullanan veya bunlardan yararlanan ya da kendi kendine üretip kendisi kullanan kişidir²¹³.

Satıcı veya sağlayıcının borcu, tüketiciye veya tüketicinin yetkili temsilcisine yaptığı ifa ile sona erecektir. Yetkili temsilcinin, tüketicinin sınırlı ehliyetsiz olması durumunda mesafeli sözleşme akdetmesine izin veya icazet veren kişi, yani veli ya da vasi olması mümkündür. Bunun dışında tam ehliyetli tüketicinin, mesafeli sözleşme kapsamında malı teslim alma ya da hizmeti kabul etme için üçüncü bir kişiye yetki vermesi de mümkündür.

Satıcı ve sağlayıcı, üçüncü bir kişiye tüketici veya tüketicinin yetkili temsilcisi olduğu inancıyla iyi niyetle ifade bulursa dahi borcundan kurtulamayacaktır²¹⁴. Uygulamada akdedilen mesafeli sözleşme neticesinde satıcının ifa yardımcısı konumundaki kargo işletmecisi çalışanının çoğunlukla kimlik dahi sormadan sözleşme konusu malı teslim ettiği görülmektedir. Böyle bir durumda sözleşme konusu malın, tüketici veya tüketicinin yetkili temsilcisi olduğunu iddia eden; ancak aslında olmayan üçüncü bir kişiye teslim edilmesi ile ifa gerçekleşmiş olmayacağından satıcı, aynı malı ayrıca tüketiciye de teslim etmek zorunda kalacaktır.

Tüketicinin temsilcisi olmayan üçüncü bir kişiye ifa yapılabilmesi için, daha önce de belirttiğimiz gibi kural olarak üçüncü kişi yararına sözleşme yapılması gerekmektedir²¹⁵. Bu sayede mesafeli sözleşmelerde satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin belirlediği üçüncü bir kişiye de geçerli şekilde ifade bulunabilmektedir. Üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olmadığından, tüketici tarafından lehine mesafeli sözleşme akdedilen üçüncü kişinin ehliyetinin bulunup bulunmadığının da bir önemi bulunmamaktadır²¹⁶.

²¹³ Akipek, Tanımlar, s. 56.

²¹⁴ Tekinay ve diğerleri, s. 770; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, s. 31; Kılıçoğlu, s. 606; Reisoğlu, s. 298; Erol Cansel ve Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 253.

²¹⁵ Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 246.

²¹⁶ Hatemi ve Gökyayla, s. 310.

2. Tüketici Açısından Edimin İfası

Tüketici açısından edimin ifasının açıklanabilmesi için ifada bulunacak kişi ya da kişiler ile ifa yapılacak kişi ya da kişileri ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

a. İfade Bulunacak Kişi

İfade bulunacak kişi tüketici ya da tüketicinin, lehine mesafeli sözleşme akdettiği üçüncü kişi ya da herhangi bir üçüncü kişi olabilir.

(1) Tüketici Kavramı

Tüketici kavramı için öğretide pek çok tanımlama bulunmaktadır. Bu tanımlardan birine göre tüketici, *"hukuki ilişkiye girerken özel bir amaç takip eden, yani mal ya da hizmet elde ederken, kişisel, ailevi veya özel kullanıma özgü bir amaç taşıyan kişidir"*²¹⁷. Bir başka görüş tüketiciyi, *"sözleşmede iradesini serbestçe oluşturamayan, çeşitli nedenlerle iradesi sakatlanan ve bunun farkında olmayan kişi"* olarak tanımlamaktadır²¹⁸. Tüketici kavramını geniş ve dar olmak üzere ikiye ayıran bir görüşe göre geniş ve hukuki anlamda tüketici, *"ticari veya mesleki faaliyeti ya da şahsi ihtiyacı için sözleşme yapan gerçek veya tüzel kişi"* olup dar ve hukuki anlamda tüketici ise, *"ticari veya mesleki faaliyeti dışında ya da şahsi ihtiyacı için sözleşme yapan gerçek veya tüzel kişi"*dir²¹⁹. Bir başka tanıma göre tüketici, *"malı nihai olarak kullanan, tüketen, satın aldığı malın satılmasını amaçlamayan kişi"*dir²²⁰. Son olarak öğretideki kapsamlı tanımlamalardan biri de tüketicinin, *"ekonomik, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını karşılayabilmek maksadıyla, üretilen mal ve hizmetleri satın alma yolu ile kullanan ya da bunlardan yararlanan veya kendi*

²¹⁷ Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:50, Sayı:1, 2001, s. 72.

²¹⁸ İ. Yılmaz Aslan, **Tüketici Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015, s. 2.

²¹⁹ Aydoğdu, **Tüketici Hukuku**, s. 59.

²²⁰ Kamil Kadioğlu, **Gerekçeli Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 35'ten aktaran Ahmet Karakocalı ve Ali Suphi Kurşun, **Tüketici Hukuku**, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 19.

kendine üretilip kendi kendisi kullanan ve hiçbir mübadeleye sokmayan kişi, kurum ya da aile" olduğunu ifade eden tanımdır²²¹.

TKHK m. 3/1-k maddesi gereğince ise tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir. Bu tanım açısından önem arz eden husus "ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket etme" olup ticari ve mesleki amaçtan kasıt kâr elde etme amacıdır²²². Bu durumda bir malı olduğu gibi ya da işleyerek bir çıkar karşılığında başkasına devreden kişi de satıcı konumunda olacağından tüketici sayılamayacaktır²²³. Öğretideki bir görüşe göre bir kişinin tüketici sayılabilmesi için, bir mal veya hizmeti elde etmek için harcadığı paranın, o malın kullanılmış veya tüketilmiş olmasıyla bağlantılı olarak tekrar geri gelmemesi gerekmektedir²²⁴.

Bir kişinin tüketici olabilmesi için illa kendisi için mal ya da hizmet satın alması gerekmekte olup bir başkası için de mal ya da hizmet satın alınması durumunda da satın alan tüketici sayılmaktadır²²⁵. Ancak öğretide bir işverenin gözetiminde ve ona bağımlı olarak çalışan işçinin, işte kullanmak üzere, yani işletme hesabına temsil yetkisini kullanarak satın aldığı mallar açısından tüketici sıfatı taşımayacağı da ileri sürülmektedir²²⁶. Öte yandan yine öğretideki bir görüşe göre bir kişinin, bir mal veya hizmeti karma nedenle (hem ticari veya mesleki nedenle, hem de kişisel kullanım için) satın alması halinde de tüketici sayılması mümkün değilken²²⁷; diğer bir görüşe göre satın alınan mal veya hizmetin ticari olmayan amaçla alınan kısmı ile ticari amaçla alınan kısmının miktar, sayı ya da ölçü olarak birbirinden ayrılma imkanı varsa ticari olmayan kısmına TKHK hükümleri, ticari kısmına ise genel hükümler uygulanmalı, bu nedenle somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır²²⁸.

TKHK'da yapılan tüketici tanımı gereğince tüketicinin gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür; ancak geniş bir yorumla tüm tüzel kişilerin tüketici olarak kabul

²²¹ Akipek, Tanımlar, s. 56.

²²² Zevkliler ve Özel, s. 94.

²²³ Zevkliler ve Özel, s. 94.

²²⁴ Aslan, s. 4.

²²⁵ Aydoğdu, Tüketici Hukuku, s. 60.

²²⁶ Karakocalı ve Kurşun, s. 28; Aslan, s. 6.

²²⁷ Zevkliler ve Özel, s.96; Aslan, s. 4.

²²⁸ Aydoğdu, Tüketici Hukuku, s. 62.

edilmesi de mümkün değildir²²⁹. Bu durumda tacir niteliğindeki tüzel kişiler, tüketici sıfatı taşımamaktadır²³⁰. Örneğin, TTK m. 3²³¹ uyarınca ticaret şirketlerinin herhangi bir işleminin tüketici işlemi olması mümkün değildir. Buna karşılık TTK m. 19/1²³² uyarınca gerçek kişi tacirler, istisnaen işlemin mahiyetinden anlaşılması veya açıkça söylemeleri halinde ticari işletmeleri ile ilgili olmayan işlemler yapabilmektedir ve böyle durumlarda tüketici sayılmaktadır²³³. Yine eğitim, sağlık vb. ticari olmayan amaçlarla mal veya hizmet satın alan ve kullanan derneklerin ve vakıfların tüketici kabul edilmeleri gerekmektedir²³⁴. Bununla birlikte dernek ve vakıfların iktisadi işletmeleri tüketici olarak kabul edilmemektedir²³⁵.

Mesafeli sözleşmelerde tüketici açısından edimin ifasını, sözleşme konusu malın ya da hizmetin bedelini ödemek oluşturmaktadır. Bu ödeme mesafeli sözleşmenin akdedilmesi sırasında kredi kartı ya da banka kartı ile gerçekleştirilebileceği gibi, sözleşme akdedildikten sonra banka hesabına havale/EFT yapılması ya da kapıda ödeme şeklinde de gerçekleştirilebilmektedir. Tüketici açısından edimin ifası, para borcunun ifası şeklinde olduğundan ve para borçlarında şahsen ifa zorunluluğu bulunmadığından; üçüncü kişilerin yaptıkları ödeme de tüketici açısından geçerli ifa anlamına gelecektir. Bu açıdan mesafeli sözleşmenin akdedilmesi sırasında yapılan ödemelerin, tüketicinin ya da üçüncü bir kişinin kredi kartı ya da banka kartıyla yapılması mümkün olduğu gibi, sözleşmenin akdedilmesinden sonra banka hesabına havale/EFT ya da kapıda nakit ödeme şeklinde yapılan ödemelerin de tüketici veya üçüncü bir kişi tarafından yapılması mümkündür.

Bu noktada üçüncü kişilerin mesafeli sözleşmedeki konumunun ne olduğu ve buna bağlı olarak ehliyetli olup olmamaları konusu bir kez daha akla gelmektedir. Şayet tüketici yerine ödemede bulunan üçüncü kişiye tüketici tarafından temsil

²²⁹ Ulusal, s. 53.

²³⁰ Aslan, s. 7.

²³¹ TTK m. 3: "Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir."

²³² TTK m. 19/1: "Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır."

²³³ Aslan, s. 8.

²³⁴ Karakocalı ve Kurşun, s. 24.

²³⁵ Ulusal, s. 53.

yetkisi verilmiş ve üçüncü kişi buna istinaden para borcunu ifa etmekte ise bu durumda üçüncü kişinin ehliyetli olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır²³⁶.

Üçüncü kişinin ifası, doğrudan doğruya borçlu ile üçüncü kişinin arasındaki borçtan kurtarma (ifa borcunun üstlenilmesi) taahhüdüne dayanabileceği gibi; borçlunun haberi olmaksızın borcun ödemesine de dayanabilmektedir²³⁷. Birinci durum sıklıkla üçüncü kişi ile borçlu/tüketici arasındaki dostluk ilişkisinden kaynaklanmakta olup üçüncü kişinin, alacaklıya verdiğini sonradan borçluya/tüketiciye rücu hakkı mevcuttur²³⁸. Borçlunun/tüketicinin haberi olmaksızın borcun ödenmesi durumu ise somut olaya göre vekaletsiz iş görme ya da sebepsiz zenginleşme kapsamında değerlendirilebilecektir²³⁹. Nitekim üçüncü kişi, borçlunun/tüketicinin varsayıli iradesi ile ödemedede bulunmuşsa vekaletsiz iş görme hükümlerine göre TBK m. 526 uyarınca sonradan borçluya/tüketiciye rücu ederek ödediklerini geri alabilecektir²⁴⁰. Bununla birlikte üçüncü kişi, borçlunun/tüketicinin borcunu öderken arka planda kendi çıkarını düşünmekteyse ya da borcu kendi borcu sanmaktaysa, örneğin sözleşme konusu malı teslim alırken kendi akdettiği bir mesafeli sözleşme kapsamında malın teslim edildiğini ve bu nedenle de kendi borcunu ifa ettiğini düşünüyorsa, bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümleri TBK m. 77 uyarınca borçluya/tüketiciye rücu edebilecektir²⁴¹.

b. İfa Yapılacak Kişi

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere; ifanın kural olarak alacaklının kendisine yapılması gerekmektedir; bununla birlikte istisnaen alacaklının yasal veya rızai bir temsilcisi olması durumunda bu temsilciye yapılan ifa da geçerli olmaktadır²⁴².

Bazı özel durumlarda alacaklı veya alacaklının temsilcisi olmayan üçüncü bir kişiye yapılan ifa da borçlunun borcunu sona erdirmektedir²⁴³. Nitekim alacaklının,

²³⁶ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 656; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 220.

²³⁷ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 24.

²³⁸ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 24.

²³⁹ Nomer, s. 306.

²⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 24.

²⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 25.

²⁴² Tekinay ve diğerleri, s. 770.

²⁴³ Tekinay ve diğerleri, s. 770.

ifanın üçüncü bir kişiye yapılması için borçluya yetki vermesi bunlardan biridir²⁴⁴. Bu duruma örnek olarak alacaklının bir bankada hesabının olması ve borçluya borç miktarını bu hesaba yatırması için yetki vermesi hali gösterilecektir²⁴⁵. Bu örneğin mesafeli sözleşmelerdeki karşılığı, satıcı veya sağlayıcı ile akdedilen mesafeli sözleşme uyarınca tüketici ya da üçüncü kişinin, satıcı veya sağlayıcının gösterdiği banka hesap/IBAN numarasına borç konusu paraya yatırmasıdır. Böyle bir durumda banka, satıcı veya sağlayıcının temsilcisi niteliğinde olmayan üçüncü bir kişi olduğu halde, bankaya yapılan ödeme geçerli bir ifa anlamını taşımaktadır.

Bu noktada akla bir kez daha satıcının ifayı bizzat gerçekleştirmesinin mümkün olmadığı ve taşıyıcı vasıtasıyla ifanın gerçekleştirildiği ve tüketici ya da üçüncü kişinin taşıyıcıya kapıda ödeme yaptığı haller gelmektedir. Böyle bir durumda taşıyıcı, satıcının temsilcisi niteliğinde midir? Daha önce satıcı ve sağlayıcıların ifası açısından taşıyıcıların konumu, yetkileri ve sorumlulukları değerlendirilirken de ifade ettiğimiz üzere; satıcının, malın teslimi konusunda tüketiciye karşı doğrudan sorumlu olması ve satıcı ile taşıyıcı arasında taşıma sözleşmesi bulunması nedeniyle kanaatimizce taşıyıcı, TBK m. 116 kapsamında satıcının ifa yardımcısı niteliğindedir.

C. İfa Yeri

1. Genel Olarak

Borçlunun borcunu gereği gibi yerine getirebilmiş sayılabilmesi için edim eylemini gerçekleştirmesi gereken yer ifa yeridir²⁴⁶. TBK m. 89 uyarınca ifa yeri tarafların serbest iradesi ile açık veya örtülü olarak kararlaştırılabilir; ancak taraflar arasında bu konuda bir anlaşma yoksa bu noktada TBK'daki yedek tamamlayıcı hukuk kuralları belirleyici olacaktır. Buna göre parça borçları açısından ifa yeri, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerdir. Para borçları açısından ifa yeri, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yeridir; ancak TBK m. 89/II uyarınca alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan

²⁴⁴ Tekinay ve diğerleri, s. 771.

²⁴⁵ Tekinay ve diğerleri, s. 771.

²⁴⁶ Cansel ve Özel, s. 238-239.

sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir. Parça borcu ve para borcu dışında kalan her tür borç açısından, borcun doğumu sırasında borçlunun yerleşim yeri ifa yeridir.

Alacaklı, ifa yerinden başka yerdeki ifa teklifini kabul etmek zorunda değildir; bununla birlikte kabul ederse borç sona erer²⁴⁷. Borçlu borcunu ifa yeri dışında başka bir yerde ifa etmek ister ve alacaklı kabul etmezse borçlunun temerrüdü; borç ifa yerinde ifa edilmek istenir ancak alacaklı kabul etmezse bu kez de alacaklının temerrüdü gündeme gelebilecektir²⁴⁸. Bu durum ifa yerinin en önemli hukuki sonuçlarından biridir.

İfa yerinin bir diğer önemi sonucu da edimi taşıma giderlerinden, edimin gecikmesi, bozulması ya da yok olması riskinden yani edim hasarından ve karşı edim (bedel) hasarından kimin sorumlu olacağıdır²⁴⁹. Nitekim alacaklı açısından alınacak borç söz konusu ise, yani ifa yeri borçlunun yeri ise, bu durumda edimi taşıma giderine ve olası hasara alacaklı katlanacaktır; ancak borçlu tarafından götürülecek borç söz konusu ise, yani ifa yeri alacaklının yeri ise, bu takdirde edimi taşıma gideri, edim hasarı ve karşı edim hasarından borçlu sorumludur²⁵⁰. Yollanacak borçta, yani mesafe satışında ise ifa yeri hem alacaklı hem de borçluda olup edimi taşıma gideri ve edim hasarı ile karşı edim hasarını alacaklı-alıcı taşımaktadır²⁵¹.

2. Mesafeli Sözleşmelerde İfa Yeri

Borçlunun ifa edimini gerçekleştirdiği yer ile ifa sonucunun gerçekleştiği yer genelde aynı olduğu halde, mesafeli sözleşmelerde ifa ediminin gerçekleştiği yer ile ifa sonucunun gerçekleştiği yer aynı değildir²⁵². Nitekim mesafeli sözleşmelerde satım konusu mal ise, satıcı açısından ifa ediminin gerçekleştiği yer malın yola

²⁴⁷ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 323.

²⁴⁸ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 40-41; Tekinay, s. 45; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 322-323; Nomer, s. 329; Resioğlu, s. 326; Cansel ve Özel, s. 239.

²⁴⁹ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 41.

²⁵⁰ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 41, 44.

²⁵¹ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 41.

²⁵² Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 40; Cansel ve Özel, s. 239.

çıkarıldığı yer iken, edim sonucu malın tüketiciye vardığı yerde gerçekleşmektedir²⁵³.

Mesafeli sözleşmelerin kuruluş tarzı, ifa konusunu oluşturabilecek mal ve hizmetlerin özellikleri ve ifa ediminin gerçekleştirilme şekilleri dikkate alındığında; mesafeli sözleşmeler açısından ifa yerinin özellik arz ettiği görüldüğünden; sözleşme konusu malların teslimi, hizmetin sağlanması ve para borcunun ödenmesi açısından ifa yerleri ayrı ayrı incelenecektir.

a)Malın Teslimi Açısından İfa Yeri

Mesafeli sözleşmede taraflar fiziken karşı karşıya olmadığından sözleşme konusu malın tüketiciye gönderilmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, satıcı açısından ifa ediminin gerçekleştiği yer ile ifa sonucunun gerçekleştiği yer birbirinden farklıdır.

Mesafeli sözleşmede satıcının borcu, mesafe satışında olduğu gibi, ilk bakışta yollanacak (gönderilecek) borç niteliğinde kabul edilebilecektir. Yollanacak borç açısından ifa yeri TBK m. 89'daki genel kuralda düzenlenmemiş, TBK m. 208/III ve m. 211'deki kurallar ile düzenlenmiştir. Buna göre alıcı, taşıma giderinden sorumlu olduğu gibi, malın taşıyıcıya teslim olduğu andan itibaren hasara da katlanmaktadır. Ancak genel nitelikteki bu hükmün (hasara katlanma açısından) tüketicilere uygulanmasının son derece ağır ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceğini öngören kanun koyucu zayıf konumda bulunan tüketiciyi korumak adına mesafeli sözleşmeler açısından özel bir düzenleme getirmiştir.

Nitekim MSY m. 17/1'de yer alan "*Satıcı, malın tüketici ya da tüketicinin taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimine kadar oluşan kayıp ve hasardan sorumludur.*" hükmü²⁵⁴ uyarınca mesafeli sözleşmelerde satıcı edim hasarından sorumludur. Öğretide söz konusu hüküm nedeniyle mesafeli sözleşmede

²⁵³ Cansel ve Özel, s. 239.

²⁵⁴ Söz konusu hükümde geçen "tüketicinin taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü kişi" ifadesinden, lehine mesafeli sözleşme akdedilen üçüncü kişi anlaşılmalıdır. Kanaatimizce kanun koyucunun bu şekilde açık bir düzenleme getirmesi uygun olmuştur. Zira uygulamada özellikle internet aracılığıyla mesafeli sözleşme akdedilirken satıcı tarafından birden fazla taşıyıcı seçeneği sunulmakta ve seçim tüketiciye bırakılmaktadır. Şayet söz konusu hükme "taşıyıcı dışında belirlenen üçüncü kişi" ifadesi getirilmemiş olsaydı, taşıyıcı da nihayetinde üçüncü kişi niteliğinde olduğundan, malın taşıyıcıya teslimi ile satıcının kayıp ve hasardan sorumluluğu ortadan kalkabilecekti. Bu nedenle hükmün lafzının, ruhuna uygun olduğu kanaatindeyiz.

satıcının borcunun yollanacak (gönderilecek) borç değil, götürülecek borç niteliğinde olduğu kabul edilmektedir²⁵⁵.

Her ne kadar mesafeli sözleşmede edim hasardan kural olarak satıcı sorumlu olsa da; MSY m. 17/2'de yer alan *"Tüketicinin, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep etmesi durumunda, malın ilgili taşıyıcıya tesliminden itibaren oluşabilecek kayıp ya da hasardan satıcı sorumlu değildir."* hükmü ile bu kurala bir istisna getirilmiştir²⁵⁶.

Peki mesafeli sözleşmenin konusunu gayri maddi malların oluşturması durumunda ifa yeri neresi olarak kabul edilecektir? Bilindiği üzere gayri maddi mallar, CD, DVD, disk, hafıza kartı gibi eşyalar üzerinde somutlaşabileceği gibi; bilgisayar programı, uygulama, oyun, müzik, video ve metin gibi dijital şekilde de sunulabilmektedir. Somutlaşmış gayri maddi mallar açısından, yukarıda bahsi geçen MSY m. 17 hükmü aynen geçerlidir. Dijital içerikler açısından ifa, verilerin bilgisayara yüklenmesi şeklinde gerçekleştiğinden ifa yerinin tespiti konusunda öğretide farklı ihtimaller üzerinde durulmuştur. Örneğin, ifa yerinin elektronik ortamın kendisi²⁵⁷, karşı tarafa online olarak yüklenecek bilgileri teslimle yükümlü olan web site sahibinin ikamet ettiği yer ya da yüklenecek bilgilerden yararlanacak olan tarafın sunucusunun (server'ın) bulunduğu yer ya da bilgilerden yararlanacak olan kişinin bilgisayarının bulunduğu yer ifa yeri olarak kabul edilebilecek yerlerden sayılmıştır²⁵⁸. Elektronik sözleşmelerin web siteleri aracılığıyla kurulması konusunda ileri sürülen bu görüşlerin, mesafeli sözleşmelerin de elektronik sözleşme şeklinde gerçekleştirilebilmesi mümkün olduğundan, mesafeli sözleşmeler açısından da

²⁵⁵ Kocayusufoaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 83.

²⁵⁶ Uygulamada mesafeli sözleşme akdedilirken birden fazla taşıyıcı seçeneği sunulmakta olup bazısında herhangi bir ücret farkı çıkmazken, bazısında ilave ücret çıkmaktadır. Böyle bir durumda satıcının, yalnızca ücret farkı çıkmayan taşıyıcı ile sözleşmesi olduğu ve "satıcının belirlediği taşıyıcının" bu taşıyıcı olduğunu düşünmek ve tüketiciye seçenek olarak sunulan diğer taşıyıcıların seçilmesi halinde kayıp ve hasardan tüketicinin sorumlu olduğunu kabul etmek kanaatimizce hakkaniyete ve tüketicinin korunması ilkesine aykırıdır. Daha önce taşıyıcı konusunu irdelerken de belirttiğimiz gibi; söz konusu hükümde yer alan "satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı" ifadesinden, kanaatimizce satıcının tüketiciye birden fazla seçenek sunduğu bir platformda tüketicinin hiçbir seçeneği istemeyip bambaşka bir taşıyıcıyı seçmesi olarak yorumlanmalıdır. Neticede satıcı, diğer taşıyıcı seçeneklerini de tüketiciye sunarak tüketicide bir güven yaratmaktadır.

²⁵⁷ Sinan Sami Akkurt, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:60, Sayı:1, 2011, s. 36.

²⁵⁸ Hatice Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s. 104'ten aktaran Alper Uyumaz, "Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:9, Özel Sayı, 2007, s. 925.

gündeme gelebilmesi mümkündür. Öğretide dijital içeriklerin ifasında ifa yeri olarak kabul edilebilecek en makul yerin, bu verilerden yararlanacak olan kişinin kullanımına sunulduğu yer olduğu kabul edilmektedir²⁵⁹. Ancak dijital içeriklerden yararlanacak olan kişilerin taşınır bilgisayar kullanması durumunda hiç ilgileri olmayan yerlerin ifa yeri olması mümkün olacaktır²⁶⁰. Böyle bir durum sorun teşkil edebileceğinden, öğretide ortaya atılan "aksi ispatlanmadığı sürece dijital verilerden yararlanacak kişinin mutlak meskeninin ifa yeri olduğu yönündeki" karineye²⁶¹ katılmaktayız. Zira mesafeli sözleşmede ifa yerinin açıkça belirtilmediği hallerde, ifa yerinin belirlenmesinde TBK'daki "borcun doğumu sırasında borçlunun yerleşim yeri"nin ifa yeri olduğu yönündeki genel kuralın uygulanmasının, sözleşmenin niteliği ve ifanın gerçekleştirilme şekli ile örtüşmediği kanaatindeyiz.

b) Hizmetin İfası Açısından İfa Yeri

Mesafeli sözleşmenin, bir hizmetin sağlanmasına yönelik akdedildiği durumlarda ifa yeri, sözleşmenin konusu olan hizmetin türüne göre belirlenmelidir. Zira aslında edimlerin çoğunda ifa yeri bellidir. Örneğin, bir hekim hastasını kural olarak hastanede ya da muayenehanesinde muayene eder ya da tesisatçı musluğu evde takar²⁶². Mesafeli sözleşme olarak akdedilen ve konusu bir hizmetin ifası olan sözleşmelerin kapsamı, TKHK m. 3/1-d uyarınca son derece geniş olup maddi edim niteliği taşımayan her tür edim hizmet sağlama anlamına gelecektir. Bu açıdan uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla ve oluşturulan organize bir sistem çerçevesinde kurulmak şartıyla, pek çok sözleşme türünün mesafeli sözleşme olarak akdedilmesi mümkündür. Bu noktada öncelikle edimin ne olduğunun dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin, tüketicinin, evinin temizlenmesi için sağlayıcı şirket ile mesafeli sözleşme akdetmesi durumunda ifa yerinin tüketicinin evi olması işin gereğidir. Ya da örneğin, bir tüketicinin, bir hastanenin çağrı merkezinin sağlık

²⁵⁹ Uyumaz, s. 925.

²⁶⁰ Uyumaz, s. 925.

²⁶¹ Hatice Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s. 106'dan aktaran Uyumaz, s. 926.

²⁶² Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 43.

taraması teklifini kabul etmesi ile kurulan mesafeli sözleşmede sağlık taraması hastanede gerçekleşeceğinden ifa yeri sağlayıcı olan hastanedir.

Bu noktada dijital platformlarda hizmet verilen sözleşmelerde, örneğin online hizmet veren bir hukuk bürosundan mesafeli sözleşme kapsamında danışmanlık hizmeti alınması durumunda, ifa yerinin neresi olduğu sorusu akla gelmektedir. Böyle bir durumda ifa yeri TBK m. 89/I-3 gereğince borcun doğumu anında borçlu olan sağlayıcının yerleşim yeri mi kabul edilmelidir? Yoksa dijital içeriklerin ifasında öğretide karene olarak sunulan "aksi ispatlanmadığı sürece dijital verilerden yararlanacak kişinin mutlak meskeni" ifadesinden kıyasen yola çıkılarak "aksi ispatlanmadığı sürece dijital hizmet alan tüketicinin yerleşim yeri" ifa yeri olarak kabul edilebilir mi? Kanaatimizce her ne kadar dijital içeriklerin bilgisayara yüklenmesi ile online olarak danışmanlık hizmeti alınması aynı mahiyette edimler olmasa da; somut olayda genel hükümlerin uygulanması durumunda, özellikle avukatlık ortaklığı olmayan hallerde, "sağlayıcının yerleşim yeri"nin ifa yeri kabul edilmesi makul olmayacaktır.

Bu noktada ifa yerinin hukuki sonuçlarından biri olan edim hasarı kavramının, hizmet borcu açısından söz konusu olup olamayacağı sorusu akla gelmektedir. Edim hasarı, kusursuz şekilde ifası imkansızlaşan edim konusundan yoksun kalma riskidir²⁶³. Bir başka ifadeyle bu kavram, sözleşmenin kurulmasından sonra ama ifasından önce borçlunun kusuru olmaksızın ifanın imkansızlaştığı hallerde borç konusu edimin talep edilip edilemeyeceği ya da yerine tazminat talep edilip edilemeyeceği ile ilgilidir²⁶⁴. Söz konusu tanımda sözleşme konusu edimin mal ya da hizmet olması noktasında herhangi bir ayırım gözetilmediği görülmektedir. Nitekim hizmet ediminin ifasının sağlayıcının kusuru olmaksızın imkansız hale gelebilmesi mümkün olduğundan; konusu bir hizmetin ifası olan mesafeli sözleşmelerde de edim hasarı kavramının gündeme gelebilmesi de mümkündür.

Hizmetin ifasının imkansızlaşması denilince akla ilk olarak mücbir sebep halleri gelmektedir. Örneğin, hizmetin verileceği yerin, sağlayıcının kusuru olmaksızın yangın nedeniyle tahrip olması. Hizmetin şahsen ifasının zorunlu olmadığı haller açısından, mücbir sebep dışındaki imkansızlık hallerinin söz konusu

²⁶³ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 41.

²⁶⁴ Damla Sariaslan, **Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 6-7.

olması sık rastlanabilecek bir durum olmamakla birlikte; özellikle hizmetin şahsen ifa edilmesinin gerekli olduğu hallerde ölüm gibi kişiliği sona erdiren bir imkansızlık nedeninin gerçekleşmesi durumunda hizmetin ifası imkansız hale gelebilmektedir. Peki böyle bir durumda edim hasarına kim katlanmaktadır? Mesafeli sözleşmelerde kayıp ve hasardan kimin sorumlu olacağını düzenleyen MSY m. 17 hükmü yalnızca sözleşme konusu edimin "mal teslimi" olması hali için düzenlenmiştir. Tüketici mevzuatında hizmetin ifasının imkansızlaşması halinde edim hasarından kimin sorumlu olacağını gösterir özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda kanunda boşluk bulunan hallerde genel hükümlere gidilmesi gerektiğinden; genel olarak ifa imkansızlığını düzenleyen TBK m. 136 hükmüne bakılması gerekmektedir. TBK m. 136/I uyarınca borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşırsa borç sona ereceğinden, hizmetin ifasının gerçekten imkansızlaştığı hallerde edim hasarına tüketici katlanmak durumundadır. Bu durum mesafeli sözleşmelerin konusunun mal ya da hizmet olmasına göre edim hasarından sorumluluğun farklı olması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce kanun koyucunun hizmetin ifasında imkansızlık hali için tüketici lehine bir düzenleme getirmesinde yarar vardır.

Karşı edim (bedel) hasarı, karşılıklı sözleşmede edim konusunun hasara uğraması üzerine karşı edim olan bedelden yoksun kalma riskidir²⁶⁵. Karşı edim hasarına kural olarak borçlu katlanmaktadır. Bu durumda hizmeti veremeyen sağlayıcı, doğal olarak ücretini de talep edememektedir. MSY m. 16/4'te *"Sipariş konusu mal ya da hizmet ediminin yerine getirilmesinin imkansızlaştığı hallerde satıcı veya sağlayıcının bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi ve varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde iade etmesi zorunludur."* hükmü yer almakta olup bu hüküm de karşı edim (bedel) hasarına satıcı ve sağlayıcının katlandığını göstermektedir.

²⁶⁵ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 42.

c)Para Borcu Açısından İfa Yeri

Para borçları açısından genel kural, taraflar arasında aksine bir anlaşma olmadıkça TBK m. 89/I-1 uyarınca para borcunun alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilmesidir. Ancak mesafeli sözleşmenin kurulma şekli ve tüketici açısından ifa yolları dikkate alındığında; genel nitelikteki bu kuralın kural olarak uygulama alanı bulamadığı görülmektedir. İstisnaen konusu belli bir hizmetin ifasına ilişkin olan mesafeli sözleşmede, şayet ifa, sağlayıcının yerinde gerçekleşirse ve tüketici de ücreti söz konusu yerde öderse bu durum genel kuralın uygulandığı hallere örnek teşkil edecektir.

Mesafeli sözleşmede tüketici, borcunu mesafeli sözleşmenin akdedilmesi sırasında kredi kartı ya da banka kartı ile ödeyebileceği gibi, sözleşme akdedildikten sonra banka hesabına havale/EFT yapma, posta havalesi yapma ya da kapıda ödeme şeklinde de ifa edebilmektedir.

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu (BKKKK) m. 3/d gereğince banka kartı, mevduat hesabı veya özel cari hesapların kullanımı dahil bankacılık hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan kartı ifade etmekte olup bazı banka kartlarının da borcun ifasında kullanılabilme özelliği bulunmaktadır. Bu tip banka kartı ile ödeme yapılabilmesi için kural olarak tüketicinin kart hesabında para bulunması gerekmektedir. Banka kartında para bulunan durumlarda yapılan ödeme, bir anlamda nakdi ödeme yerine geçmektedir. Tüketicinin o an için nakit olarak sunamadığı parayı, banka tüketici yerine satıcı veya sağlayıcıya aktarmaktadır. Bununla birlikte tüketicinin hesabında para bulunmadığı durumlarda da tüketici ile banka arasındaki sözleşmenin cevaz vermesi kaydıyla banka, tüketiciye kredi vererek sözleşme konusu ücreti satıcı veya sağlayıcıya aktarmaktadır. Tüketicinin banka kartıyla ödeme yapması durumunda ifa yeri kanaatimizce tüketicinin hesabının bulunduğu banka şubesidir.

Banka hesabına havale ya da EFT yapılması durumunda satıcı veya sağlayıcıya değil, satıcı veya sağlayıcının temsilcisi de olmayan üçüncü bir kişiye, yani bankaya ödeme yapılmaktadır. Satıcı veya sağlayıcı istediği zaman bu parayı çekebilmektedir. Böyle bir durumda ifa yeri, ödemenin gerçekleştiği kabul edilen

anda havale konusu kaydı paranın bulunduğu yerdir²⁶⁶. Dolayısıyla günümüzde en sık rastlanan banka havale türlerinden biri olan gayrinakdi banka havalesi açısından²⁶⁷ ödeme yeri, alıcının hesabının yürütüldüğü banka şubesidir²⁶⁸.

Öğretide bir içtihadan²⁶⁹ yola çıkılarak posta havalesi ile ödeme yapan kişilerin, havaleyi "alacaklının yerleşim yerinde ödeme kaydı ile" yapmaları gerektiği; alacaklının parayı almak için postaneye gitmek zorunda olmadığı ifade edilmektedir²⁷⁰. Bu görüşten yola çıkılarak tüketicinin, posta havalesi yoluyla ödeme yapması halinde satıcı veya sağlayıcının yerleşim yerinde ödeme kaydı ile ödeme yapması gerektiği söylenebilir mi? Kanaatimizce bu noktada öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye bakılması gerekmektedir. Şayet mesafeli sözleşmede, satıcı veya sağlayıcı, tüketiciye posta havalesi yoluyla bir ödeme imkanı sunmuş ve ödemenin özellikle belli bir adreste gerçekleştirilmesi kaydı ile yapılmasını talep etmişse, bu takdirde tüketici borcunun gereği gibi ifa edebilmek için bu kayda uymalıdır. Bununla birlikte anlaşmada özellikle "adreste ödenmesi kaydı" yer almıyorsa, söz konusu içtihadın kira borcuna ilişkin olduğu ve kira borcunun, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ifasının zorunlu olduğu, buna karşılık mesafeli sözleşmelerdeki ödeme usullerinin çeşitlilik arz ettiği de dikkate alınarak ve tüketicinin lehine yorum yapılarak satıcı veya sağlayıcının yerleşim yerinde ödenmesi kaydı ile yapılmasa dahi tüketici tarafından yapılan ödemenin usule uygun ifa olduğu kabul edilmelidir. Ancak satıcı veya sağlayıcı, tüketiciye posta havalesi yoluyla ödeme imkanı sunmadığı halde, tüketici bu yolla ifade

²⁶⁶ Türk, s. 271.

²⁶⁷ Gayrinakdi havale kavramını ilerleyen bölümlerde "Mobil Online Ödeme" başlığı altında ayrıca inceleyecek olmakla birlikte; gayrinakdi havaledde hem havale talimatı verenin, hem de havale alıcısının bankada cari bir hesabı bulunmakta olup havale konusu para bir hesaptan diğerine aktarılmaktadır. Bkz: Türk, s. 159.

²⁶⁸ Türk, s. 271.

²⁶⁹ "...Borçlu davalının, yeni dönem başlangıcı olan 25/4/1977 tarihinde işliyecek 6 aylık kira borcu tutarı 5.850 lirayı, PTT. havalesi ile ve konutta teslim edilmek üzere gönderdiği, davacı alacaklının bu parayı kabul etmemesi üzerine 13/5/1977 günü tevdi yeri belirlenmesi için sulh hukuk mahkemesine başvurduğu anlaşılmaktadır.

İfayı reddeden alacaklı bu kez, 6/7/1977 günü, işlemiş 3 aylık kira tutarı 2925 liranın ödetilmesi için borçluya ihtarlı ödeme emri göndermiş, borçlunun (6 aylık kira tutarının PTT. havalesi ile gönderdiğini, borcu bulunmadığını) bildirerek, takibe itiraz etmesi üzerine, 4/10/1977 günlü dilekçesi ile borçlu; itirazının kaldırılmasını, sözleşmenin feshini ve kiralananın boşaltılmasını istemiştir...

... olayda borçlunun mu alacaklının mı temerrüde düştüğünün incelenmesi gerekir. Alacaklı, kiralayanın ikametgahında ödenmesi gereken kira borcunun, zamanında ve usule uygun biçimde sunulmuş olmasına karşın, haklı bir neden olmaksızın edimi reddeden alacaklının BK.nun 90. maddesine göre, temerrüde düştüğü kabul edilmelidir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1979/12-224, K. 1980/2333, T. 07.11.1980, Kazancı İçtihat Bankası, (29.04.2019).

²⁷⁰ Oğuzman ve Öz, s. 324.

bulunmak isterse, bu durumda satıcı veya sağlayıcının yerleşim yerinde ödenmesi kaydı ile ifada bulunması gerekmektedir.

Kredi kartı ile ödeme yapılması noktasında öğretideki bir görüşe göre kredi kartıyla yapılan ödemeler ifa uğruna edim teşkil etmektedir²⁷¹; diğer görüşe göre ise internet üzerinden kredi kartı ile yapılan ödemelerde ifa yerine edim söz konusudur²⁷².

Kapıda ödeme durumunda ise, genel kuralın aksine ve olması gereken hukuka da uygun şekilde borçlu olan tüketicinin yerleşim yerinde ifa gerçekleşmektedir.

Ç. İfa Zamanı

1. Genel Olarak

İfa zamanı iki yönlü bir kavram olup bunlardan biri alacağın ne zaman muaccel olduğunu, diğeri ise ne zaman ifa kabiliyetine sahip olacağını ifade etmektedir²⁷³. Muacceliyet, alacaklının edimi talep edebileceği ve borçlunun da edimi yerine getirmekle yükümlü olduğu andan itibaren gerçekleşmektedir²⁷⁴. Bir başka ifadeyle ifa günü gelmiş olan borç muaccel olmuş olur²⁷⁵. İfa kabiliyeti ise, borçlunun edimi yerine getirme yetkisine sahip olduğu ve alacaklının da edimi kabul etmekle yükümlü olduğu anda gerçekleşmektedir²⁷⁶. Tarafların anlaşmasına ya da işin özelliğine göre muacceliyetin ya da ifa kabiliyetinin gelecekle gerçekleşeceği anlaşılamıyorsa ve kanunda da herhangi bir vade öngörülmemişse, alacak doğumundan itibaren derhal muaccel olur ve ifa kabiliyeti kazanır²⁷⁷. Nitekim TBK m. 90'da²⁷⁸ bu kural, "süreye bağlanmamış borçlarda ifa zamanı" başlığı ile kaleme alınmıştır²⁷⁹. Ancak borcun ifası gelecekte bir tarihe ya da belirli bir müddet sonraya

²⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 94, 100; İpek, 218.

²⁷² Sözer, 141; Muzaffer Şeker, "Elektronik Ödeme Sistemleri", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:10, Sayı:20, 2011, s. 63.

²⁷³ Tekinay ve diğerleri, s. 800.

²⁷⁴ Tekinay ve diğerleri, s. 800.

²⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 54.

²⁷⁶ Tekinay ve diğerleri, s. 800.

²⁷⁷ Tekinay v diğerleri, s. 800.

²⁷⁸ TBK m. 90: "İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur."

²⁷⁹ Özünde "vade" terimi ile "süre" ifadesi aynı anlamı karşılamadığı halde, kanun koyucu TBK m. 90'ın başlığında "vade" yerine "süre" ifadesini kullanmayı tercih etmiş; ancak ilerleyen maddelerde

bırakılmışsa, bir başka ifadeyle vadeye bağlanmışsa, bu takdirde borç ancak vadesi geldiği takdirde muaccel hale gelir ve ifası talep edilebilir²⁸⁰.

Borçlunun borcunu gereği gibi yerine getirebilmiş sayılabilmesi için ifanın zamanında gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. İfa teklifinin gereği gibi olmaması durumunda alacaklı ifayı kabule mecbur değildir ve bu durumda borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanacaktır. Ancak ifa gereği gibi teklif edildiği halde alacaklı tarafından kabul edilmezse, bu kez alacaklının temerrüdü hükümleri gündeme gelecektir²⁸¹. İfa zamanının önemini gösteren diğer nedenler, vadeden önce borcun ifa edilebilmesi, ifa imkansızlığı ve zamanaşımıdır²⁸².

2. Mesafeli Sözleşmelerde İfa Zamanı

Bilindiği üzere sözleşme hukuku kural olarak tarafların serbest iradelerine dayanmakta olup bu kapsamda tarafların ifa zamanını belirlemesi mümkündür. Bununla birlikte kanun koyucu bazı konularda zayıf olan tarafı koruma, hakkın kötüye kullanılmasını engelleme vb. amaçlarla emredici nitelikte kurallar öngörebilmektedir. İşte mesafeli sözleşmelerin kendine has akdedilme usulü ve taraflardan birinin diğerine karşı son derece zayıf konumda olduğu dikkate alınarak kanun koyucu tarafından özellikle mal satışları açısından azami bir ifa süresi belirlenmiştir. Satıcı veya sağlayıcıların taahhüt ettikleri süre içinde edimlerini ifa etmemeleri ya da mal satışları açısından satıcının azami otuz günlük süreye riayet etmemesi durumunda tüketiciye sözleşmeyi feshetme hakkı tanındığından, mesafeli sözleşmelerde ifa zamanı bu nedenle de önem arz etmektedir.

ETKHK m. 9/A-III hükmünde de ifa zamanı azami otuz gün olarak belirlenmişti; ancak bu süre TKHK m. 48/3'ten farklı olarak yalnızca mal satışlarını değil hizmet satışlarını da kapsamaktaydı²⁸³. Önceki kanunda hizmet açısından da öngörülen bu azami sürenin, TKHK ile yalnızca mal satışları açısından öngörülmüş

yine "vade" terimini kullanmaya devam etmiştir. "Vade" teriminin hem belirli bir günü, hem de mehili ifade etmesi nedeniyle bu durum öğretide eleştirilmiştir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 56.

²⁸⁰ Nomer, s. 329-330.

²⁸¹ Melek Bilgin Yüce, **Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 4.

²⁸² Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 51; Kılıçoğlu, s. 571-572; Reisoğlu, s. 328; Cansel ve Özel, s. 242.

²⁸³ Özel, Tüketici, s. 218.

olması kanaatimizce yerinde bir değişiklik değildir. Bununla birlikte TKHK m. 48'in gerekçesi incelendiğinde üçüncü fıkraya için yapılan açıklama²⁸⁴ nedeniyle kanun koyucunun, getirdiğı değişikliğin farkında olduğı da şüphelidir.

Yine ETKHK zamanında yürürlükte olan Mesafeli Satışlar Yönetmeliğinde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, satıcı veya sağlayıcının, tüketici tarafından kendisine siparişin iletildiği günden itibaren en geç otuz gün içinde sipariş konusunu ifa etmesi gerektiğı ve bu sürenin taraflarca en fazla on gün daha uzatılabileceğı düzenlenmişti²⁸⁵. Ancak kanun koyucu tüketicilerin daha fazla mağduriyet yaşamamaları için, isabetli şekilde, TKHK ve MSY ile satıcı ve sağlayıcılara bu yönde bir süre uzatım imkanı sağlanmamıştır.

a) Satıcı Açısından İfa Zamanı

TKHK m. 48/3 ve MSY m. 16/1'de yer alan "*Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirmek zorundadır. Mal satışlarında bu süre her halükarda otuz günü geçemez. Satıcı veya sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir.*" hükmü gereğince satıcı, siparişin kendisine ulaştığı tarihten itibaren taahhüt edeceği süre içinde malı teslimle yükümlüdür.

Satıcı veya taşıyıcının, sözleşme konusu malı tüketiciye, tüketicinin temsilcisine veya lehine sözleşme yapılan üçüncü kişiye teslim ettiği an satıcı açısından ifa gerçekleşmiş olmaktadır. Şayet mesafeli sözleşmenin konusu dijital içerik ise, bu durumda da dijital içeriğin tüketicinin bilgisayarındaki sabit diske kaydedildiğı an teslim anıdır²⁸⁶.

²⁸⁴ Nitekim TKHK m. 48/3'ün gerekçesinde "*Üçüncü fıkra mesafeli satışların ifa edilmesi düzenlenmiştir. Mesafeli satışlarda tüketicilerin yaşadığı problemlerin başında sipariş ettikleri mal veya hizmetlere satıcı veya sağlayıcıların taahhüt ettiği sürede ulaşamamaları gelmektedir. Bu nedenle her halükarda otuz günü aşmamak kaydıyla satıcı veya sağlayıcıların taahhüt ettiği süre içerisinde edimini yerine getirmesi zorunda kılınıp, aksi bir durumda tüketicinin sözleşmeyi feshedebileceğı düzenleme altına alınmıştır.*" açıklaması yer almaktadır. Bu durumda madde metninde yalnızca mal satışları açısından düzenlenen azami sürenin; madde gerekçesinde hem mal satışları, hem de hizmet ifası açısından öngörölmüş olması kanaatimizce kanun yazma tekniğı ile bağdaşmamaktadır.

²⁸⁵ Topaloğlu, s. 782; Özel, Tüketici, s. 218.

²⁸⁶ Serdar, s. 185.

Satıcı açısından ifa zamanının her halükarda otuz günü geçemeyeceği emredici bir hükümle kaleme alınmıştır. Bu durumda sözleşmede satıcıya teslimat için, siparişin ulaştığı tarihten itibaren otuz günden daha uzun bir süre öngörülmüşse bile söz konusu hüküm geçersiz olacak ve kanunda yer alan otuz günlük azami süre dikkate alınacaktır.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir başka husus, satıcı açısından sürenin, "tüketicinin siparişinin satıcıya ulaştığı tarihten" itibaren başlamasıdır. Telefon, radyo, televizyon gibi iletişim araçlarında taraflar fiziken karşı karşıya gelmeseler de hazırlar arası bir durum söz konusu olduğundan siparişin alındığı tarih bellidir. Ancak internet üzerinden yapılan mesafeli sözleşmeler açısından siparişin ulaştığı tarihten kastın ne olduğu hususunda ETDHK hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir. ETDHK m. 4'te²⁸⁷ elektronik iletişim araçlarıyla verilen siparişlere ilişkin esaslar düzenlenmiş olup buna göre hizmet sağlayıcı olan satıcı, tüketicinin siparişi aldığını gecikmeksizin elektronik iletişim araçları ile teyit etmek zorundadır ve bu hükmün aksinin kararlaştırılması dahi mümkün değildir. Satıcı açısından getirilen bu yükümlülük, tüketicinin malın ifa süresine yönelik öngörüsünü kolaylaştırmakta ve belirliliği arttırmaktadır.

Satıcı için öngörülen otuz günlük azami süre, malın, tüketici ya da lehine sözleşme yapılan üçüncü kişiye teslim edilmesi için öngörülmüş olduğundan; taşıma süresinin söz konusu otuz günlük süreye dahil olduğunu belirtmek gerekmektedir. TTK m. 873 uyarınca taşıyıcı, sözleşmede öngörülen bir süre varsa bu süre içinde, yoksa somut olayın şartlarına göre özenli bir taşıyıcıya tanınabilecek makul süre içinde malı teslim etmekle yükümlü olduğundan, taşımacının kargo işletmecisi olduğu hallerde ise KTY m. 43/8 uyarınca teslim alınan günden itibaren il içi

²⁸⁷ "(1) Elektronik iletişim araçlarıyla verilen siparişlerde aşağıdaki esaslar geçerlidir:

a) Hizmet sağlayıcı, siparişin onaylanması aşamasında ve ödeme bilgilerinin girilmesinden önce, ödeyeceği toplam bedel de dâhil olmak üzere, sözleşmenin şartlarının alıcı tarafından açıkça görülmesini sağlar.

b) Hizmet sağlayıcı, alıcının siparişini aldığını gecikmeksizin elektronik iletişim araçlarıyla teyit eder.

c) Sipariş ve siparişin alındığının teyidi, tarafların söz konusu beyanlara erişiminin mümkün olduğu anda gerçekleşmiş sayılır.

(2) Hizmet sağlayıcı, sipariş verilmeden önce alıcıya, veri giriş hatalarını belirleyebilmesi ve düzeltebilmesi için uygun, etkili ve erişilebilir teknik araçları sunar.

(3) Tarafların tüketici olmadığı hâllerde taraflar, birinci ve ikinci fıkralardaki düzenlemelerin aksini kararlaştırabilirler.

(4) Birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri ile ikinci fıkra, münhasıran elektronik posta yoluyla veya benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelere uygulanmaz."

taşımalarda en geç 2 gün, yurtiçi taşımalarda en geç 3 gün, uluslararası taşımalarda ise en geç 15 gün içinde taşımak ve bu süreler içinde teslimat şekline uygun olarak alıcısına ulaştırmakla yükümlü olduğundan; satıcının taahhütte bulunurken ya da azami süre içinde ifada bulunurken söz konusu taşıma süresini de dikkate alması gerekmektedir.

b)Sağlayıcı Açısından İfa Zamanı

TKHK m. 48/3 ile MSY m. 16/1'de yer alan ve sözleşmenin ifa zamanını düzenleyen hükümlerde azami süre yalnızca mal satışları için öngörülmüş olup hizmetlerin ifası noktasında mevzuatta sınırlayıcı herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda ifa zamanının, taraflar arasında serbestçe kararlaştırılması mümkündür. Ancak sağlayıcının, siparişin kendisine ulaştığı tarihten itibaren sözleşmede kararlaştırılan süre ne ise o süreye riayet ederek ifada bulunması gerekmektedir; aksi halde tüketicinin sözleşmeyi fesih hakkı mevcuttur.

Sağlayıcı açısından ifa, tüketiciye ya da lehine sözleşme akdedilen üçüncü kişiye hizmetin sağlandığı an gerçekleşmiş olmaktadır. Sağlayıcının süresi, tüketicinin siparişinin satıcıya ulaştığı tarihten itibaren başlamaktadır. Bu nedenle siparişin ulaşma tarihi ve tüketicinin durumdan bilgilenmesi noktasında, satıcı açısından ifa zamanı konusunu incelerken yaptığımız değerlendirme, sağlayıcılar açısından da geçerlidir.

c)Tüketici Açısından İfa Zamanı

Mesafeli sözleşmede tüketicinin ifa zamanının tespiti için öncelikle sözleşmenin akdedilme usulüne ve sözleşmenin içeriğine bakılması gerekmektedir. Borcun, sözleşmenin akdedilmesi sırasında kredi kartı, banka kartı vb. bir elektronik ödeme aracı ile ödenmesi durumunda, borç vadeye bağlanmaksızın ve derhal ifa edilebilirlik kuralına uygun şekilde ifa edilmektedir. Böyle bir durumda kredi kartı fiziken iş yerinde bulunmamaktadır; ancak kart hamili olan tüketici, kart numarası, son kullanma tarihi ve 3 haneli güvenlik kodunu (CVV) satıcı veya sağlayıcı olan iş yerine elektronik ortamda göndermekte, iş yeri bu bilgiler ile birlikte mal ya da

hizmet bedelini anlaşmalı bankaya iletmekte, banka kart numarasını kontrol ederek bilgileri switch sistemine iletmekte, switch sistemi kart numarasından kartı veren bankayı tespit etmekte ve talebi ilgili bankaya iletmekte, ilgili banka kendi sistemindeki kontrolleri yaptıktan sonra şayet işlemi onaylıyorsa yetkilendirme kodu ile, onaylamıyorsa ise red sebebiyle birlikte yanıtını switch sistemine iletmekte ve switch sistemi de bu yanıtı anlaşılmaya bankaya iletmekte olup işlemin onaylanması halinde alışveriş tamamlanmaktadır²⁸⁸.

Öğretide kredi kartına ait hesaptan, işlem için paranın çekildiği anın tüketici açısından ifa zamanı olduğu ifade edilmiştir²⁸⁹. Kanaatimizce de banka kartı ya da kredi kartı ile ödemede söz konusu aşamalar geçilerek alışverişin tamamlandığı an tüketici ifada bulunmuş sayılmalıdır.

Sözleşmenin akdedilmesinden sonra satıcı veya sağlayıcının banka hesabına havale veya EFT ya da posta havalesi yapılması usulüyle ifa için ifa zamanının belirlenmesi, bir başka ifadeyle borcun vadeye bağlanması, mümkün ve makuldür. Zira sözleşmenin akdedilmesinden sonra ifa edileceği belli olmakla birlikte ifa tarihinin ya da mühletinin belirsiz olması, satıcı veya sağlayıcı açısından arzu edilen bir sonuç değildir. Elektronik fon sistemi (EFT), bankalar arasında elektronik ortamda para aktarımını sağlayan bir sistem olup bu sistemde yalnızca hafta içi mesai saatleri içinde ve hesapta para olması durumunda para alıcının hesabına aktarılabilir. Dolayısıyla hafta sonu ve mesai saatleri dışında yapılan ödemeler, alıcının hesabına o sırada geçmemekte; ancak hafta içi mesai saati başladığında, hesapta da yeterli bakiye varsa, o takdirde aktarım yapılmaktadır.

Öğretide EFT usulüyle yapılan ödemelerde ifa zamanının belirlenmesi açısından “ tarafların bu usulde ödeme yapılmasını kararlaştırmış olup olmamalarına” göre ayırım yapılmasını savunan bir görüş bulunmaktadır. Buna göre taraflar ödemenin EFT yoluyla yapılacağını kararlaştırmışsa, paranın alacaklının hesabına aktarılması ile borç ifa edilmiş olacaktır; bununla birlikte borcun farklı bir usulde ödenmesine karar verilmiş ancak borçlu ödemeyi EFT yoluyla yapmışsa bu durumda ifa, alacaklının söz konusu para üzerinde fiilen tasarrufta bulunabileceği anda

²⁸⁸ Topaloğlu, s. 777.

²⁸⁹ Ali Osman Özdilek, **İnternet ve Hukuk**, Papatya Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 49'san aktaran Serdar, s. 185.

gerçekleşmiş sayılacaktır²⁹⁰. Kanaatimizce bu yönde bir ayırım yapılmasına gerek bulunmamaktadır. EFT usulü ile yapılan ödemelerde tüketici açısından ifa zamanı, paranın satıcı veya sağlayıcının banka hesabına geçirildiği andır²⁹¹. Aynı şekilde ödemenin havale ile yapılması durumunda da havale edilen bedelin, havale alıcısının banka hesabına alacak kaydedildiği anda ifa gerçekleşmiş sayılmaktadır²⁹².

Tüketicinin, malın ya da hizmetin ifası sırasında kapıda ödeme yapması durumunda ifa zamanı bellidir. Satıcı veya sağlayıcı ne zaman ifada bulunursa, tüketici de o zaman ifada bulunacaktır. Bu durumda edim mal teslimi ise satıcının en geç siparişin kendisine ulaştığı tarihten itibaren otuz gün süresi olduğundan, kapıda ödeme durumunda tüketici açısından ifa zamanı da söz konusu azami süredir.

Peki tüketicinin ifa zamanından evvel ifada bulunması durumunda herhangi bir indirim talep etme hakkı bulunmakta mıdır? Borçlunun erken ifada bulunması durumu TBK m. 96'da *"Sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir. Ancak, kanun veya sözleşme ya da âdet gereği olmadıkça borçlu, erken ifada bulunması sebebiyle indirim yapamaz."* şeklinde düzenlenmiş olup buna göre aksi kararlaştırılmadıkça ya da durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça borçlunun ifa zamanından önce ifada bulunması mümkündür; ancak bu durum kural olarak indirim yapılmasını gerektirmemektedir. İstisnaen kanunda öngörülmesi veya sözleşmede kararlaştırılması ya da adet gereği indirim yapılması gereken hallerde erken ifa nedeniyle indirim yapılabilmektedir. İşte kanunda öngörülen istisnalardan biri de tüketici sözleşmelerinden biri olan taksitle satış sözleşmesinde tüketicinin erken ifası durumudur. Nitekim TKHK m. 20'de yer alan *"Tüketici, borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebileceği gibi vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksit ödemesinde de bulunabilir. Her iki durumda da satıcı veya sağlayıcı, faiz veya komisyon aldığı durumlarda ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve komisyon indirimini yapmakla yükümlüdür."* hükmü uyarınca tüketici, taksitle satış sözleşmesi akdeder; ancak daha sonra borcunu tamamen öderse ya da vadesinden önce bir ya da birden fazla taksitini öderse bu durumda satıcı veya sağlayıcı gerekli faiz ve komisyon indirimini yapmak

²⁹⁰ Sözer, s. 142-143.

²⁹¹ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 101.

²⁹² Türk, s. 269.

zorundadır. Öğretide hükmün lafzından hareketle tüketicinin bir taksit tutarından az ödemede bulunmak istemesi halinde, satıcı veya sağlayıcının bunu kabul etmek zorunda olmadığı ifade edilmektedir²⁹³. Yine tüketicinin bir taksiti aşan; ancak iki taksit miktarını bulmayan ödemelerinin, satıcı veya sağlayıcı tarafından kabul edilmesinin gerekmediği; aksi durumun muhasebeleştirmeyi zorlaştıracığı da savunulmaktadır²⁹⁴.

TKHK'da erken ödeme; taksitle satış sözleşmesi, tüketici kredisi sözleşmesi ve konut finansmanı sözleşmesi açısından düzenlenmiş olup mesafeli sözleşmeler için mevzuatta bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır. Bu noktada akla ilk olarak mesafeli sözleşmelerin aynı zamanda taksitle satış sözleşmesi niteliğinde olup olmayacağı hususu gelmektedir. Yine TKHK m. 17/1 uyarınca bu sözleşme, satıcı veya sağlayıcının malın teslimi ya da hizmetin ifasını üstlendiği, tüketicinin de bedeli kısım kısım ödediği sözleşmedir. Bu durumda taksitle satış sözleşmesi açısından önem arz eden husus, satıcı veya sağlayıcının ifayı ne zaman gerçekleştireceği değil, tüketicinin ifayı ne şekilde gerçekleştireceğidir²⁹⁵. Bu açıdan "gerekli şartları taşıması kaydıyla" mesafeli sözleşmenin de taksitle satış sözleşmesi niteliğinde olması mümkündür. Bu noktada bir sözleşmenin TKHK kapsamında taksitle satış sözleşmesi olabilmesi için gerekli olan en önemli şartlardan biri de yazılı şekilde akdedilmesidir. Nitekim TKHK m. 17/3'te taksitle satış sözleşmesinin yazılı şekilde²⁹⁶ yapılması geçerlilik şartı olarak düzenlenmiş; ancak geçerli bir sözleşme

²⁹³ Aslan, s. 395; Zevkliler ve Özel, s. 225; M. Murat İnceoğlu, **Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 29'dan aktaran Hayrunnisa Özdemir ve Yakup Korkmaz, "Madde 20 Erken Ödeme", **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (Erken Ödeme) s. 471.

²⁹⁴ M. Murat İnceoğlu, **Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 29'dan aktaran Özdemir ve Korkmaz, Erken Ödeme, s. 471.

²⁹⁵ Hayrunnisa Özdemir ve Yakup Korkmaz, "Madde 17 Taksitle Satış Sözleşmeleri", **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (Taksitle Satış), s. 387.

²⁹⁶ Taksitle satış sözleşmesinin içeriğinde zorunlu olarak yer alması gereken bilgiler, Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde belirtilmiştir:

"Taksitle satış sözleşmelerinin aşağıdaki bilgileri içermesi zorunludur:

a) Tüketicinin adı, soyadı ve iletişim bilgileri.

b) Satıcı, sağlayıcı veya kiralayanın isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer iletişim bilgileri.

c) Sözleşmenin düzenlendiği tarih.

ç) Malın veya hizmetin teslim veya ifa tarihi.

d) Sözleşmeye konu mal veya hizmet.

e) Malın veya hizmetin tüm vergiler dahil Türk Lirası olarak peşin fiyatı.

f) Malın veya hizmetin tüm vergiler dahil Türk Lirası olarak taksitle satış fiyatı.

g) Tüketicinin cayma hakkının olduğu ve bu hakkın hangi sürede ve nasıl kullanılacağı.

ğ) Ödeme planı.

yapmamış olan satıcı veya sağlayıcının, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremeyeceği de ifade edilmiştir. Bu durumda mesafeli sözleşmede tarafların taksit hususunda anlaşmaları ve sözleşmenin yazılı şekilde akdedilmesi kaydıyla mesafeli sözleşmenin de taksitle satış sözleşmesi niteliğinde olması mümkündür²⁹⁷. Bununla birlikte internet üzerinden akdedilen mesafeli sözleşmelerde taksitli satışın geçerli olarak yapılabilmesi de kural olarak mümkün değildir²⁹⁸. Zira internetten akdedilen sözleşmede tüketici çoğunlukla bir sistemle karşı karşıyadır ve sistemin sunduğu seçenekler dışında herhangi bir teklif ileri sürebilmesi mümkün değildir. Ancak özellikle telefon vb. iletişim araçlarıyla kurulan sözleşmede taksitle satışın kabul edilmesi mümkündür. Böyle bir durumda yazılı olarak kurulan sözleşme, tüketici tarafından malın teslimi ya da hizmetin ifası öncesinde imzalanabilecektir. Mesafeli sözleşmenin taksitle satış sözleşmesi niteliği taşıdığı durumda her bir taksitin ödenme zamanı, tüketici açısından ifa zamanı olup tüketicinin borcu tüm taksitlerin edime uygun şekilde ödenmesi ile sona erecektir.

İlerleyen başlıklarda daha ayrıntılı incelenecek olmakla birlikte; kredi kartı ile ödeme durumunda banka, tüketiciye belirli bir faiz, komisyon vb. karşılığında ödemeyi daha ileri bir tarihe erteleme imkanı ya da taksit imkanı sağlamaktadır. Ancak bu şekilde ödemede kart çıkaran kuruluş olan banka, satıcı veya sağlayıcı niteliğini haiz üye işyerlerine mal ya hizmetin bedelini bir bütün olarak ödemektedir. Kart hamili tüketiciler ise bu bedeli taksitler halinde bankaya ödemektedir. Bu durumda satıcı veya sağlayıcı talep edebileceği bedeli tahsil etmiş olduğundan tüketicinin satıcı veya sağlayıcıya herhangi bir borcu kalmamaktadır; ancak tüketicinin borcu üçüncü kişi olan bankaya karşı doğmaktadır. Satıcı veya sağlayıcı olan üye işyeri, bu işleme ilişkin gerekli belgeleri bankaya sunup alacağını kendi hesabına geçirdiği an, kanaatimizce tüketici açısından ifa zamanı kabul edilmelidir.

h) Tüketicinin erken ödemede bulunma hakkı ile satıcı veya sağlayıcı tarafından faiz veya komisyon alınmışsa, ödenen miktara göre faiz ve komisyon indirimi talep etme hakkı olduğuna ilişkin bilgi.

ı) Faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faiz oranı.

i) Tüketicinin temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları.

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

²⁹⁷ Serdar, s. 151.

²⁹⁸ Serdar, s. 151.

İKİNCİ BÖLÜM

İFANIN YAPILMASI

Çalışmamızın konusu olan ifa, borcun en doğal sona erme biçimidir. Bu bölümde ifanın gerçekleştirilmesi hususu daha ayrıntılı incelenecek olup inceleme kapsamında önce satıcılar açısından ifa, ardından ise tüketiciler açısından ifa konusu değerlendirilecektir.

Borçlunun davranış biçimleri bakımından edimler temelde olumlu ve olumsuz edimler olarak ikiye ayrılmakta olup olumsuz edimler olan yapmama ve kaçınma (katlanma) edimleri niteliği itibarıyla ifa konusu ile örtüşmediğinden işbu çalışmamızda yer bulmayacaktır. Olumlu edimler ise ifa ile doğrudan bağdaşmakta olup bir görüşe göre²⁹⁹ kişisel edimler ve maddi edimler olmak üzere ikiye ayrılmakta; bir başka görüşe göre³⁰⁰ ise kişisel edimler, maddi edimler ve karma edimler olarak kendi içinde üçe ayrılmaktadır. Kişisel edimler, borçlunun bedeni ve fikri emeği ile yerine getirilmektedir³⁰¹. TKHK kapsamında hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu oluşturduğundan hizmet edimi kişisel bir edimdir.

Borçlunun kural olarak malvarlığından yerine getirdiği borçlar ise maddi edimler olup maddi edime konu verme borçları da parça borcu ve cins borcu olarak kendi içinde ikiye ayrılmaktadır³⁰². Bu nedenle satıcıların ifa edimini gerçekleştirmesinde esas alınan ayırım da parça borcu-cins borcu ayırımıdır. Parça borcu-cins borcu ayırımına bağlanan en önemli hukuki sonuçlar: ifada seçim yetkisi, ifa imkansızlığı, edim hasarı ve karşı edim hasarıdır³⁰³.

Borç ilişkisinin hem kişisel edimi, hem de maddi edimi içerdiği hallerde karma edim söz konusu olmaktadır³⁰⁴. Eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri yaratma borcu yanında eseri yaratmaya yarayan maddi araçları da temin etmesi buna örnek

²⁹⁹ Kocayusufoğlu ve diğerleri, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 35.

³⁰⁰ Antalya, Cilt I, s. 50.

³⁰¹ Antalya, Cilt I, s. 50.

³⁰² Antalya, Cilt I, s. 50, 56.

³⁰³ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 81,84; Antalya, Cilt I, s. 57-59.

³⁰⁴ Antalya, Cilt I, s. 50.

olarak gösterilmektedir³⁰⁵. Bu durumda örneğin, kombi bakımı için mesafeli olarak akdedilen sözleşme uyarınca sağlayıcının hizmeti ifa ederken yanında getirdiği yedek parçalarla kombide değişim yapması halinde karma bir edimden söz edilecektir.

I. PARÇA BORCUNDA SATICININ İFASI

Borcun konusunun adı, numarası, yeri, zamanı gibi özellikleriyle aynı çeşitlerinden ayrıldığı, bir başka ifadeyle ferden belirli hale getirildiği durumlarda parça borcu söz konusudur³⁰⁶. Dolayısıyla herhangi bir otomobil, saat vb. eşya parça borcu teşkil etmemektedir; ancak plaka ile belirli bir otomobil ya da seri numarası belirli bir saat söz konusu ise bu mallar parça borcu niteliği taşımaktadır.

Parça borcunun ifası ancak ferden belirli hale getirilmiş malın teslimi ile gerçekleşmekte olduğundan borçlunun malın seçiminde herhangi bir seçim yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim ifa konusu mal ferden tayin edildiğinden, aynı çeşitten başka bir malın teslimi yani aliud ifa anlamına gelecektir ki böyle bir durumda alacaklının teklif edilen ifayı kabul zorunluluğu da yoktur; bununla birlikte borçlu aliud ifa niteliğindeki bu ifayı kabul ederse de ifa yerine edim söz konusu olacaktır³⁰⁷.

Parça borcunun ifasına yüklenen en önemli hukuki sonuçlardan biri de imkansızlık halinde sonucun ne olduğudur. Zira parça borcunda, borçlunun kusuru olmaksızın borcun konusu imkansız hale gelirse, ferden belirlenmiş söz konusu maldan bir daha bulunmadığından, borçlu borcundan kurtulacaktır³⁰⁸. Nitekim bu durum TBK m. 136/I'de "*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşırsa, borç sona erer.*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu durumda borçlunun kusuru olmaksızın ifası imkansızlaşan edimden yoksun kalma riski olarak tanımlanan edim hasarından, parça borçlarında alacaklının sorumlu olduğu görülmektedir³⁰⁹. Öğretideki bir görüşe göre edim hasarı kavramı, parça hasarı ve çeşit hasarı olarak

³⁰⁵ Antalya, Cilt I, s. 50.

³⁰⁶ Antalya, Cilt I, s. 56.

³⁰⁷ Antalya, Cilt I, s. 308.

³⁰⁸ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 40; Hatemi ve Gökyayla, s. 228; Antalya, Cilt I, s. 58.

³⁰⁹ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 41.

ikiye ayrılmakta olup parça borçlarında söz konusu olan imkansızlık hali parça hasarı olarak adlandırılmalıdır ve parça hasarında tehlike alacaklıya aittir³¹⁰.

Edim hasarı kavramı, parça borcu ve cins borcu ayırımına göre değerlendirildiği gibi, ifa yerine göre de değerlendirilmektedir. Buna göre edim hasarına, alacaklı tarafından alınacak borçlarda ve mesafe satışı olan yollanacak borçlarda, alacaklı; borçlu tarafından götürülecek borçlarda ise borçlu katlanmaktadır³¹¹.

Satış sözleşmesinde hasarın geçişi TBK m. 208'de yer alan *"Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.*

Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.

Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer." hükmü ile düzenlenmiş olup buna göre satış sözleşmesinde borçlunun ifasındaki tasarruf işlemi (taşınırlar için zilyetliğin devri, taşınmazlar için tescil) gerçekleşmediği sürece kural olarak edim hasarından satıcı sorumludur; ancak taşınır satışlarında alacaklının temerrüdü halinde hasar alıcıya geçmektedir. Ayrıca yollanacak borçlarda edim konusunun taşıyıcıya teslimi ile edim hasarına alıcı katlanmaktadır. Tasarruf işlemi henüz yapılmamışsa satıcı da borcunu ifa etmiş sayılmayacağından; bu aşamada gerçekleşen bir hasara borçlu olan satıcının katlanması hakkaniyete uygun olduğu gibi, karşı edim (bedel) hasarını düzenleyen TBK m. 136/II hükmü ile de örtüşmektedir³¹².

Karşı edim hasarı (bedel) hasarı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim konusunun hasara uğraması üzerine karşı edim olan bedelden yoksun kalma riskidir³¹³. Bir başka ifadeyle borçlunun kusuru olmaksızın borç konusunun imkansız hale gelmesi üzerine borçtan kurtulan borçlunun, alacaklıdan da bedelin ödenmesini

³¹⁰ Antalya, Cilt I, s. 58, 59.

³¹¹ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 41,42.

³¹² Yavuz, s. 72.

³¹³ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 42.

talep edememesidir. Bu açıdan karşı edim hasarına kural olarak borçlu katlanmaktadır. Nitekim TBK m. 136/II'de yer alan *"Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkansızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır."* hükmü ile karşı edim hasarının borçluya ait olduğu ifade edilmiştir. Öyle ki alacaklının, borçlunun ifasından önce kendi borcunu ifa ettiği hallerde borçlunun sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca söz konusu edimi geri vermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Genel hükümler çerçevesinde incelenen bu konunun mesafeli sözleşmeler açısından uygulama alanı bulup bulmayacağını değerlendirmek gerekmektedir. İlk olarak mesafeli sözleşmelerde borcun konusunun parça borcu olmasının mümkün müdür? Her ne kadar mesafeli sözleşmelerin konusunu çoğunlukla cins borçları oluşturmakta ise de; parça borçlarının da mesafeli sözleşmelerin konusunu oluşturması pekala mümkündür. Örneğin, bir basketbolcunun bir turnuvaya özel giydiği imzalı formasının, TKHK kapsamında satıcı sıfatı taşıyan kişi ya kişilerce mesafeli sözleşme ile satılması durumunda söz konusu forma bir parça borcudur. Ya da örneğin, kişiye özel kupa, tişört, anahtarlık gibi hediyelik eşyaların mesafeli sözleşme kapsamında satın alınması durumunda da satıcının borcu parça borcudur; zira söz konusu eşyalar üzerinde tüketicilerin hediye vereceği kişilerin isimleri ya da fotoğrafları gibi malı ferdan belirli kılacak özellikler yer almaktadır.

Mesafeli sözleşmelerde edim hasarına, MSY m. 17/I'de yer alan *"Satıcı, malın tüketici ya da tüketicinin taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimine kadar oluşan kayıp ve hasardan sorumludur."* hükmü uyarınca kural olarak satıcı katlanmaktadır. Bu durumda mesafe satışlarında olduğu gibi mesafeli sözleşmelerde de yollanacak bir borcun söz konusu bir an için düşünülse dahi, mesafeli sözleşmeler açısından, yollanacak borçlarda edim hasarından alacaklının sorumlu olacağına ilişkin genel hükümden (TBK m.208/III) ayrı ve tüketici lehine bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Öğretide TKHK m. 48 kapsamında mesafeli sözleşmeler açısından satıcının borcunun yollanacak borç değil, götürülecek

borç niteliğinde olduğu kabul edilmektedir³¹⁴. Ancak borçlu tarafından götürülecek borçlarda edim hasarından borçlu sorumlu olduğu gibi; taşıma giderlerinden de borçlu sorumludur³¹⁵. Mesafeli sözleşmelerde ise taşıma giderine satıcı da tüketici de katlanabilmektedir. Nitekim uygulamada akdedilen mesafeli sözleşmelerde, kimi satıcılar sözleşme konusu malın bedeli ne olursa olsun tüketiciden taşıma bedeli almaksızın ifayı gerçekleştirmektedir ki böyle bir durumda satıcı açısından götürülecek bir borcun söz konusu olduğu tartışmasızdır. Bununla birlikte ancak belirli bir bedelin üzerinde alışveriş yapılması durumunda ücretsiz taşıma imkanı veren mesafeli sözleşmeler de bulunmakta olup söz konusu bedelin altında kalan hallerde tüketiciye taşıma giderleri yükletilmektedir. Bu durumda bahse konu sözleşmede satıcının ediminin götürülecek borç kabul edilmesi kanaatimizce tartışmalıdır. Ancak netice itibarıyla kanun koyucu, zayıf konumda olan tüketiciye korumak adına hasarın geçişi açısından lehe bir hüküm getirmiştir ve burada tüketici lehine yorum yapılarak satıcının borcunun "götürülecek borç" olduğunu kabul etmekte bir mahzur bulunmamaktadır.

Mesafeli sözleşmelerde edim hasarından kural olarak satıcı sorumlu olsa da bu durumun da bir istisnası bulunmaktadır. Nitekim MSY m. 17/2 uyarınca *"Tüketicinin, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında³¹⁶ başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep etmesi durumunda, malın ilgili taşıyıcıya tesliminden itibaren oluşabilecek kayıp ya da hasardan satıcı sorumlu değildir."* Ancak bu noktada da dikkat edilmesi gereken husus, her ne kadar tüketici, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın teslim edilmesini talep etmiş olsa da; satıcının sorumluluktan kurtulma anı, malın taşıyıcıya teslimi ile gerçekleşmektedir.

Karşı edim hasarına kural olarak borçlunun katlanmasına ilişkin TBK m. 136/II'de yer alan kurala benzer şekilde mesafeli sözleşmeler açısından da MSY m. 16/4'te sipariş konusu mal ya da hizmet ediminin yerine getirilmesinin imkansızlaştığı hallerde satıcı veya sağlayıcının bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi ve varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm

³¹⁴ Kocayusufoaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 83.

³¹⁵ Kocayusufoaşaoğlu ve diğerleri, İfa, 41.

³¹⁶ Madde metninde geçen "satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda bkz: s. 50-51.

ödemeleri bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde iade etmesi gerektiği emredici bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu durumda mesafeli sözleşmelerde edim hasarına da karşı edim hasarına da kural olarak satıcı veya sağlayıcı katlanmaktadır.

Satıcının edime uygun ifası doğru kişiye, doğru yerde, doğru zamanda, doğru şeyi teslim etmekle gerçekleşmektedir. Mesafeli sözleşmenin kurulma usulü itibarıyla satıcının edimini kural olarak anında ifa edebilmesi mümkün değildir. Zira taraflar fiziken karşı karşı değildir ve satıcı, siparişin kendisine ulaştığı tarihten itibaren taahhüt ettiği süre içinde ve her halde otuz gün içinde malı teslimle yükümlüdür. Bu açıdan sözleşme konusu malın, parça borcu ya da cins borcu olup olmadığı önem arz etmeksizin, tüketiciye, tüketicinin temsilcisine ya da lehine sözleşme akdedilen üçüncü kişiye teslim edildiği anda satıcı açısından ifa gerçekleşmiş olmaktadır.

II. CİNS (ÇEŞİT, TÜR, NEVİ) BORCUNDA SATICININ İFASI

Borcun konusunun taraflarca bireysel nitelik ve özellikleriyle değil de genel nitelikleriyle eşyanın cinsi ve/veya miktarı ile belirlendiği durumlarda cins (çeşit) borcu söz konusudur³¹⁷. Örneğin, sekiz kilogramlık karpuz, Renault marka bir otomobil, bir cennet papağanı ferden belirli olmadığından ifanın hangi sekiz kilogramlık karpuzun, hangi Renault marka otomobilin, hangi cennet papağanının kendisine teslim edileceği önceden bilinmemektedir.

Seçim hakkını kimin kullanacağı ve neye göre kullanacağı sorusunun cevabı TBK m. 86 hükmünde yer almaktadır. Buna göre *"Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz."* Buna göre cins borcunda kural olarak borçlu edimi seçme hakkına sahiptir ve seçeceği malın asgari ortalama nitelikte olması gerekmektedir. Öğretide "ortalama nitelik" deyiminin, tüketiciden yana yorumlanması ve "kabul edilebilir evrensel standart" olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır³¹⁸.

³¹⁷ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 282, 283; Antalya, Cilt I, s. 56

³¹⁸ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 80.

Cins borcunun edime uygun ifası için kararlaştırılan cins ve miktarda malın teslimi ile gerekmektedir³¹⁹. Bu noktada cins borcunun bazı özellik ve nitelikleri dikkate alınarak borçlanılmışsa, örneğin sekiz kilogramlık karpuz yerine, sekiz kilogramlık Diyarbakır karpuzu konusunda anlaşılmışsa, borçlu bu sınırlamayı dikkate almalıdır³²⁰. Kararlaştırılan cinsten başka bir cinsten mal ile ifa teklifini, az önceki örnekte sekiz kilogramlık Diyarbakır karpuzu yerine sekiz kilogramlık İran karpuzu teklifini, alacaklı kabul etmek zorunda değildir; bununla birlikte aliud ifa teşkil eden bu ifanın kabulü halinde ifa yerine edim söz konusu olacaktır³²¹.

Sınırlı cins borcu, borcun konusunun türü ile belli olmasının yanı sıra belirli bir stok içinden olması durumunda söz konusu olmaktadır³²². Karpuz yarışmasında birinci olan çiftçinin yarıştığı karpuzlar arasından on beş kilogramlık bir Diyarbakır karpuzu sınırlı cins borcuna örnektir. Sınırlı cins borcunda da taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça seçim yetkisi borçluya aittir ve borçlu stoğa dahil şeyler arasından ortalama nitelikten düşük olmayacak şekilde edimi ifa etmelidir³²³.

Cins borcunda, "nev'i telef olmaz (genus non perit) ilkesi" gereği, parça borcundan farklı olarak imkansızlık söz konusu olmadığından borçlu borcundan kurtulamamaktadır³²⁴. Bu durumda cins borcunda borçlunun imkansızlığa dayanarak edimini ifa etmemesi durumunda borçlunun temerrüdü hükümleri gündeme gelecektir; ancak edime uygun ifa teklif edildiği halde alacaklı kabul etmezse bu durumda da alacaklının temerrüdü söz konusu olacaktır³²⁵.

Cins borcunun imkansızlığa uğramaması, borçlunun borçlandığı cinsi tedarik etmeyi garanti etmesi anlamına gelmektedir ve dolayısıyla edim hasarına kural olarak borçlu katlanmaktadır³²⁶. Ancak sınırlı cins borcunda, borcun konusu şeyin bulunduğu stoğun bir şekilde imkansızlaşması durumunda borç sona erir ve bu durum edim hasarına alacaklı katlanır³²⁷. Ayrıca borçlunun tedarik yükümlülüğü de sınırlı olup cins borcunun belirli bir parçaya dönüşmesi (temerküz etmesi) ile

³¹⁹ Nomer, s. 307.

³²⁰ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 283.

³²¹ Nomer, s. 308

³²² Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 283; Hatemi ve Gökyayla, s. 229.

³²³ Hatemi ve Gökyayla, s. 229.

³²⁴ Nomer, s. 308; Antalya, Cilt I, s. 58.

³²⁵ Oğuzman ve Öz, s. 283-284.

³²⁶ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 81-82.

³²⁷ Antalya, Cilt I, s. 58, 84.

edim hasarı karşı taraf olan alacaklıya geçmektedir³²⁸. Cins borcunun temerküz etmesi, borçlu tarafından götürülecek borçlarda teslim anında; yollanacak borçlarda taşıyıcıya teslim anında ve alacaklı tarafından alınacak borçlarda ise borçlunun ayırt edip belirli hale getirmesi ve bunu alacaklıya bildirmesi ile gerçekleşmektedir³²⁹.

Karşı edim (bedel) hasarı açısından da parça borcu-cins borcu ayrımı yapılmaksızın TBK m. 208 hükmü esastır. Buna göre TBK m. 208 hükmündeki "devir" ve "alacaklının temerrüdü" durumları edim hasarından sorumluluğu belirlediği gibi, karşı edim hasarından sorumluluğu da belirlemektedir³³⁰. Nitekim kural olarak borçluda olan karşı edim hasarından sorumluluk, alacaklının temerrüdü halinde ve malın devri halinde alacaklıya geçmektedir³³¹.

Tüketiciler mesafeli sözleşmeler ile sıklıkla cins borcunu ihtiva eden mallar satın almaktadır. Giyim, kozmetik, mobilya vb. sektörlerdeki mallar mesafeli sözleşmeler ile satın alınması sıklıkla tercih edilen cins borçlarına örnektir. Bu açıdan cins borcunun, parça borcundan ziyade, mesafeli sözleşmelerin konusunu oluşturduğu kuşkusuzdur.

Mesafeli sözleşmelerde cins borcu ya da parça borcu ayrımı yapılmaksızın edim hasarına kural olarak satıcı katlanmaktadır. Bu noktada MSY m. 17/I uyarınca satıcı, malın tüketici ya da tüketicinin taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimine kadar oluşan kayıp ve hasardan sorumludur. Ancak tüketicinin, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep etmesi durumunda, malın ilgili taşıyıcıya tesliminden itibaren oluşabilecek kayıp ya da hasardan satıcının sorumlu olmadığı da bir istisna olarak aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir.

Yine karşı edim hasarına katlanma noktasında MSY m. 16/4'te yer alan hükümde parça borcu-cins borcu ayrımı gözetilmediğinden; karşı edim hasarından da kural olarak satıcı sorumludur.

Mesafeli sözleşmelerde cins borcunun ifası da tıpkı parça borcunda olduğu gibi malın tüketiciye, tüketicinin temsilcisine ya da lehine sözleşme akdedilen üçüncü kişiye teslim edildiği anda gerçekleşmektedir.

³²⁸ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 82.

³²⁹ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 82.

³³⁰ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 85.

³³¹ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 85.

III. HİZMET BORCUNUN İFASI

Mesafeli sözleşmelerin konusu bir malın teslimi ya da bir hizmetin sağlanması olup malın teslimi konusu parça borcu ve cins borcu başlıkları altında incelenmiştir. Parça borcu-cins borcu ayrımının, verme borçlarında söz konusu olması ve hizmet borcunun bahse konu başlıklar altında değerlendirilmesinin uygun olmaması nedeniyle hizmet borcunun ifası ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir.

Tüketicinin taraf olduğu mal sağlama sözleşmeleri dışında bütün sözleşmeler TKHK kapsamında hizmet sağlama sözleşmesi olup hizmet sağlama ediminin, TKHK m. 48/1'de yer alan mesafeli sözleşme tanımı gereğince, mesafeli sözleşme ile de taahhüt edilebilmesi mümkündür. Bu durumda mesafeli sözleşme için gerekli şartları taşıması kaydıyla her tür hizmetin mesafeli sözleşmenin konusu olması mümkündür.

Peki hizmetin sağlanmasında ifa imkansızlığı mümkün olabilir mi? Ya da hizmet borcu açısından da edim hasarı kavramı gündeme gelebilir mi? Elbette mücbir sebep hallerinde hizmet ediminin ifasının imkansız hale gelebilmesi mümkündür. Hizmetin verileceği yerin, sağlayıcının kusuru olmaksızın yangın nedeniyle tahrip olması bu duruma örnektir. Ancak edim hasarı ile imkansızlık kavramları birebir aynı anlama gelmemektedir. Her şeyden önce imkansızlık hali, edim hasarını da kapsayan son derece geniş bir kavramdır. Öyle ki imkansızlık, kusur ile gerçekleşebildiği gibi kusursuz da gerçekleşebilmektedir. Edim hasarı ise borçlunun kusuru olmaksızın gerçekleşen imkansızlıkta edim konusundan yoksun kalma riskidir. Bu açıdan her imkansızlık hali, edim hasarını gündeme getirmemektedir.

Edim hasarının tanımı dikkate alındığında; mesafeli sözleşmenin konusunun mal ya da hizmet olmasının önemli olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla konusu bir hizmetin ifası olan mesafeli sözleşmelerde de ifanın kusursuz şekilde imkansızlaşması mümkün olup bu durumda edim hasarı gündeme gelmektedir. Peki örneğin, tüketicinin bir sigorta şirketi ile mesafeli sözleşme akdetmesi; ancak şirketin ifayı gerçekleştiremeden Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi ile kapatılması durumunda edim hasarı için gerekli olan imkansızlık gerçekleşmiş

olmakta mıdır? Söz konusu durumun imkansızlık teşkil ettiği kuşkusuz olmakla birlikte; edim hasarı için "borçlunun sorumlu olmayacağı" şekilde bir imkansızlık gerektiği ifade edildiğinden³³²; terör örgütleri ile irtibatlı ve iltisaklı olduğu gerekçesiyle kapatılan şirketlerin kusursuz olduğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle böyle bir durumda kanaatimizce borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkansızlık hükümlerine gidilmesi gerekmektedir.

Mücbir sebep halleri istisna kalmak kaydıyla, hizmetin şahsen ifasının zorunlu olmadığı haller açısından kural olarak imkansızlık halleri söz konusu olmayacaktır. Zira mesafeli sözleşme akdedecek kadar organize bir sisteme sahip sağlayıcının bünyesinde yalnızca bir kişiyi çalıştırması bir anlamda hayatın olağan akışına aykırı olacağından, ölüm gibi kişiliği sona erdiren bir imkansızlık nedeninin gerçekleşmesi halinde dahi başka bir kişi tarafından hizmetin gerçekleştirilmesi mümkündür. Bununla birlikte özellikle hizmetin şahsen ifa edilmesinin gerekli olduğu hallerde ölüm gibi kişiliği sona erdiren bir imkansızlık nedeninin gerçekleşmesi halinde hizmetin ifası imkansız hale gelecektir. Örneğin, dijital platformda online olarak hizmet veren bir hukuk bürosu ile danışmanlık hizmeti almak için yapılan mesafeli sözleşmede ifa gerçekleşmeksizin bürodaki tek avukatın ya da konunun uzmanı avukatın ölmesi durumunda ifa imkansızlaşmaktadır.

Hizmetin ifasının imkansızlaşması halinde edim hasarından kimin sorumlu olacağına ilişkin ne Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ne de Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde herhangi bir hüküm yer almaktadır. Nitekim MSY m. 17'de düzenlenen kayıp ve hasardan sorumluluk, yalnızca mal teslimi konulu mesafeli sözleşmeler açısından düzenlenmiştir. Hizmetin ifasının bir yapma borcu olması, mal tesliminin ise verme borcu olması ve madde metninin dili karşısında; Yönetmeliğin 17. maddesinin, hizmet ifasının imkansızlaşması için kıyasen uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle kanunda bulunan bu boşluğun genel hükümlere göre doldurulması gerekmekte olup bu da yine TBK m. 136 hükmünün uygulanması demektir. TBK m. 136/I uyarınca borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşırsa borç sona ereceğinden, hizmetin ifasının imkansızlaştığı hallerde edim hasarına da tüketici katlanacaktır. Ancak konusu mal teslimi olan mesafeli sözleşmeler açısından edim hasarı kural olarak satıcıya aitken;

³³² Sariaslan, s. 6.

konusu hizmet ifası olan mesafeli sözleşmelerde edim hasarına tüketicinin katlanacak olması kanaatimizce hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle kanun koyucunun hizmetin ifasında imkansızlık hali için tüketici lehine bir düzenleme getirmesi gerektiği yönündeki görüşümüzü bir kez daha tekrar etmekte yarar görüyoruz.

Mesafeli sözleşmenin konusunun mal ya da hizmet edimi olup olmaması önemli olmaksızın karşı edim (bedel) hasarı yönünden MSY m. 16/4'te tek bir hüküm düzenlenmiş olup kanaatimizce son derece isabetli olan bu düzenlemede karşı edim hasarına satıcı veya sağlayıcı katlanmaktadır. Bu hüküm uyarınca sipariş konusu hizmet ediminin yerine getirilmesinin imkansızlaştığı hallerde sağlayıcının bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi ve varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde iade etmesi zorunludur.

Sağlayıcı açısından ifa, tüketiciye ya da lehine sözleşme akdedilen üçüncü kişiye sözleşme konusu hizmetin sağlandığı an gerçekleşmiş olmaktadır.

IV. SEÇİMLİK BORÇLARDA İFA

Borcun konusu birden fazla edimden oluşmakla birlikte; borçlu bunlardan sadece birini yerine getirmekle yükümlü ise buna seçimlik borç denilmektedir³³³. Örneğin, borçlunun arabasını ya da motosikletini satmayı taahhüt etmesi durumunda seçimlik borç söz konusudur. Seçimlik borçta, koşula bağlı borçtan farklı olarak, borç gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir olguya bağlı değildir; yalnızca borcun konusunu oluşturacak edimin hangisi olduğu seçim anına ya da duruma göre imkansızlığa kadar belli değildir³³⁴.

Seçimlik borç kavramının benzer kavramlardan ayırt etmek gerekmektedir. Bunlardan ilki "seçimlik yetki (edimi değiştirme yetkisi, yedek edim yetkisi)" kavramıdır. Seçimlik yetkinin, seçimlik borçtan ilk farkı yenilik doğuran hak niteliğinde olmamasıdır³³⁵. Bu iki kavramın en önemli farklarından bir diğeri,

³³³ Tekinay ve diğerleri, s. 811; Kocayusufoğlu ve diğerleri, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 6; Nomer, s. 308; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 284; Antalya, Cilt I, s. 60.

³³⁴ Kocayusufoğlu ve diğerleri, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 68; Antalya, Cilt I, s. 60.

³³⁵ Kocayusufoğlu ve diğerleri, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 68.

seçimlik yetkide borçlanılan tek bir edim olmasıdır³³⁶. Nitekim seçimlik yetki, borçlanılan tek edim olmasına rağmen sözleşme ya da kanun hükmüyle tarafların borçlanılan edimden başka bir edimi talep edebileceği ve bu şekilde borcu sona erdirebileceği bir yetkidir³³⁷. Satım sözleşmesi ile araba alan alıcının, satım bedelini nakden ödemesi yerine mücevherini vererek ödeme yapma yetkisinin bulunması³³⁸ seçimlik yetkiye örnek olduğu gibi özünde ifa yerine edim de teşkil etmektedir. Nitekim seçimlik yetki ile önceden ifa yerine edime izin verilmiş olmaktadır³³⁹. Seçimlik yetki sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi, kanundan³⁴⁰ da kaynaklanabilmektedir. Seçimlik yetkinin borçluda olduğu durumda, borçlu yalnızca asıl edimi borçlandığından, yedek edimin ifası kusuru olmaksızın imkansızlaşır asıl edimi ifa etmekle yükümlüdür; bununla birlikte asıl edimin ifası kusursuz şekilde imkansızlaşmışsa bu takdirde borç da sona ermektedir³⁴¹. Seçimlik yetkinin alacaklıda olduğu durumda ise alacaklı kural olarak ister asıl edimin, isterse yedek edimin ifasını talep etme yetkisini haizdir; ancak asıl edimin ifasının borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşması durumunda borç sona ereceğinden yedek edimi talep etme yetkisi bulunmamaktadır³⁴². İşte asıl edimin ifasının borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşması halinde borcun sona ermesi de yine iki kavram arasındaki önemli farklardandır³⁴³.

Seçimlik borç ile karıştırılması muhtemel bir başka kavram da "sınırlı cins borcu" kavramıdır. Bilindiği üzere sınırlı cins borcunda, aynı cinsten oluşan belirli bir stoktaki şeyler edimin konusunu oluşturmaktadır; seçimlik borçta ise, borcun konusunu oluşturabilecek edimler aynı cinse ait olmak zorunda olmadığı gibi, parça borcu dahi olabilmektedir³⁴⁴. Borcun konusunu aynı cinse dahil şeylerin oluşturduğu durumlarda seçimlik borcun mu, sınırlı cins borcunun mu söz konusu olduğu ancak tarafların irade beyanlarının yorumlanması ve seçim konusu olabilecek imkanların az

³³⁶ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 67; Antalya, Cilt I, s. 61; Normer, s. 309.

³³⁷ Eren, *Borçlar Hukuku* 2017, s. 943; İpek, s. 175.

³³⁸ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 67.

³³⁹ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 67.

³⁴⁰ Örneğin, TBK m. 99/II gereğince yabancı para borçlarında borçlu, borçlandığı meblağı ülke parası ile de ödeyebilmektedir.

³⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 67; Kılıçoğlu, s. 619; Antalya, Cilt I, s. 63-64.

³⁴² Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 69.

³⁴³ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 67; Nomer, s. 309.

³⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, *Borçlar Hukukuna Giriş*, s. 65; Antalya, Cilt I, s. 61.

ya çok olması ile anlaşılabilmekte olup edim konusu taraflarca sadece cins olarak belirtilmiş ona özellik kazandıran nitelikleri ile belirlenmemişse cins borcu, belirlenmişse seçimlik borç söz konusudur³⁴⁵. Bu durumun pratikteki önemi TBK m. 86 uyarınca ortalama nitelikten aşağı seçim yapılıp yapılamayacağı ile ilgilidir³⁴⁶. Nitekim seçimlik borçta borçlu, alacaklının çıkarlarını dikkate almaksızın tercihte bulunma hakkına sahiptir³⁴⁷.

Peki mesafeli sözleşmede seçimlik borcun söz konusu olması mümkün müdür? Kanaatimizce tüketici açısından borcunun seçimlik borç olması mümkün değildir; çünkü tüketici tek bir edimi taahhüt etmektedir. İfanın ne yolla gerçekleşeceği hususunda tüketiciye tanınan ödeme seçenekleri, örneğin kapıda ödeme, bankaya havale suretiyle ödeme vb., seçimlik borç anlamına gelmemektedir³⁴⁸.

Öte yandan mesafeli sözleşmelerin internet vasıtasıyla kurulduğu hallerde satıcı ve sağlayıcılar açısından da seçimlik borcun söz konusu olması kanaatimizce pek olası değildir. Zira internet üzerinden akdedilen mesafeli sözleşmede tüketicinin karşısında satıcı, sağlayıcı ya da aracılık edenin oluşturmuş olduğu bir sistem yer almakta olup bu sistem üzerinde her mal ya da hizmetin bedeli ayrı ayrı bellidir. Bir mal ya da hizmetin seçilmesi durumunda karşılığı olan bedel de ödenmek zorunda olduğundan; sistemin özelliği ve sözleşmenin akdedilme biçimi nedeniyle, satıcı veya sağlayıcının tek bir malın ya da hizmetin bedeli karşılığında birden fazla edimden oluşan borcu ifa taahhüdünde bulunması mümkün değildir. Bu nedenle internet üzerinden akdedilen mesafeli sözleşmede satıcı veya sağlayıcının borcunun seçimlik borç olamayacağı kanaatindeyiz. Ancak bu noktada mesafeli sözleşmede tarafların iradi seçimlik yetkisinin olabileceği hususundaki görüşümüzü de tekrar etmek istemekteyiz. Nitekim bir internet sitesinden alışveriş yapan tüketicinin sipariş ettiği bir ürünün stokta kalmamış olma olasılığı belirtilerek tüketiciye aynı fiyatta alternatif bir ürün seçme hakkı tanınması ve stok durumuna göre göndereceği ürünü belirleme yetkisini satıcının kendisinde tutması satıcının seçimlik yetkisine bir örnektir.

³⁴⁵ Kocayusufoğlu ve diğerleri, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 65-66; Antalya, Cilt I, s. 61.

³⁴⁶ Kocayusufoğlu ve diğerleri, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 66.

³⁴⁷ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 86.

³⁴⁸ Kocayusufoğlu ve diğerleri, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 64; Antalya, Cilt I, s. 60.

Bununla birlikte telefon, radyo, televizyon gibi araçlarla akdedilen mesafeli sözleşmelerde, hazırlar arası bir iletişim söz konusu olduğundan satıcı ve sağlayıcının borcunun seçimlik borç olması pekala mümkündür. Örneğin, telefon vasıtasıyla akdedilen bir mesafeli sözleşmede, Jules Verne'in çocuk kitaplarından oluşan bir kitap seti ile Dostoyevski'nin beş adet klasiğinden oluşan bir kitap setinin bedelleri aynı ise ve tüketici, alışveriş neticesinde çocuğunun ya da kendisinin her halde tatmin olacağı düşüncesiyle seçim hakkını satıcıya bırakarak bu iki kitap setinden birinin satın alınırsa satıcının seçimlik borcu söz konusu olacaktır.

A. Seçim Hakkı

Seçimlik borçlarda seçim hakkı karşı tarafa varması gereken irade açıklamasıyla kullanılmakta olup bu hakkın kullanılması ile sadece seçilen borç borcun konusu olmaktadır, diğer edimler ise borcun konusu olmaktan çıkmaktadır³⁴⁹.

Öğretideki bir görüşe göre borçlunun seçim hakkını kullanırken yönlendirdiği seçim beyanı, o ana kadar belli olmayan edimi belli hale getirmesi nedeniyle değiştirici yenilik doğuran bir haktır³⁵⁰. Öğretideki diğer görüş ise borçlunun seçim hakkının, kurucu yenilik doğurucu bir hak niteliğinde olduğunu savunmaktadır³⁵¹. Kanaatimizce de seçimlik borçlarda borçlunun seçim hakkı, değiştirici yenilik doğurucu bir haktır.

Seçim hakkını kullanmaya yönelik irade beyanının karşı tarafa varması ile yeni bir hukuki durum meydana geldiğinden; TBK m. 10 uyarınca karşı taraf beyanı öğreninceye kadar beyandan dönülmesi mümkündür³⁵².

Seçimlik borçta seçim hakkının kullanılmaması durumunda ne olacağı hususunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte seçim hakkı borçluda olduğu halde borçlu bu hakkını kullanmazsa, alacaklı seçimlik dava açma hakkına sahiptir ve dava neticesinde hüküm seçimlik borçların ifasına yönelik çıkar³⁵³. Bu hüküm neticesinde borçlu istediği edimi verme yetkisine sahiptir; ancak

³⁴⁹ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 286; Antalya, Cilt I, s. 63.

³⁵⁰ Tekinay ve diğerleri, s. 814; Tekinay, s. 50; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 86; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 285; Nomer, s. 309.

³⁵¹ Antalya, Cilt I, s. 63.

³⁵² Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 285.

³⁵³ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 87.

alacaklı da hükmün icrasını istediği edime yönlendirmekte özgürdür³⁵⁴. Seçimlik borçta seçim hakkı alacaklıda ise ve alacaklı seçim hakkını kullanmaktan imtina ederse, bu takdirde alacaklının temerrüdü gündeme gelir, seçim yetkisi de borçluya geçer ve borçlu istediği edimi seçerek alacaklının temerrüdü hükümleri uyarınca tevdi, sattırma ve dönme yetkilerini kullanır³⁵⁵.

B. Seçim Hakkını Kullanan Kişi

Seçimlik borçlarda edimler arasından seçim yapma hakkı, TBK m. 87'de yer alan "*Seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir.*" hükmü gereğince kural olarak borçluya aittir. Bu kuralın istisnası tarafların açıkça anlaşmaları ya da işin niteliği gereği borçlunun seçim yapamayacağı haller olup bu hallerde seçim hakkı alacaklı ya da üçüncü bir kişidir.

Seçim hakkının kullanan kişi kavramı, edimlerden birinin kusurlu imkansızlaşması durumunda sonucun ne olacağı noktasında da önem taşımaktadır. Nitekim sözleşmeden sonra ancak seçimden önce edimlerden biri imkansız hale gelirse (sonraki imkansızlık halinde) ve imkansızlığa alacaklı sebebiyet verdiyse; bu durumda seçim hakkı alacaklıda ise, alacaklı ifası mümkün olan diğer edimi seçebilir ya da imkansız edimi seçerse de karşı edim (bedel) hasarına katlanır; seçim hakkı borçluda ise, borçlu da ifası mümkün olan edimi seçebilir ya da imkansız edimi seçer ve bu durumda karşı edim (bedel) hasarını alacaklıya yükler³⁵⁶. İmkansızlığa borçlu sebebiyet verdiyse ve seçim hakkı alacaklıda ise, alacaklı ister ifası olanaklı olan diğer edimi seçer, isterse imkansız edimi seçerek tazminat ister; ama böyle bir durumda seçim hakkı da borçluya aitse bu takdirde borçlu artık imkansız edimi seçemez, ifası mümkün olan diğer edimi ifa etmekle yükümlüdür³⁵⁷.

Mesafeli sözleşmelerde seçimlik borcun kural olarak satıcı veya sağlayıcı açısından mümkün olabileceği dikkate alındığında; seçim hakkını kullanacak kişinin

³⁵⁴ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 87.

³⁵⁵ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 87.

³⁵⁶ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 87.

³⁵⁷ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 87.

de kural olarak satıcı veya sağlayıcı olduğu söylenebilecektir. Ancak sözleşme uyarınca ve işin gereği tüketicinin de söz konusu hakkı kullanması mümkündür.

V. PARA BORCUNUN İFASI

Borcun kaynağı ne olursa olsun para, birçok borç ilişkisinde borcun konusu oluşturan şeylerden biridir. Para borcu, cins borcunun telef olmayacağı ve imkansızlaşamayacağı kuralına uyması nedeniyle cins borcu kabul edilmekle birlikte; para borcunda orta kalite-aşağı kalite gibi ayrımlar yapılamaması, para borcunun temerküz olmaması, ifa yeri ve ifa yerine bağlı hasar rejiminde cins borcundan farklılıkları olması gibi nedenlerle bu borcun "kendine özgü" bir cins borcu olduğu da ifade edilmektedir³⁵⁸. Öğretideki diğer bir görüş ise, para borcunun bir para birimi ile ifade edilen "değer sağlama borcu" olduğunu savunmaktadır³⁵⁹.

Günümüzde teknolojinin de gelişmesiyle para borcunun ifa şekilleri de çeşitlenmiştir. İşbu çalışmamızın konusunu oluşturan mesafeli sözleşmelerin son yıllarda daha çok tercih edildiği göz önüne alındığında; para borcunu ifa ile yükümlü olan tüketicilerin edimlerini ne şekilde ifa edebilecekleri konusu önem arz etmektedir. Para borcunun başlıca ifa usulleri, ülke parasıyla nakden ödeme ve kredi kartıyla ödeme ile peşin ve taksitle ödeme olarak sınıflandırılabilir. Ancak bu konuya geçmeden önce mesafeli sözleşmede tüketicinin para borcunun kapsamına giren ödemeleri incelemek gerekmektedir.

Mesafeli sözleşmede satıcı ve sağlayıcının, tüketiciye nazaran güçlü konumda olmasını fırsat bilerek kâr maksimizasyonunu artırma amacıyla tüketiciyi aldatmaya yönelik girişimlerinde bulunabileceği ve tüketiciye yüklenemeyecek giderleri yükleyebileceği dikkate alınarak mevzuatta tüketiciyi korumaya yönelik hükümler getirilmiştir. Bunlardan biri tüketicinin, sözleşme kurulmadan önce satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilmesi, bir başka ifadeyle ön bilgilendirme yapılması,

³⁵⁸ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 97; Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borcunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 11.

³⁵⁹ Nomer, s. 311.

zorunluluğudur. MSY m. 5'te³⁶⁰ ön bilgilendirme yapılacak hususlar belirtilmiş olup bunlardan biri de birinci fıkranın (d) bendinde yer alan *"Mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisi"*dir. Ön bilgilendirme kapsamındaki hususların, mesafeli sözleşmenin müttemim cüzü olduğu da aynı maddenin ikinci fıkrasında ifade edilmiştir.

Tüketicinin ediminin hangi kalemlerden oluştuğunu anlayabilmesi için son derece önemli olan bu ön bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali de tüketici lehine sonuç doğurmaktadır. Nitekim MSY m. 5/3'te yer alan *"Satıcı veya sağlayıcı, birinci*

³⁶⁰ MSY m. 5: "(1) Tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulmasından ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce, aşağıdaki hususların tamamını içerecek şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilmek zorundadır.

- a) Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri,
 - b) Satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı, varsa MERSİS numarası,
 - c) Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkan veren, satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgileri ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket edenin kimliği ve adresi,
 - ç) Satıcı veya sağlayıcının tüketicinin şikayetlerini iletmesi için (c) bendinde belirtilenden farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi,
 - d) Mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisi,
 - e) Sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesi üzerinden hesaplanmadığı durumlarda, tüketicilere yüklenen ilave maliyet,
 - f) Ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcının şikayetlere ilişkin çözüm yöntemleri,
 - g) Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler,
 - ğ) Cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri,
 - h) 15 inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi,
 - ı) Satıcı veya sağlayıcının talebi üzerine, varsa tüketici tarafından ödenmesi veya sağlanması gereken depozitolar ya da diğer mali teminatlar ve bunlara ilişkin şartlar,
 - i) Varsa dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri,
 - j) Satıcı veya sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklendiği, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilgi,
 - k) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair bilgi.
- (2) Birinci fıkra da belirtilen bilgiler, mesafeli sözleşmenin ayrılmaz bir parçasıdır ve taraflar aksini açıkça kararlaştırmadıkça bu bilgiler değiştirilemez.
- (3) Satıcı veya sağlayıcı, birinci fıkranın (d) bendinde yer alan ek masraflara ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesse, tüketici bunları karşılamakla yükümlü değildir.
- (4) Birinci fıkranın (d) bendinde yer alan toplam fiyatın, belirsiz süreli sözleşmelerde veya belirli süreli abonelik sözleşmelerinde, her faturalama dönemi bazında toplam masrafları içermesi zorunludur.
- (5) Açık artırma veya eksiltme yoluyla kurulan sözleşmelerde, birinci fıkranın (b), (c) ve (ç) bentlerinde yer alan bilgilerin yerine açık artırmayı yapan ile ilgili bilgilere yer verilebilir.
- (6) Ön bilgilendirme yapıldığına ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir."

fıkranın (d) bendinde yer alan ek masraflara ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmezse, tüketici bunları karşılamakla yükümlü değildir." hükmü gereğince tüketiciye ön bilgilendirme yapılmış olsa dahi; nakliye, teslim vb. ek masraflara ilişkin açıkça bilgilendirme yapılmamışsa, bu takdirde tüketici söz konusu masrafları karşılamak zorunda değildir. Örneğin; tüketiciye kapıda ödeme seçeneği sunulmuş; ancak bu ifa usulünün ayrıca bir ücreti olduğu konusunda tüketiciye gerekli ön bilgi verilmemişse, bu takdirde tüketicinin kapıda ödeme için mal ya hizmet bedelinin üzerine ayrıca bir ücret ödemesi zorunluluğu yoktur.

Ön bilgilendirmenin nasıl yapılması gerektiği MSY m. 6'da³⁶¹ düzenlenmiş olup bu maddenin ikinci fıkrasında; mesafeli sözleşmenin internet yoluyla kurulması durumunda tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına girmesinden hemen önce satıcı veya sağlayıcının; sözleşme konusu mal veya hizmetin temel niteliklerini, mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisini, cayma hakkının olduğu durumlarda bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgileri ve

³⁶¹ MSY m. 6:(1) *Tüketici, 5 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen tüm hususlarda, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirilmek zorundadır.*

(2) Mesafeli sözleşmenin internet yoluyla kurulması halinde, satıcı veya sağlayıcı;

a) 5 inci maddenin birinci fıkrasında yer alan bilgilendirme yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla, aynı fıkranın (a), (d), (g) ve (h) bentlerinde yer alan bilgileri bir bütün olarak, tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına girmesinden hemen önce açık bir şekilde ayrıca göstermek,

b) Herhangi bir gönderim kısıtlamasının uygulanıp uygulanmadığını ve hangi ödeme araçlarının kabul edildiğini, en geç tüketici siparişini vermeden önce, açık ve anlaşılabilir bir şekilde belirtmek zorundadır.

(3) Mesafeli sözleşmenin sesli iletişim yoluyla kurulması halinde, satıcı veya sağlayıcı 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (d), (g) ve (h) bentlerinde yer alan hususlarda, tüketiciyi sipariş vermeden hemen önce açık ve anlaşılır bir şekilde söz konusu ortamda bilgilendirmek ve 5 inci maddenin birinci fıkrasında yer alan bilgilerin tamamını en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar yazılı olarak göndermek zorundadır.

(4) Siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla mesafeli sözleşmenin kurulması halinde, satıcı veya sağlayıcı 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b), (d), (g) ve (h) bentlerinde yer alan hususlarda, tüketiciyi sipariş vermeden hemen önce açık ve anlaşılabilir bir şekilde söz konusu ortamda bilgilendirmek ve 5 inci maddenin birinci fıkrasında yer alan bilgilerin tamamını en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar yazılı olarak göndermek zorundadır.

(5) Üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen yöntemlerle kurulan ve anında ifa edilen hizmet satışlarına ilişkin sözleşmelerde tüketicinin, sipariş vermeden hemen önce söz konusu ortamda 5 inci maddenin birinci fıkrasının sadece (a), (b), (d) ve (h) bentlerinde yer alan hususlarda açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi yeterlidir."

cayma hakkının istisnaları kapsamına giren sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgileri bir bütün olarak vermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Yine aynı fıkra da satıcı veya sağlayıcının, herhangi bir gönderim kısıtlamasının uygulanıp uygulanmadığı ve hangi ödeme araçlarının kabul edildiği konularında", en geç tüketici siparişini vermeden önce, tüketiciyi açık ve anlaşılabilir bir şekilde bilgilendirmek zorunda olduğu da ifade edilmiştir. Ayrıca MSY m. 7'de yer alan *"Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin 6 ncı maddede belirtilen yöntemlerle ön bilgileri edindiğini kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit etmesini sağlamak zorundadır. Aksi halde sözleşme kurulmamış sayılır."* hükmü ile tüketicinin ön bilgileri edinip edinmediği hususunda satıcı ve sağlayıcıya teyit yükümlülüğü de getirilmiş olup bu yükümlülüğün ihlali halinde sözleşme kurulmamış sayılmaktadır. Tüketiciden alınması gereken bu teyit, elektronik olarak web sitesindeki bir kutucuğu tıklamak ya da geri dönüş kaydıyla elektronik posta göndermek gibi teknolojik bir usulle yapılabileceği gibi, klasik şekilde ıslak imzalı bir metnin gönderilmesi ile de gerçekleştirilebilecektir³⁶². Bu noktada ifade etmek gerekir ki; her ne kadar tüketiciye ön bilgilendirmenin yapıldığının teyit edilmesi hususunda mevzuatta herhangi bir tarafa ispat yükü yüklenmiş olmasa da; ön bilgilendirme yükümlülüğünde ispat yükünün satıcı ve sağlayıcıda olması ve ön bilgilendirmenin yapıldığı teyidinin ispatı halinde ön bilgilendirme de ispat edilmiş olacağından; bu konuda da ispat yükünün satıcı ve sağlayıcı olduğu yönündeki görüşe³⁶³ katılmaktayız.

Tüketicinin ön bilgilendirilmesine ilişkin bu düzenlemelere ek olarak MSY m. 8/1'de satıcı veya sağlayıcının, tüketici siparişi onaylamadan hemen önce, "verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda" tüketiciyi açıkça ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmek zorunda olduğu da düzenlenmiştir.

Tüketicinin, borcunun kapsamını genişletecek ek ödemelerden sorumlu olabilmesi için bu ödemelere açıkça onay vermesi gerektiği MSY m. 19/I'de yer alan *"Sözleşme kurulmadan önce, sözleşme yükümlülüğünden kaynaklanan ve üzerinde anlaşılmış esas bedel dışında herhangi bir ilave bedel talep edilebilmesi için tüketicinin açık onayının ayrıca alınması zorunludur."* hükmü ile düzenlenmiştir.

³⁶² Topaloğlu, s. 774.

³⁶³ Topaloğlu, s. 774.

Satıcı veya sağlayıcı, bu yükümlülüğe uymaksızın tüketiciden doğrudan tahsil ettiği ek ödemeleri iade etmekle yükümlüdür. Bu durum aynı maddenin ikinci fıkrasında *"Tüketicinin açık onayı alınmadan ilave ödeme yükümlülüğü doğuran seçeneklerin kendiliğinden seçili olarak sunulmuş olmasından dolayı tüketici bir ödemede bulunmuş ise, satıcı veya sağlayıcı bu ödemelerin iadesini derhal yapmak zorundadır."* şeklinde açıkça düzenlenmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Beşinci Kısımında tüketicinin bilgilendirilmesi ve menfaatinin korunması amacıyla getirilen hükümlerden biri de mal ve hizmetlerin bedellerinden tüketicinin önceden haberdar olmasını sağlayacak etiket, tarife veya liste bulundurma zorunluluğudur. TKHK m. 54/I'de ifade edilen "perakende satışa arz edilen malların veya ambalajlarının ya da kaplarının üzerinde kolaylıkla görülebilecek ve okunabilecek şekilde etiket konulması; bu mümkün değilse liste asılması; sözleşme konusu hizmet ise tarife asılması" zorunluluğunun, mesafeli sözleşmenin akdedildiği platformlar dikkate alındığında birebir uygulanmasının mümkün olmadığı açıktır. Nitekim mesafeli sözleşmede tüketici, mal ile fiziki temas kuramadığından, mal ya da ambalaj ya da kap üzerinde etiket olsa dahi bunu sözleşme öncesinde görememektedir. Bununla birlikte tüketicinin, mesafeli sözleşmenin akdedilmesinden önce malın fiyatı ya da hizmetin bedeli hususunda bilgilenebilmesi en doğal hakkıdır. Bu nedenle mesafeli sözleşmenin kurulma şekli ne olursa olsun, sözleşmeye konu olabilecek mal veya hizmetlerin karşılığı olan bedel, ön bilgilendirmeden de önce, sözleşmenin kurulmasına vesile platformda mutlaka tüketicinin bilgisine sunulmalıdır.

Satıcı ve sağlayıcılar, tüketimi arttırmak amacıyla pazarlama stratejileri gereği yılın belli dönemlerinde indirimler düzenlemekte ve tüketiciler de bu dönemlerde normal satış fiyatından daha düşük fiyatlarla mal ya da hizmet satın almaktadır³⁶⁴. Bu durum sözleşmenin her iki tarafı açısından da avantajlı olmakla birlikte; satıcı ve sağlayıcılar tarafından kötüye de kullanılmaktadır. Satıcı ve sağlayıcıların, daha çok tüketici çekmek adına indirim oranlarında gerçeği yansıtmayan beyanlarda bulunmaları ve hatta indirim yapmadıkları ürünleri dahi indirimliymiş gibi pazarlamaları nedeniyle, kanun koyucu TKHK m. 54/3 ile *"İndirimli satışa konu edilen mal veya hizmetlerin indirimli satış fiyatı, indirimden*

³⁶⁴ Ebru Ceylan, "Madde 54 Fiyat Etiketleri", **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (Fiyat Etiketleri), s. 899.

önceki fiyatı, tarife ve fiyat listeleri ile etiketlerinde gösterilir. İndirimli satışa konu edilen mal veya hizmetlerin indirimden önceki fiyattan daha düşük fiyatla satışa sunulduğunun ispatı satıcı veya sağlayıcıya aittir." hükmünü getirmiştir. Buna göre indirimli mal ve hizmetlerin, indirimli fiyatlarının yanı sıra indirimden önceki fiyatlarının da etiket, tarife veya fiyat listelerde yer alması gerekmektedir ve indirim yapıldığı hususunda ispat yükü satıcı veya sağlayıcıdadır. Söz konusu hükmün mesafeli sözleşmeler açısından da uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

TKHK m. 54/4 gereğince Bakanlık³⁶⁵, belediyeler ve ilgili odalar, fiyat etiketine ilişkin madde hükümlerinin uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle görevlidir.

A. Ülke Parası İle Ödenmesi

TBK m. 99/I'de *"Konusu para olan borç ülke parasıyla ödenir."* hükmü düzenlenmiş olup buna göre bir borcun konusu yabancı para olsa dahi kural olarak ülke parasıyla ödeme yapılması gerekmektedir³⁶⁶. Ülke parası, ülkenin yasalarına göre yetkili organlar tarafından piyasaya sürülen bir değişim aracı olup ülkemiz açısından bu para Türk Lirasıdır³⁶⁷.

Ülke parasıyla ödeme, paranın nakit olarak ödenmesidir. Mesafeli sözleşmede taraflar fiziken karşı karşıya olmadıklarından, tüketicinin borcunu nakit olarak ödeyebilmesi malın teslimi sonrası kapıda ödeme şeklinde gerçekleşmektedir. Sözleşme konusunun bir hizmetin sağlanması olması durumunda ise, hizmetin ifa edileceği yer neresi ise tüketici o yerde edimini nakden ifa edecektir.

Globalleşen dünya ve özellikle internet ve sosyal medyanın yaygın kullanımı dolayısıyla tüketiciler artık dünyanın pek çok ülkesinden mesafeli sözleşme ile mal satın alabilmektedir. Yabancı ülkelerdeki satıcılar ile yapılan mesafeli sözleşmelerde ifa konusu milletlerarası özel hukuk ve buna bağlı olarak ilgili ülke kanunlarına göre değerlendirileceğinden çalışmamızın kapsamına girmemektedir. Ancak tüketiciler ile ülkemiz kanunlarına göre kurulmuş ve ülkemizde faaliyet gösteren satıcı ve

³⁶⁵ TKHK m. 3/1-b gereğince Bakanlık, Gümrük ve Ticaret Bakanlığını ifade etmekten; Ekonomi Bakanlığı ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığının birleşerek Ticaret Bakanlığı adını alması ile Bakanlık ifadesinden Ticaret Bakanlığının kastedildiği anlaşılmaktadır.

³⁶⁶ Kılıçoğlu, s. 628-629.

³⁶⁷ Kılıçoğlu, s. 628; Nomer, s. 311.

sağlayıcılar arasında da yabancı para cinsinden mesafeli sözleşme akdedilmesi mümkündür. Böyle bir durumda ödemenin ülke parası cinsinden mi yabancı para cinsinden mi olacağı sorusuna TBK m. 99/II ve III'de yer alan *"Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parasıyla da ödenabilir. Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini isteyebilir."* hükümleri ile cevap verilecektir. Buna göre borcun konusu yabancı para dahi olsa sözleşmede aynen ödeme vb. anlama gelecek herhangi bir ifade olmadığı müddetçe borcun ülke parasıyla ödenmesi mümkündür. Bu noktada önem arz eden husus yabancı paranın ne zamanki değerine göre Türk Lirasına çevrilerek ödeme yapılacağı olup kanuna göre "ödeme günündeki rayiç değer" esas alınacaktır. Öte yandan yabancı para borcunda temerrüde düşülmesi durumunda, aynen ödeme kaydı da bulunmamasına rağmen, alacaklı borcun aynen ödenmesini ya da vade veya fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini talep etme hakkına da sahiptir³⁶⁸.

TKHK m. 54/2'de *"Etiket, tarife ve fiyat listelerinde belirtilen fiyat ile kasa fiyatı arasında fark olması durumunda tüketici lehine olan fiyat uygulanır."* hükmü yer almakta olup bu hükmün mesafeli sözleşmelerde tüketicinin nakden ödeme yapması durumu için uygulama alanı bulup bulamayacağı sorusu akla gelmektedir. Örneğin, mesafeli sözleşme ile bir mal satın alan tüketici kapıda ödeme seçeneğini kullanarak para borcunu malın teslimi sırasında nakden ödeyecekken malın fiyatının, sözleşmenin akdedilmesi sırasında belirtilen fiyattan daha yüksek olduğunu görürse lehine olan fiyatın uygulanmasını talep edebilecek midir? Bir başka ifadeyle "kasa fiyatı" ifadesinin "kapıda ödeme fiyatı" olarak yorumlanması mümkün müdür? Kanaatimizce böyle bir durumda tüketici, lehine olan fiyatın uygulanmasını talep edebilmelidir. Zira tarafların fiziken karşı karşıya olduğu sözleşme türlerinde tüketicinin kasaya giderek para borcunu ödemesi zorunlu iken, mesafeli sözleşmelerde böyle bir imkan işin doğası gereği bulunmamaktadır. Bu durumda

³⁶⁸ Nomer, 315.

"kapıda ödeme" halinin, toptan ve perakende satış noktalarındaki "kasada ödeme" ile eşdeğer kabul edilmesi mümkündür. Ancak uygulamada pek çok satıcının, tüketiciye mal teslimini taşıyıcı vasıtasıyla gerçekleştirdiği göz önüne alındığında; kapıda yapılan ödemelerde tüketicinin bu yöndeki bir talebinin ne kadar karşılanacağı da şüphelidir. Bununla birlikte böyle bir durumda tüketici, ödemeyi talep edildiği şekilde gerçekleştirdikten sonra aradaki fiyat farkı için Tüketici Hakem Heyetlerine başvurma hakkını haizdir.

B. Kredi Kartı İle Ödeme

Kredi kartı işleyiş şekilleri özünde iki taraflı sistem ve üç taraflı sistem olarak ikiye ayrılmakla birlikte; iki taraflı sistemde kart çıkaran kuruluş aynı zamanda satın alınan malı veya hizmeti veren ticari işletme olduğundan³⁶⁹ kredi kartının amacı müşterilerin kartı veren işletmeden alışveriş yapmasını sağlamaktır³⁷⁰. Ancak işletmelerin, tüketicilere taksitle mal satabilme imkanı zaten bulunduğu³⁷¹ ve kredi kartı hamiline kredi sağlanmadığından³⁷² bu sistem gerçek anlamıyla bir kredi kartı sistemi olarak kabul edilmemektedir³⁷³.

Asıl kabul gören üç taraflı sistemde; temelde kart çıkaran kuruluş, mal veya hizmet sunan ticari işletme ile kart hamili olmak üzere üç taraf bulunmakla birlikte; üye işyeri anlaşması yapan kuruluş ve kartlı sistem kuruluşu gibi kuruluşlar da sözleşmenin işleyişinde rol sahibidir³⁷⁴. Üç taraflı kredi kartı sistemi de kendi içinde, basit ve genişletilmiş olarak ikiye ayrılmaktadır³⁷⁵. Basit üç taraflı kredi kartı sisteminde; kart çıkaran kuruluş ve mal ya hizmet sunan kuruluş arasında "üye işyeri

³⁶⁹ Ebru Ceylan, **Türk, İsviçre ve Avrupa Birliği Hukukunda Kredi Kartını Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, (Kredi Kartı), s. 23; Oğuzhan Buhur, **Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 21.

³⁷⁰ Ömer Teoman, **Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 61; Hasan İşgüzar, **Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 48; Emine Açıkgül ve Hacı Ali Açıkgül, **Teori ve Uygulamada Kredi Kartı Sözleşmeleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 27.

³⁷¹ Erden Kuntalp, **Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, XIII, 5-6 Nisan 1996, s. 274'ten aktaran Ceylan, Kredi Kartı, s. 23; Teoman, s. 47; Buhur, s. 22.

³⁷² Şebnem Akipek, **Tüketici Kredisi**, (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, (Tüketici Kredisi), 1998, s. 165.

³⁷³ Akipek, Tüketici Kredisi, s. 165; Ceylan, Kredi Kartı, s. 23.

³⁷⁴ Ceylan, Kredi Kartı, s. 23.

³⁷⁵ Mustafa Çeker, **Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1997, s. 9, 11.

sözleşmesi" ve kart hamili ile kart çıkaran kuruluş arasında da "kredi kartı sözleşmesi" bulunmakta olup kart hamili harcama tutarını kart çıkaran kuruluşa ödemekte ve üye işyeri de harcama belgesi ile kart çıkaran kuruluşa başvurarak bu bedeli tahsil etmektedir³⁷⁶. Genişletilmiş üç taraflı kredi kartı sisteminde ise kredi kartı çıkaran kuruluş, uluslararası kredi kartı şirketleriyle lisans sözleşmesi akdetmekte ve bu şirketlerin kartlarını (Visa, Master Card vb.) lisans sözleşmesi uyarınca kendi bankalarının ticaret unvanını da kullanmak suretiyle piyasaya sürmektedir³⁷⁷. Bir başka ifadeyle bu sistemde özel olarak kurulmuş bir kredi kartı şirketi lisans sözleşmesi imzaladığı bankalara kendi kredi kartını çıkartma yetkisini vermektedir³⁷⁸. Dolayısıyla uluslararası kredi kartı şirketi ile kart hamili arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır; ancak uluslararası kredi kartı şirketi, kredi kartı ile yapılan harcama bedelini üye işyerine ödemekle yükümlüdür³⁷⁹. Kartı veren kuruluş da kart hamilinden harcama tutarını tahsil etmektedir³⁸⁰.

Bu sistem sayesinde kart hamilleri, uluslararası geçerliliğe sahip kredi kartlarını kullanarak dünyanın pek çok ülkesinde fiziki olarak ya da internet gibi uzaktan iletişim araçlarıyla mal veya hizmet satın alabilmektedir³⁸¹. Günümüzde tüketicilerin, mal satın almak için en sık tercih ettiği internet sitelerden biri olan www.aliexpress.com Çin'de kurulmuş bir platform olup dünyanın birçok ülkesindeki tüketiciler, bu platform üzerinden mesafeli sözleşme akdederek mal satın almakta ve uluslararası geçerli olan kredi kartlarıyla borçlarını ifa etmektedir.

Mesafeli sözleşmede kredi kartı ile ifa, tüketicinin kredi kartının hukuka aykırı şekilde kullanılabilmesi ve kart sahibinin gerçek hamil olup olmadığının tespitinin mümkün olamayabilmesi nedeniyle bünyesinde olumsuzluklar barındırmaktadır³⁸². Bununla birlikte pratik kullanımı ve tüketiciye en kolay şekilde kredi imkanı sağlaması nedeniyle tüketicilerin kredi kartını kullanmayı sıklıkla tercih ettiği görülmektedir.

³⁷⁶ Teoman, s. 47, 48-49; Çeker, s. 8-9; Buhur, s. 23; Ceylan, Kredi Kartı, s. 24.

³⁷⁷ Buhur, s. 23-24; Ceylan, Kredi Kartı, s. 24.; Açıkgül ve Açıkgül, s. 29.

³⁷⁸ Akipek, Tüketici Kredisi, s. 167.

³⁷⁹ Teoman, s. 48; Buhur, s. 24; Akipek, s. 167; Ceylan, Kredi Kartı, s. 24; Açıkgül ve Açıkgül, s. 29.

³⁸⁰ Ceylan, Kredi Kartı, s. 24.

³⁸¹ Ceylan, Kredi Kartı, s. 24.

³⁸² Topaloğlu, s. 777.

Mesafeli sözleşmede kredi kartı ile ifa şu şekilde gerçekleşmektedir: Kredi kartının hamili olan tüketici; sözleşme konusu mal ya da hizmeti seçip satın alma işlemini gerçekleştirmek üzere gerekli ön bilgilendirmeyi de okuduktan ve kabul ettikten sonra kendi borcunu kredi kartı ile ödemek isterse kart numarası, son kullanma tarihi ve 3 haneli güvenlik kodunu (CVV) satıcı veya sağlayıcı olan iş yerine elektronik ortamda göndermektedir³⁸³. Satıcı veya sağlayıcı iş yeri bu bilgiler ile birlikte mal ya da hizmet bedelini anlaşmalı bankaya iletmekte, banka kart numarasını kontrol ederek bilgileri switch sistemine iletmekte, switch sistemi kart numarasından kartı veren bankayı tespit etmekte ve talebi ilgili bankaya iletmekte, ilgili banka kendi sistemindeki kontrolleri yaptıktan sonra şayet işlemi onaylıyorsa yetkilendirme kodu ile, onaylamıyorsa ise red sebebiyle birlikte yanıtını switch sistemine iletmekte ve switch sistemi de bu yanıtı anlaşmaya bankaya iletmekte olup işlemin onaylanması halinde alışveriş tamamlanmaktadır³⁸⁴.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde, 2011 tarihli mülga Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelikten³⁸⁵ farklı olarak mesafeli sözleşmelerde herhangi bir elektronik ödeme sistemine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır³⁸⁶. Ancak bu durum BKKKK hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmediğinden; madde metninde bu hususa ayrıca yer verilmemesi isabetli olmuştur³⁸⁷.

BKKKK m. 18/II'de yer alan *"Üye işyerleri, 20 nci madde uyarınca harcama belgesi düzenlenmeksizin çeşitli iletişim araçları yoluyla veya sipariş formu vasıtasıyla işlem yapılmasına olanak sağlamak üzere kuracakları sistemlerin güvenli bir şekilde çalışmasını temin etmekle yükümlüdür."* hükmü uyarınca üye işyerleri, uzaktan iletişim araçlarıyla kurulacak mesafeli sözleşmeler için güvenli bir sistem kurmaktan ve sistemin iyi işlemesinden sorumludur.

³⁸³ Topaloğlu, s. 777.

³⁸⁴ Topaloğlu, s. 777.

³⁸⁵ Mülga Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik m. 11:" *"Mesafeli sözleşmelerde ödemenin kredi kartı, banka kartı veya benzeri bir ödeme kartı ile harcama belgesi düzenlenmeksizin yapıldığı durumlarda, kartın bir başkası tarafından hukuka aykırı şekilde kullanılması halinde; 23/2/2006 tarihli 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ve 10/3/2007 tarihli ve 26458 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre işlem yapılır."*

³⁸⁶ Topaloğlu, s. 776.

³⁸⁷ Topaloğlu, s. 776.

Mesafeli sözleşmede kredi kartının elektronik ortamda kullanılması ve dolayısıyla suistimale açık olması nedeniyle işlem güvenliğini artırma amacıyla Visa tarafından 3D Secure uygulaması geliştirilmiş ve buna ilişkin protokol Master Card tarafından da kabul edilmiştir³⁸⁸. Bu uygulama gereğince internet üzerinden mesafeli sözleşme akdeden ve kredi kartı ile borcunu ifa etmek isteyen kart hamili öncelikle 3D Secure sistemine internet bankacılığı yoluyla kaydolmakta, ardından kart hamilinin, bankada kayıtlı cep telefonuna SMS yoluyla bir şifre gelmekte ve kart hamili de bu şifreyi alışveriş yaptığı sayfaya girerek işlemi tamamlamaktadır³⁸⁹. Böylece internet üzerinden akdedilen mesafeli sözleşmeler daha güvenli bir hale gelmektedir. Bu durumda BKKKK m. 18/II'de üye işyerlerine yüklenen yükümlülük gereğince üye işyerli tarafından 3D Secure sisteminin güvenlik altyapısının kurdurulmaması da kusurlu davranış anlamına gelecektir ve üye işyerinin sorumluluğunu doğurabilecektir³⁹⁰.

Mesafeli sözleşmelerde kredi kartının sahte olup olmadığı veya kart hamilinin gerçek kart hamili olup olmadığı çoğunlukla mal ya da hizmetin teslimi sırasında ortaya çıkmakta olup internet üzerinden yapılan mesafeli sözleşmelerde mal ya da hizmetin gerçek kart hamiline teslim edilmesi yükümlülüğü, bankaların üye işyerleri ile yaptıkları sözleşmeler ile üye işyerlerine bırakılmaktadır ve uluslararası kredi kartı uygulamalarında da durum farklı değildir³⁹¹.

BKKKK m. 16'da kart hamillerinin de kartın kullanımına ilişkin yükümlülükleri olduğu düzenlenmiş olup buna göre kart hamili, kendisine tevdi edilen kartı ve kartın kullanılması bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemin kullanılmasını gerektiriyorsa bu bilgileri güvenli bir şekilde korumak ve başkaları tarafından kullanılmasına engel olacak önlemleri almak, kartın kaybolması, çalınması veya iradesi dışında gerçekleşmiş herhangi bir işlemi öğrenmesi halinde kart çıkaran kuruluşu derhal haberdar etmek zorundadır.

BKKKK m. 12'de yer alan *"Kartın ya da 16 ncı maddede belirtilen bilgilerin kaybolması veya çalınması halinde kart hamili, yapacağı bildirimden önceki yirmidört saat içinde gerçekleşen hukuka aykırı kullanımdan doğan zararlardan*

³⁸⁸ Topaloğlu, s. 778.

³⁸⁹ Topaloğlu, s. 778.

³⁹⁰ Topaloğlu, s. 779.

³⁹¹ Topaloğlu, s. 778.

yüzelli Yeni Türk Lirası ile sınırlı olmak üzere sorumludur. Hukuka aykırı kullanımın, hamilin ağır ihmeline veya kastına dayanması veya bildirimin yapılmaması hallerinde bu sınır uygulanmaz." hükmü uyarınca kart hamilinin, kart bilgilerini ağır ihmalle³⁹² veya kastla korumadığı ya da kart iradesi dışında zilyetliğinden çıktığı halde bankaya gerekli bildirimini yapmadığı haller saklı kalmak kaydıyla, kredi kartının haksız kullanılması durumunda banka son 24 saatte yapılan harcamalardan sorumludur³⁹³. Ancak kart hamilinin, kredi kartının kötüye kullanılmasında kastı olması, ağır kusurlu olması veya bankaya gerekli bildirim zamanında yapmamış olması hallerinde bankanın herhangi bir sorumluluğunun olmadığı, tüm sorumluluğun kart hamiline ait olduğu da göz ardı edilmemelidir³⁹⁴.

³⁹² Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 11.12.2013 tarih ve 2013/22035 Esas, 2013/31177 Karar sayılı ilamında: "Kredi kartı sahibi, Banka ile sözleşme imzaladığı ve kartın kendi zilyetliğine geçtiği andan itibaren anılan yasa gereğince kendisine tevdi edilen kredi kartını, gerekse bu kartın kullanılması ile ilgili bilgileri koruma ve saklama ile yükümlü olup dava konusu olayda da, para çekme işlemlerinin davacı kart sahibine ait şifrenin kullanılması suretiyle yapılmış olması nedeniyle, kartın üçüncü kişilerce kullanımından davacı kart sahibinin sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Davacının kartının şifresine ulaşılmış olması, şifrenin güvenli bir şekilde seçilmediğini ya da muhafaza edilmediğini göstermektedir. Kaldı ki, dosya kapsamındaki delillerden dava konusu kartın çalındığı ya da kopyalandığı yönünde bir bulguya da rastlanmadığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca davacının olayda ağır kusurunun olduğu ve 5464 sayılı yasanın 12. maddesinden yararlanamayacağı ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, kartın hukuka aykırı kullanımında ağır kusuru olan davacının, bankaca kendisine bildirim yapıldığı tarihe kadar olan harcamalardan ve nakit çekimlerden sorumluluğu bulunmaktadır." denilmek suretiyle üçüncü kişinin, kart hamilinin şifresini kullanması durumunda şifrenin yeterince güvenli seçilmediği veya saklanmadığı ve dolayısıyla olayda kart hamilinin ağır kusurlu olduğuna karar verilmiştir. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2013-22035.htm>, Kazancı İçtihat Bankası, 13.05.2019). Bununla birlikte Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 12.06.2014 tarih ve 2013/32840 Esas, 2014/18798 Karar sayılı kararı ile " Somut olayda, davacının davalı Bankaya ihbar yükümlülüğünü yerine getirdiği, bildirimden 4 dakika önce yapılan alışverişin slipe imza atılmak suretiyle yapıldığı ve slipteki imzanın davacıya ait olmadığına bilirkişi raporu ile tespit edildiği anlaşılmaktadır. Hukuka aykırı yapılan bu harcamanın davacının ağır ihmali ve kastına dayandığından bahsedilemez. Zira, davacı minibüste seyahat halinde iken kartını çaldırması olup, kartın çalınmasını kolaylaştıracak bir ihmalinin bulunduğu dair dosya kapsamında bir iddia ya da delil mevcut değildir. Hayatın olağan akışına göre davacının minibüste seyahat halinde cüzdanını sürekli açarak kredi kartını kontrol etmesi mümkün değildir. Yine, alışverişin slipe atılan imza ile yapılması da davacının şifre vs. bilgilerini de güvenli olarak koruduğunu gösterir. Hal böyle olunca davacının 5464 Sayılı Kanunun 12. maddesi gereğince Bankaya bildirimden önceki yirmi dört saat içinde gerçekleşen bu hukuka aykırı kullanımdan doğan zararlardan yüzelli Yeni Türk Lirası ile sınırlı olmak üzere sorumlu olduğunun kabulü gerekir." denilerek kredi kartının kullanımı için şifre ve slipe imza şartının aranması halinde, bankaya da gerekli bildirimin yapılmış olması nedeniyle kart hamilinin gerekli özeni gösterdiği kabul edilmiştir. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2013-32840.htm>, Kazancı İçtihat Bankası, 13.05.2019).

³⁹³ Topaloğlu, s. 779.

³⁹⁴ Şifre seçiminde kimlik bilgileri içinde yer alan rakamların kullanılmasından kaçınılması gerektiği; aksi halde gerekli özenin gösterilmemiş sayılacağı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 19.10.2011 tarih ve 2011/5323 Esas, 2011/15442 Karar sayılı ilamında: "Dava, davacıya ait banka kartının çalınması ve haksız kullanımı sebebiyle tazminata ilişkindir. Mahkemece, dava kabul edilmiştir. Ancak, şifre ile kullanılan kredi kartlarında doğum tarihini şifre olarak belirleyen davacı ağır kusurludur. Şifreyi seçerken kolay bulunan, örneğin kimlik bilgileri içinde yer alan rakamların seçilmemesinin gerektiği günümüzde bilinen bir gerçektir. Şifrenin güvenli bir şekilde seçilmediğinin ya da muhafaza

Bununla birlikte kart hamili ve bankanın müterafik kusurlu olabilmesi de mümkündür³⁹⁵. Hatta bazı durumlarda bankanın kusuru daha ağır kabul edilerek sorumluluğun tamamının bankada olduğu da kabul edilmektedir³⁹⁶.

Kredi kartlarının kötüye kullanılması, kredi kartı sözleşmesinin üç tarafı açısından da olumsuz sonuçlar doğurduğundan güvenlik önlemlerinin alınması ve artırılması önem taşımaktadır. Günümüzde özellikle internet üzerinden mesafeli sözleşme akdeden tüketicilerin sıklıkla tercih ettiği bir başka yol da "sanal kart" uygulamasıdır. Sanal kart; kredi kartına bağlı olarak oluşturulan, limiti kart hamili tarafından belirlenen, satın alma öncesinde ön ödeme yapılan, fiziki olarak bulunmayan, dolayısıyla kaybolma veya çalınma riski taşımayan ve internet ya da telefon gibi uzaktan iletişim araçları ile kurulan sözleşmelerde borcu ifa imkanı sağlayan bir karttır. Sanal kart uygulamasında kart fiziken kart hamiline teslim edilmemektedir; ancak kredi kartı numarası, son kullanma tarihi ve güvenlik

edilmediğinin kabul edilerek davanın reddi gerekir. Bu durumda, kartın hukuka aykırı kullanımında ağır kusuru olan davacının, kartın alıkonulduğu ihbarının bankaya yapılana kadar olan harcamalardan sorumluluğu bulunmaktadır." denilmek suretiyle belirtilmiştir. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2011-5323.htm>, Kazancı İçtihat Bankası, 13.05.2019).

³⁹⁵ Bu durum Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 29.06.2011 tarih ve 2011/3109 Esas, 2011/10387 Karar sayılı ilamında: "*Dava, davacıya ait kredi kartının, hukuka aykırı olarak üçüncü kişiler tarafından kullanılması sebebiyle ödemek zorunda kaldığı bedelin tahsili istemine ilişkindir. Hukuka aykırı kullanımın, hamilin ağır ihmeline veya kastına dayanması veya bildirimin yapılmaması hallerinde bu sınır uygulanmaz."* hükümleri bulunmaktadır. Yine taraflar arasındaki kredi kartı sözleşmesinin, "*Kart ve Şifrenin Kullanımından Sorumluluk*" başlıklı 89. maddesinde de, *kart şifresinin gizli tutulması gerektiği, aksi halde kart sahibinin sorumlu olduğu belirtilmiştir. Açıklanan Yasa ve sözleşme hükümleri gereğince, üçüncü kişi veya kişiler tarafından davacıya ait kredi kartının internet yolu ile haksız kullanımından doğan zararın oluşmasında ve artmasında, tarafların kusur veya varsa müterafik kusur durumunun, alanında uzman bilirkişi veya bilirkişi heyeti marifetiyle taraf ve yargı denetimine uygun şekilde belirlenip, hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekir."* denilmek suretiyle kabul edilmiştir. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2011-3109.htm>, Kazancı İçtihat Bankası, 13.05.2019).

³⁹⁶ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 07.02.2017 tarih ve 2016/6536 Esas, 2017/864 Karar sayılı ilamında: "*Dava, kötü niyetli üçüncü kişiler tarafından ele geçirilen kredi kartı ile yapılan harcamalardan bankanın sorumlu olduğu gerekçesiyle kart sahibi tarafından yapılan ödemenin davalı bankadan tahsili istemlidir. Davacının kredi kartı kişisel bilgileri, bilgisi dışında kötü niyetli üçüncü kişi tarafından ele geçirilmiş olup, bu bilgiler kullanılarak internet üzerinden harcama yapılmıştır. Davalı banka uzun süredir kullanılmayan kredi kartından peş peşe gerçekleştirilen harcamaların kart hesabından ödenmesine onay vermiştir. Yapılan harcamalar neticesinde kredi kartı hesap ekstresi borcu, davalı banka tarafından davacıdan tahsil edilmiştir. Hüküm vermeye elverişli bilirkişi raporunda, bankanın davacının zararın oluşmasında şifre veya korunması gereken bilgileri özenle korumadığına dair bir delil ibraz etmediği, davacının internet bankacılığı kullandığına dair delil sunmadığı ve kredi kartının çok uzun süredir kullanılmıyor olması sebebiyle bankanın sorumlu olduğu tespit edilmiştir."* denilerek bankaların da kredi kartı kullanımında gerekli dikkati ve özeni göstermekle yükümlü olduğu ve kusurlu olması halinde tek başına sorumlu tutulabileceği ifade edilmiştir. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/19hd-2016-6536.htm>, Kazancı İçtihat Bankası, 13.05.2019).

numarası bilgileri kart hamiline iletilmekte ve bu sayede satın alma işlemi gerçekleşmektedir.

BKKKK m. 32'de yer alan *"Kart numarası bildirilmek suretiyle üye işyerinden telefon, elektronik ortam, sipariş formu veya diğer iletişim araçları yoluyla yapılan işlemlerden doğacak anlaşmazlıklarda ispat yükü üye işyerine aittir."* hükmü gereğince sanal kart ile mesafeli sözleşme akdedilmesi durumunda üye iş yeri niteliğinde olan satıcı veya sağlayıcı, işlemin gerçekleştiğini ispat yükü altında olup bunu teslim fişi vb. belgelerle ispat edebilecektir³⁹⁷. Sözleşme konusu malın dijital içerik olması ve bilgisayara indirme suretiyle ifa edilmesi durumunda ise sorumluluktan kurtulmak için IP adresi veya MAC adresine indirme yapıldığı ispat edilmelidir³⁹⁸.

Kredi kartlarının kötüye kullanımını engellemeye yönelik devlet aracılığıyla alınan tedbirlerden biri de kredi kartlarının internet alışverişlerinde kullanılabilmesi için kart hamilinden izin alınması zorunluluğudur. Nitekim Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 16.02.2017 tarihinde aldığı karar ile kredi kartlarının internet alışverişine açık olabilmesinin, kart sahibinin bankaya ilettiği talebine bağlı olduğuna ve bu durumun verilmiş ve verilecek olan tüm kredi kartları için geçerli olduğuna karar verilmiş olup bankaların sistemlerini söz konusu değişikliğe uygun hale getirebilmeleri için belirli bir geçiş süresi de öngörülmüştür³⁹⁹. Kanaatimizce bu uygulama gerekli ve yerindedir.

TKHK m. 22/2 uyarınca kredi kartı sözleşmeleri, faiz vb. bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya taksitle ödeme imkanı sağlanması halinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

³⁹⁷ Topaloğlu, s. 779.

³⁹⁸ Topaloğlu, s. 779.

³⁹⁹ (http://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0582_01.pdf) (14.05.2019). BDDK tarafından öngörülen geçiş süresi altı ay olarak belirlenmiş; ancak geçiş süresinin çoğunluğunun tatil ve yaz dönemine denk gelmesi ve bankaların kart sahiplerine ulaşmada güçlük yaşamaları nedeniyle BDDK tarafından 16.08.2017 tarihinde alınan 2017/5 sayılı karar ile uygulamaya geçiş süresi 31.12.2017 olarak belirlenmiştir.

(http://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0585_01.pdf) (14.05.2019) Bu konuda son olarak BDDK tarafından 21.12.2017 tarihinde alınan ve 29.12.2017 tarihli basın açıklaması ile kamuoyuna duyurulan karar ile 21.12.2017 tarihi ve öncesinde tahsis edilmiş mevcut kredi kartlarında uygulamaya geçiş için gereken sistemsel değişikliklerin 31.01.2018 tarihine kadar tamamlanması; 01.01.2018 tarihinden itibaren tahsis edilen ve yenilenen kartlar için ise kart sahibinin tercihi doğrultusunda elektronik ticarete açık ya da kapalı olarak kart sahibine gönderilmesi, kart sahibinin tercihinin alınmadığı durumlarda ise elektronik ticarete kapalı olarak gönderilmesi gerektiğine karar verilmiştir. (http://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0593_01.pdf) (14.05.2019).

Uygulamada tüketicilerin alışveriş yaparken kredi kartını sıklıkla tercih etmesinin en önemli nedenlerinden biri bankaların, ödemeleri öteleyerek ya da ayrıca taksit imkanı sağlayarak tüketicilere kredi desteği vermesidir. Bu sayede ekonominin canlandığı kuşkusuzdur; ancak bu durum kredi kartının bilinçsizce kullanılmasını da beraberinde getiriyorsa bu takdirde tüketiciler açısından önemli bir sorun doğmaktadır. Bu nedenle devlet, birtakım malların satın alınmasında taksit yasağı getirme yetkisine sahiptir. Öyle ki Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik⁴⁰⁰ m. 26/7'de yer alan: "*Mal veya hizmet alımı sonrası belli bir ücret karşılığı borcun taksitlendirilmesi veya ödemenin ertelendiği dönemler de dâhil olmak üzere, kredi kartları ile gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımları ile nakit çekimlerinde taksitlendirme süreleri Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Ticaret Bakanlığının görüşü alınarak Kurulca belirlenir.*" hükmü uyarınca bu yetki Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulundadır.

Nitekim Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu bu yetkisine istinaden 11.01.2019 tarih ve 8198 sayılı toplantısında⁴⁰¹ özetle; kredi kartları ile gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımları ile nakit çekimlerinde kural olarak en fazla

⁴⁰⁰ R.G. 10.03.2007 tarih ve 26458 sayılı.

⁴⁰¹ "1.Mal veya hizmet alımı sonrası belli bir ücret karşılığı borcun taksitlendirilmesi veya ödemenin ertelendiği dönemler de dâhil olmak üzere, kredi kartları ile gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımları ile nakit çekimlerinde en fazla on iki aya kadar taksitlendirme yapılabilmesine,

2.Birinci maddedeki sürenin; elektronik eşya alımlarında üç ay, basılı ve külçe halinde olmayan kuyumla ilgili harcamalarda dört ay, tablet alımlarında, kulüp ve derneklere yapılan ödemelerde, havayolları, seyahat acenteleri ve konaklama ile ilgili yurt dışına ilişkin harcamalarda altı ay, fiyatı üç bin Türk Lirasına kadar olan televizyon alımlarında, havayolları ve konaklama ile ilgili yurt içine ilişkin harcamalarda, sağlık ürünü alımlarında ve vergi ödemelerinde dokuz ay olarak uygulanmasına,

3.Kredi kartlarıyla gerçekleştirilecek basılı ve külçe halinde kuyum, telekomünikasyon, doğrudan pazarlama ile ilgili harcamalar, yurt dışında yapılan harcamalar ve yemek, gıda, alkollü içecek, akaryakıt, kozmetik, ofis malzemesi ile hediye kart, hediye çeki ve benzeri şekillerde herhangi somut bir mal veya hizmeti içermeyen ürünlerin alımlarında taksitlendirme yapılmamasına,

4.Kurumsal kredi kartları ile mal veya hizmet alımı sonrası belli bir ücret karşılığı borcun taksitlendirilmesi veya ödemenin ertelendiği dönemler de dâhil olmak üzere gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımları ile nakit çekimlerinde en fazla on iki aya kadar taksitlendirme yapılabilmesine" karar verilmiştir. (http://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0681_01.pdf) (14.05.2019).

Bununla birlikte Kurulun 26.02.2019 tarihli basın açıklamasında kredi kartında taksitlendirme süresinin; tablet alımları hariç, bilgisayar alımlarında ve taşımacılık ile ilgili harcamalarda altı ayda on iki aya; seyahat acenteleri ile ilgili yurt içine ilişkin harcamalarda, sağlık ve sosyal hizmetler ile ilgili harcamalarda dokuz aydan on iki aya ve kurumsal kredi kartlarındaki genel taksit sınırının ise dokuz aydan on iki aya çıkarılmasına karar verildiği de ifade edilmiştir. (http://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0698_01.pdf) (14.05.2019). Öte yandan Kurulun 28.03.2019 tarihli basın açıklamasında ise taksit yasağına tabi tutulan kuyumla ilgili harcamalarda, basılı ve külçe halinde olmayanlar için taksitlendirme süresinin dört aya çıkarıldığı da bildirilmiştir. (http://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0709_01.pdf) (14.05.2019).

on iki aya kadar taksitlendirme yapılabilmesine ve örneksene yoluyla saydığı ve herhangi somut bir mal veya hizmeti içermeyen ürünlerin alımlarında taksitlendirme yapılmamasına karar vermiş olup bazı mal ve hizmetler için taksitlendirme süresini de özel olarak belirlemiştir⁴⁰². Ancak uygulamada bankaların bu kuralları dolandığı ve tüketiciye belirli bir faiz, komisyon vb. menfaat karşılığında daha fazla taksit imkanı sağladığı ya da ödemeyi ertelediği de görülmektedir.

C. Peşin Ödeme

Para borcunun ifasının sınıflandırılmasında kullanılan bir diğer ayrım da peşin ödeme-taksitle ödeme ayrımıdır. Peşin ödeme, borcun tamamının tek seferde ödenmesi olup "nakden", "debit karttan ödeme" ya da uygulamada tek çekim olarak ifade edilen "kredi kartından taksit yapılmaksızın ödeme" şeklinde de gerçekleşebilmektedir.

TBK m. 207/II'de yer alan *"Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı veya alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler."* hükmünden yola çıkılarak satış sözleşmesinde aksine sözleşme ya da âdet bulunmadıkça satış bedeli hemen, peşin ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰³. Mesafeli sözleşme de, konusu mal teslimi olduğu durumda, satış sözleşmesi niteliğinde olduğundan bahse konu hükmün mesafeli sözleşmede uygulama alanı bulması mümkündür. Nitekim tüketici, sözleşme konusu malın teslim edildiği sırada kapıda nakit ödemek suretiyle borcunu peşin olarak ifa edebilmektedir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki; uygulamada kapıda ödeme seçeneği sunulurken kimi zaman bu ifa usulüne ayrıca bir ücret biçildiği de görülmektedir. Böyle bir durumda sözleşme akdedilmeden önce tüketiciye muhakkak ki ön bilgi verilmek zorundadır.

⁴⁰² Son olarak Kurulun 12.06.2019 tarihli ve 8385 sayılı kararı ile 11.01.2019 tarih ve 8198 sayılı Kurul kararı ile belirlenen kredi kartlarında taksitlendirme sürelerinin; mobilya alımlarında on iki aydan on sekiz aya; video, kamera, ses sistemleri ve fiyatı 3.500 TL üzerinde olan televizyon vb. elektronik eşya alımlarında üç aydan altı aya; fiyatı 3.500 TL'ye kadar olan televizyon alımlarında dokuz aydan on iki aya; buzdolabı, çamaşır makinesi, bulaşık makinesi, elektrikli eş eşyaları vb. elektrikli eşya alımlarında on iki aydan on sekiz aya ve kurumsal kredi kartlarındaki genel taksit sınırının ise on iki aydan on sekiz aya çıkarılmasına karar verilmiştir. (http://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0718_01.pdf) (15.06.2019).

⁴⁰³ Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 238.

Bununla birlikte tüketicinin, malın teslimini beklemeksizin sözleşmenin akdedildiği sırada kredi kartı ile tek seferde ödeme yapması da mümkün olup bu durum madde metninde geçen "aksi kararlaştırılmadıkça" ifadesinin mesafeli sözleşmedeki karşılığı olarak yorumlanabilecektir.

Yine tüketicinin derhal ve peşin ödeme gerçekleştirebilmesinin bir diğer yolu da debit karttan ödemedir. Debit kart, doğrudan kart hamilinin mevduat hesabına bağlı olup ATM ve POS cihazlarında kullanılabilen bir banka kartıdır. Tüketicinin borcunu bu yolla ifa edebilmesi için, kartının bağlı olduğu mevduat hesabında parasının bulunması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle kart hamili tüketici, bu kart ile ancak mevduatında bulunan meblağ kadar alışveriş yapma yetkisine sahiptir. Bu nedenle debit kartlar, kredi kartı özelliği taşımamaktadır ve TKHK anlamında kredi kartı olarak kabul edilmemektedir⁴⁰⁴. Bu kartlar ile ödeme yapıldığında sözleşme konusu bedel, kart hamili tüketicinin hesabından satıcı veya sağlayıcının hesabına aktarılmakta olup borç vadelere bölünmediğinden ya da ertelenmediğinden kanaatimizce peşin ödemenin bir türünü oluşturmaktadır.

Debit kartların da mesafeli sözleşmede tüketicilerce tercih edilmesi mümkündür. Ancak BDDK'nın daha önce bahsi geçen 16.02.2017 tarihli kararı gereğince; bu kartların internet alışverişlerinde kullanılabilmesi için kart hamili tüketicinin bankaya onay vermiş olması gerekmektedir; aksi halde internet alışverişlerinde kullanılması mümkün değildir.

Ç. Taksitle Ödeme

Tüketicinin borcunu peşin olarak ödemediği, vadeye bağladığı durumlarda veresiye satış, taksitle satış ya da ön ödemeli taksitle satış gündeme gelmektedir⁴⁰⁵. Satış sözleşmesinde bedelin kural olarak peşin ödenmesi gerektiğinden, veresiye veya taksitle satış yapıldığını iddia eden bunu ispatla yükümlüdür⁴⁰⁶.

Malın daha önce teslim edileceği, paranın ise daha sonraki bir tarihte ve bir seferde ödeneceği veresiye satışın, internetten akdedilen mesafeli sözleşmede

⁴⁰⁴ Ebru Ceylan, "Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yenilikler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:117, 2015, (Yenilikler), s. 269.

⁴⁰⁵ Aydoğdu ve Kahveci, s. 238.

⁴⁰⁶ Aydoğdu ve Kahveci, s. 238.

uygulama alanı bulması pek mümkün değildir. Ancak telefon, televizyon, radyo gibi tarafların sözlü olarak iletişim kurabileceği mesafeli sözleşmelerde tarafların anlaşması kaydıyla veresiye satışın gündeme gelmesi mümkündür.

Taksitle satış sözleşmesi gerek TBK, gerekse TKHK'da özel olarak düzenlenmiş bir sözleşmedir. TBK m. 253/I gereğince taksitle satış, satıcının, satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satıştır. TKHK m. 17/1 uyarınca taksitle satış sözleşmesi ise, satıcı veya sağlayıcının malın teslimi veya hizmetin ifasını üstlendiği, tüketicinin de bedeli kısım kısım ödediği sözleşmedir. İki tanım arasında satış konusu malın teslim zamanının vurgulanıp vurgulanmaması açısından bir farklılık bulunmaktadır. Öyle ki TKHK kapsamında taksitle satış sözleşmesinde, satış sözleşmesinden farklı olarak, satıcı veya sağlayıcının malı ya da hizmeti ifa ettiği zamanın bir önemi bulunmamaktadır. Bu durumda tüketicinin bedelin bir kısmını ödemesinden sonra kalan bedelin taksitle ödenmesi halinde de taksitle satış sözleşmesinden söz etmek mümkündür⁴⁰⁷. Öte yandan her iki kanunda da yer alan taksitle satış tanımının ortak özelliği "bedelin kısım kısım ödenmesi" olup bu husus zaten taksitle satış sözleşmesinin karakteristik özelliğidir.

Mesafeli sözleşmenin bir tür satış sözleşmesi niteliğini haiz olması nedeniyle taksitle satış sözleşmesi olarak akdedilmesi de mümkündür. Ancak TKHK m. 17/3'te yer alan *"Taksitle satış sözleşmesi yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmaz. Geçerli bir sözleşme yapmamış olan satıcı veya sağlayıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez."* hükmü gereğince taksitle satış sözleşmesinin, mesafeli sözleşmeden farklı olarak yazılı şekilde kurulması zorunludur. Bu noktada akla mesafeli sözleşmede tüketicinin para borcunu taksit taksit nasıl ödeyeceği sorusu gelmektedir. Örneğin, tüketicinin taksitle ödeme talebi karşılığında satıcı veya sağlayıcının, kendini daha iyi garanti altına almak için, tüketiciden bono keşide etmesini istemesi hali mesafeli sözleşme açısından mümkün olabilir mi? Mesafeli sözleşmede tüketici ile satıcı veya sağlayıcı birbirlerine uzaktan iletişim araçları ile ulaşmaktadır ve sözleşmenin kurulması sırasında fiziki olarak karşı karşıya gelmemektedir. Taraflar, daha doğru bir ifadeyle satıcı veya sağlayıcının ya da taşıyıcının yanında çalışanlar ve tüketiciler, ancak malın teslimi ya

⁴⁰⁷ Özdemir ve Korkmaz, Taksitle Satış, s. 387.

da hizmetin ifası sırasında karşı karşıya gelmekte olup sözleşmenin kurulması sırasında ödeme yapmayan tüketicinin bu sırada taksitle ödeme için bono keşide etmesi kanaatimizce pek de olası değildir. Zira satıcı veya sağlayıcının yerleşim yerinin, tüketici için ulaşılabilir olmaktan uzak olması muhtemel olup bu durum tüketicinin taksitlerini ödeyip bonolarını teslim alabilmesini güç kılmaktadır. Yine uygulamada çok karşılığı olduğunu düşünmemekle birlikte, tarafların anlaşması kaydıyla satıcı veya sağlayıcının, her taksitin vadesinde tüketicinin yerleşim yerine bir çalışanını göndererek borcu tahsil etmesi ve karşılığında tüketiciye o taksite ilişkin bonoyu vermesi de mümkündür. Bu gibi durumlarda TKHK m. 4/5⁴⁰⁸ uyarınca her bir taksit için ayrı ayrı olacak şekilde bono düzenlenmesi ve bononun nama yazılı olması gerekmekte olup bu kurala aykırı keşide edilen senetlerin tüketici yönünden geçersiz olduğuna dikkat edilmelidir.

Mesafeli sözleşmede tüketicinin taksitle ödemede bulunabileceği ve daha muhtemel olan bir diğer yol ise, her taksitin vadesi geldiğinde satıcı veya sağlayıcının banka hesabına EFT ya da havale yapmak suretiyle ödemede bulunmaktır.

Tüketiciler açısından taksitle ödemenin bir imkanı da kredi kartı ile taksitle ödemedir; ancak bu suretle ödemede kart çıkaran kuruluş, satıcı veya sağlayıcı niteliğini haiz üye işyerlerine mal ya hizmetin bedelini bir bütün olarak ödemekte olup kart hamili tüketiciler bu bedeli taksitler halinde kart çıkaran kuruluşa ödemektedir. TKHK m. 22/2'de yer alan *"Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkanı sağlanması halinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir."* hükmü gereğince ödemeyi üç aydan daha uzun süre erteleyen ya da taksit imkanı sağlayan kredi kartları kredi sözleşmesi niteliğinde kabul edilmektedir. Bu açıdan kredi kartı ile taksitle ödemede, tüketici taksitlerini satıcı veya sağlayıcıya değil, bankaya ödemektedir. Bu noktada akla kredi kartı taksitlerinin erken ödenip ödenemeyeceği ve ödenirse sonuçlarının ne olacağı sorusu gelmektedir.

TKHK m. 27'de yer alan *"Tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabilir veya kredi borcunun tamamını erken ödeyebilir. Bu hâllerde*

⁴⁰⁸ TKHK m. 4/5: *"Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir."*

kredi veren, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür." hükmü tüketici kredileri için erken ödemeyi düzenlemiş olmakla birlikte; bu madde hükmünün, ETKHK'dan farklı olarak, tüketici kredisi taşıyan kredi kartları açısından da uygulanacağı kabul edilmektedir⁴⁰⁹. Buna göre tüketici, kredi kartı borcunun vadesi gelmemiş bir veya birden fazla taksitini ya da tamamını ödeyebilme hakkına sahiptir ve böyle bir durumda banka da gerekli faiz vb. indirimi yapmak zorundadır. Söz konusu hüküm emredici niteliktedir ve maddenin gerekçesinde indirimin nasıl hesaplanacağı konusunda yönetmelik⁴¹⁰ ile düzenleme getirileceği öngörülmüştür⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Ceylan, Yenilikler, s. 269.

⁴¹⁰ Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği 22.05.2015 tarih ve 29363 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup Yönetmeliğin 16. maddesinde "kreditinin tamamının erken ödenmesi" hali düzenlenmiştir. Buna göre "1)Kreditinin tamamının erken ödenmesi taksit tarihinde yapılıyorsa vadesi gelen taksit ödemesi ile birlikte geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmemiş faiz, vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler tahsil edilir.

(2) Kreditinin tamamının erken ödenmesi, iki taksit arasında yapılıyorsa; ödeme planında yer alan en son ödenmiş taksit tarihiyle erken ödeme işleminin gerçekleştiği tarih arasında, anaparaya işleyen faiz tutarı, en son ödenmiş taksit tarihi itibarıyla geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmemiş faiz ile vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler tahsil edilir. Ancak faizin tamamının veya bir kısmının tüketiciden peşin olarak tahsil edildiği kredilerde, kreditinin tamamının erken ödenmesi durumunda, erken ödeme yapılan tarih ve tutar esas alınarak, akdi faiz oranı üzerinden gerekli faiz iadesi yapılır.

(3) Kreditinin tamamının erken ödenmesi işlemlerinde Ek-2'de yer alan hususlar esas alınır." Tüketicinin ara ödeme yapması durumu da Yönetmeliğin 17. maddesinde yer alan: "(1) Tüketicinin ödeme planında yer alan bir taksit tutarından az olmamak üzere, herhangi bir tutarı vadesinden önce ödemesi ara ödeme olarak kabul edilir.

(2) Tüketicinin ara ödemede bulunması durumunda kalan anapara borcu üzerinden, akdi faiz oranı ile bir önceki taksit tarihinden itibaren işleyen gün sayısı dikkate alınarak bulunacak faiz ve faiz üzerinden hesaplanacak vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler toplamı tüketiciden tahsil edilir. Tahsil edilen bu tutar dışında kalan kısım anapara borcundan düşülür. Bu durumda kalan taksit sayısı ve ödeme tarihleri değişmeden yeni taksit tutarı ve yeni ödeme planı oluşturulur. Ancak tüketicinin talep etmesi halinde taksit sayısı değişmeyecek şekilde erken ödemesi yapılan taksit sayısına göre ödemesiz dönem veya tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla talep etmesi ve tarafların mutabakatı ile mevcut ödeme planından farklı taksit sayısı ve ödeme tarihleri de belirlenebilir.

(3) Tarafların mutabakatı halinde yeni ödeme planında yer alan taksit tutarı erken ödeme öncesi taksit tutarından fazla olabilir.

(4) Faizin tamamının veya bir kısmının tüketiciden peşin olarak tahsil edildiği kredilerde, ara ödeme yapılması durumunda, ödeme yapılan tarih ve tutar esas alınarak akdi faiz oranı üzerinden gerekli faiz iadesi yapılır.

(5) Yeni ödeme planı, herhangi bir isim altında ücret talep edilmeksizin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketicie verilir.

(6) Bu maddede yer alan tüketicinin taleplerine ilişkin ispat yükü kredi verene aittir.

(7) Ara ödeme işlemlerinde Ek-4'te yer alan hususlar esas alınır." hükmü ile düzenlenmiştir.

⁴¹¹ Şebnem Akipek, "Madde 27 Erken Ödeme", **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (Erken Ödeme), s. 519.

D. Havale ve EFT Yoluyla Mobil Online Ödeme

Para borcunun ifası açısından uygulama alanı bulan bir başka usul de mobil online ödeme olarak ifade edilen havale ve elektronik fon transferi (EFT) yoluyla ödemedir.

Banka havalesinde havalede bulunan, havale talimatını alan bankaya, alacaklı konumunda bulunan lehdara ödeme yapması için talimat vermektedir ve bankanın bu havaleyi kabul etmesi durumunda banka, lehdara karşı soyut borç tanımada bulunmuş olmaktadır⁴¹². Bir başka ifadeyle banka havalesi ile ödemede, alacaklıya, hesabının bulunduğu banka nezdinde, borç tutarında bir alacak hakkı kazandırılmaktadır⁴¹³.

Banka havalesi, nakdi ve gayrinakdi (hesaptan hesaba) havale olarak ikiye ayrılmaktadır⁴¹⁴. Nakdi havalede; havale edilecek meblağ doğrudan doğruya alıcıya ulaştırılmakta olup banka nezdinde herhangi bir hesaba kaydedilmemektedir⁴¹⁵. Gayrinakdi havale ise, hem havale talimatı verenin, hem de havale alıcısının bankada cari bir hesabı bulunmaktadır ve havale konusu paranın bir hesaptan diğerine aktarımı gerçekleştirilmektedir⁴¹⁶. Banka havalesine ilişkin bir diğer ayrım da basit ve zincirleme banka havalesi olup basit banka havalesinde, hem havale eden hem de havale alıcısının aynı banka ile ciro sözleşmesi bulunmakta iken; zincirleme banka havalesinde havale eden ile havale alıcının farklı bankalarla ciro sözleşmesi bulunmaktadır⁴¹⁷.

Banka havalesi özünde üç aşamadan oluşmakta olup bunlar ödeme talimatının bankaya iletilmesi, havale tutarının talimat verenin hesabına borç kaydedilmesi ve bu tutarın ödemenin yapılacağı kişinin hesabına alacak kaydedilmesidir; ancak havale alacaklısının, ödeme talimatının verildiği bankada hesabı bulunmuyorsa bu durumda havale tutarının bankalar arasında aktarılması dördüncü aşamadır⁴¹⁸. Havale konusu

⁴¹² Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 100; K. Ali Sonat, **Nakit Dışı Ödeme Usulleri Çerçevesinde Para Borcunun Banka Havalesi Yoluyla Ödenmesi**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 12.

⁴¹³ Sonat, s. 6.

⁴¹⁴ Türk, s. 159.

⁴¹⁵ Türk, s. 158.

⁴¹⁶ Türk, s. 159.

⁴¹⁷ Türk, s. 160, 161, 163.

⁴¹⁸ Sonat, s. 12.

bedel, havale alıcısının hesabına alacak olarak kaydedildiği anda ifa gerçekleşmiş olmaktadır⁴¹⁹.

“Elektronik fon transferi, bir paranın bir bankadaki hesaptan başka bir bankadaki hesaba elektronik ortamda transferidir.⁴²⁰” EFT yoluyla para aktarımı internet üzerinden gerçekleştirilmekte olup borçlu ister hesabının bulunduğu bankaya talimat vererek alacaklının hesabına parayı havale edebilir, isterse de kendisi bu işlemi internet vasıtasıyla gerçekleştirebilir⁴²¹.

Mesafeli sözleşmede tüketici para borcunu, satıcı veya sağlayıcının banka hesabına nakdi havale olarak, kendisinin de bir banka hesabı olması durumunda gayrinakdi havale olarak veya elektronik fon transferi usulüyle ifa etmesi mümkündür.

VI. FAİZ BORCUNUN İFASI

Belirli bir süre paradan yoksun kalmanın karşılığı olan faiz borcu, tarafların anlaşmasına (akdî faiz) veya doğrudan kanuna (yasal faiz) dayanabilmektedir⁴²².

Faiz borcu, asıl borca bağlı (fer'i) nitelikte bir borç olduğundan, varlığı asıl borcun geçerliliğine tabidir ve asıl borcu sona erdiren haller kural olarak faiz borcunu da sona erdirmektedir⁴²³. Asıl borcun tamamı için verilmiş olan makbuz, faizin de ödendiğine kanıt sayılmaktadır⁴²⁴. Bununla birlikte faiz borcu, asıl borçtan ayrı bir borç olduğundan asıl borçtan ayrı olarak; dava veya icra takibine konu edilebilmekte ve başkasına devredilebilmektedir⁴²⁵.

TBK m. 100/I uyarınca işlemiş faiz dururken asıl borcun ödenmesi mümkün değildir; yapılan ödeme öncelikle işlemiş faiz ve masraflardan düşülmelidir⁴²⁶.

Öte yandan TBK m. 147/1 gereğince faiz borcu ayrı zamanaşımına tabi olduğundan, asıl borç için açılan dava faize ilişkin zamanaşımını kesmemektedir;

⁴¹⁹ Türk, s. 270.

⁴²⁰ Sözer, s. 141-142.

⁴²¹ Sözer, s. 142.

⁴²² Nomer, s. 318-319.

⁴²³ Kılıçoğlu, s. 642.

⁴²⁴ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 107; Nomer, s. 320.

⁴²⁵ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 107; Nomer, s. 319.

⁴²⁶ Nomer, s. 304, 319.

ancak bu durum asıl borcun zamanaşımına uğraması durumunda faizin de zamanaşımına uğramasına engel değildir⁴²⁷.

TBK m. 88'de yer alan *"Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz."* hükmü gereğince tarafların sözleşme ile para borcunda faizi kararlaştırmamaları halinde 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun⁴²⁸ m. 2/I'n atfıyla m. 1⁴²⁹ gereğince yıllık %9 oranındaki yasal faiz uygulanacaktır. Yine söz konusu hüküm gereğince sözleşme ile anapara faizi azami yıllık %13,5 olarak belirlenebilecek olup bu üst sınırı aşan kısmı kesin hükümsüzdür⁴³⁰.

TTK m. 8/2 hükmü saklı kalmak kaydıyla hukukumuzda faize faiz yürütülmesi kural olarak yasaktır⁴³¹. Bu ilke tüketici hukuku açısından da geçerlidir. Nitekim tüketici hukukunun genel esasları, "Temel ilkeler" başlığı ile TKHK m. 4'te düzenlenmiş olup buna göre temerrüt hali de dahil olmak üzere, tüketici işlemlerinde bileşik (mürekkep) faiz uygulanması yasaktır. Kanun koyucu mesafeli sözleşme açısından ayrı bir düzenleme getirmemiş olduğundan; bileşik faiz yasağı mesafeli sözleşmeler açısından da geçerlidir.

VII. ÖDEMEZLİK DEF'İ

Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kural olarak her iki taraf da borçlarını aynı anda karşılıklı olarak ifa etmekle yükümlüdür⁴³². Nitekim TBK m. 207/II'de yer alan *"Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet*

⁴²⁷ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 107; Nomer, s. 319-320.

⁴²⁸ R.G. 19.12.1984 tarih ve 18610 sayılı.

⁴²⁹ *"Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde on iki oranı üzerinden yapılır. Cumhurbaşkanı, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir."* Madde metnindeki "Cumhurbaşkanlığı" değişikliği öncesinde faiz oranını belirlemeye ve değiştirmeye yetkili organ Bakanlar Kurulu olup Bakanlar Kurulunun 19/12/2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı kararı ile 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yıllık faiz oranı %12'den %9'a indirilmiştir.

⁴³⁰ Antalya, Cilt III, s. 124.

⁴³¹ Antalya, Cilt III, s. 124-125.

⁴³² Reisoğlu, s. 331; Antalya, Cilt III, s. 62.

bulunmadıkça, satıcı veya alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler." hükmü de bu durumun satış sözleşmesindeki karşılığıdır.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından ortak hüküm niteliğindeki TBK m. 97'de de *"Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir."* hükmü düzenlenmiş olup bu hükmün aksinin sözleşme ile kararlaştırılabilmesi mümkündür⁴³³.

Bu durumda her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşmede ifayı isteyen tarafın, kendi edimini daha sonra ifa etmesine yönelik özel bir hakkı olmadığı müddetçe, kendi edimini ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olması gerekmektedir; aksi halde karşı taraf ödemezlik definde (ifadan kaçınma definde) bulunma hakkına sahiptir⁴³⁴. Buna göre ödemezlik defini ileri sürübilmenin şartları şunlardır: karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olması; ifa talebinde bulunan tarafın, kendi edimini borcuna uygun şekilde ifa etmemiş veya ifasını teklif etmemiş olması; ifa talebinde bulunan tarafın borcunun mevcut olması⁴³⁵; ifası talep edilen edim ile def'ye konu diğer edimin aynı sözleşmeden doğması ve bu edimlerin birbirinin karşılığı olması ile ifa talebinde bulunulan tarafın, borcunu önceden ifa ile yükümlü olmaması⁴³⁶.

Ödemezlik def'i, niteliği itibarıyla ifayı erteleyici bir def'i olup karşı tarafın edimini ifa etmesi veya edimin ifasını talep etmesi halinde bu hak sona erecektir⁴³⁷. Bu def'i herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın ifayı talep eden kişiye yöneltecek bir beyandır⁴³⁸.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin ifa yerinin aynı olması nedeniyle özellik arz etmeyen ifa sırası, edimlerin ifa yerinin farklı olduğu sözleşmelerde önem taşımakta olup böyle bir durumda tarafların ifa sırasını özellikle belirlemesi mümkün ve makuldür⁴³⁹.

⁴³³ Antalya, Cilt III, s. 63.

⁴³⁴ Tekinay ve diğerleri, s. 827-828; Reisoğlu, s. 333; Antalya, Cilt III, s. 63.

⁴³⁵ İfa talebinde bulunan tarafın borcu bir şekilde, örneğin imkansızlık nedeniyle, sona erdiyse ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Bkz: Tekinay ve diğerleri, s. 830; Reisoğlu, s. 334; Antalya, Cilt III, s. 65.

⁴³⁶ Reisoğlu, s. 333-334.

⁴³⁷ Antalya, Cilt III, s. 64.

⁴³⁸ Antalya, Cilt III, s. 64.

⁴³⁹ Reisoğlu, s. 322.

Peki mesafeli sözleşmede tarafların ödemezlik def'ini ileri sürebilmesi mümkün müdür? Bu sorunun cevabı mesafeli sözleşmenin nasıl akdedildiği ve ifanın nasıl gerçekleşeceği soruları ile doğrudan bağlantılıdır. Şayet mesafeli sözleşme internet üzerinden ve tüketicinin edimini ifa etmesine (örneğin, kredi kartı ile ödeme) bağlı olarak kurulursa, bu durumda satıcı veya sağlayıcı edimini ifa etmemiş olsa da tüketicinin ödemezlik def'ini ileri sürmesi mümkün ve makul değildir. Nitekim sözleşmenin kurulması için taraflardan birinin edimini ifa etmesi gerekiyorsa, bu durumda ifa sırası zaten belirlidir. Öte yandan böyle bir durumda tüketici edimini ifa etmiş, satıcı veya sağlayıcı da temerrüde düşmüş olacağından ödemezlik def'inin şartları da gerçekleşmemiş olmaktadır.

Mesafeli sözleşmede tüketicinin para borcunu havale yoluyla ifa edeceği kararlaştırılmışsa ve ifa sırasına yönelik özel bir düzenleme de yapılmamışsa, kanaatimizce bu durumda ödemezlik def'inin gündeme gelmesi mümkündür. Örneğin, bir yayınevinden mesafeli sözleşme ile kitap satın alan; ancak para borcunu satıcının banka hesabına havale etmeyi taahhüt eden tüketici, kendi borcunu ödmeden satıcı yayınevinden kitapların gönderilmesini talep ederse satıcının ödemezlik def'ii ile karşılaşacaktır.

Mesafeli sözleşmede tüketicinin edimini kapıda ödeme ile ifa edeceği durumlarda ise, kapıda ödeme gerçekleşirken sözleşme konusu mal veya hizmet de ifa edileceğinden, bir başka ifadeyle edimlerin ifa yeri aynı olacağından; taraflar edimlerini karşılıklı olarak ifa etmelidir.

Mesafeli sözleşmeden bağımsız olarak taksitle satış sözleşmesi, niteliği itibariyle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ödemezlik def'inin istisnasını oluşturmaktadır⁴⁴⁰. Nitekim taksitle satış sözleşmesinde, bedelin tamamı tahsil edilmediği halde, öncelikle ifada bulunan taraf satıcı veya sağlayıcı olmakta; tüketici ise edimlerini taksit taksit ifa etmektedir. Bu nedenle kendi edimi ifa eden satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin borcunun tamamını ifa etmediğinden bahisle ödemezlik def'inde bulunamayacaktır.

⁴⁴⁰ Aydın Zevkliler, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, İzmir, 1996'dan aktaran Ozanoğlu, s. 276-277.

VII. İFANIN İSPATI

İfa borçluyu borcundan kurtaran bir olay olup TMK m. 6'daki genel ispat kuralı gereğince bir olgu veya olayın varlığını, o olgu veya olaydan lehine bir hak doğduğunu iddia eden kişi ispat etmekle yükümlü olduğundan; ifayı ve hatta edime uygun ifayı ispat yükü borçludur⁴⁴¹. İspata ilişkin kurallar özünde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte; özellikle para borcunun ödendiğinin ispatı noktasında TBK'da da ispat hükümleri yer almaktadır. Nitekim en temel düzenlemelerden biri TBK m. 103/I'de yer alan ödemede bulunan borçlunun makbuz talep etme hakkıdır. Ancak makbuz isteme hakkı yalnızca borçluya ait değildir; ödemede bulunan üçüncü kişi de makbuz isteme hakkını haizdir⁴⁴². Mesafeli sözleşmede kapıda nakit ödeme durumunda tüketici ya da ödemede bulunan üçüncü kişi bu hükme dayanarak makbuz isteme hakkına sahiptir.

Yine TBK m. 103/I gereğince borçlu borcunun tamamını ödemişse buna ilişkin borç senedinin geri verilmesini veya iptalini talep edebilmektedir. Bu durumu destekleyen TBK m. 104/III hükmü gereğince borç senedinin borçluya geri verilmesi, borç sona ermiş sayıldığını göstermektedir. Bu noktada borç senedi ifadesinden, borçlu olunduğunu ispat için düzenlenmiş yazılı bir belge, soyut borç doğuran borcun tanınması ya da kıymetli evrak anlaşılmaktadır⁴⁴³. Mesafeli sözleşmede bu durumun gündeme gelebilmesi yine malın teslimi ya da hizmetin ifası sırasında tüketicinin para borcunu ödemeyip borç senedini imzalaması ve ardından borcunu ödemesi halinde söz konusu olabilecektir; ancak böyle bir durumun internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde çok mümkün olamayacağı, yalnızca sözlü iletişim kurulabilen hallerde tarafların anlaşması kaydıyla mümkün olabileceğini bir kez daha ifade etmek isteriz. Nitekim tarafların yerleşim yerlerinin aynı ilde olmaması durumunda tüketicinin borcunu ödeyip borç senedini bizzat geri alabilmesinin de ne denli mümkün olduğu tartışmaya açıktır.

TBK m. 103/II uyarınca borcun tamamı ödenmemişse ya da borç senedi alacaklıya başka haklar da vermekte ise borçlu, ancak makbuz verilmesini ve

⁴⁴¹ Tekinay, s. 55; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1029.

⁴⁴² Tekinay, s. 57.

⁴⁴³ Kıymetli evrakın iptaline ilişkin TTK m. 621, m. 657, m. 661, m. 757, m. 778, m. 818 vb. maddeleri saklıdır. Bkz: Nomer, s. 326.

ödemenin borç senedine işlenmesini isteyebilir⁴⁴⁴. Alacaklının makbuz vermekten, borç senedini geri vermekten veya iptal etmekten ya da ödemeyi borç senedine işlemekten imtina etmesi halinde borçlunun ödeme yapmaktan kaçınma hakkı mevcuttur⁴⁴⁵.

Yargıtay⁴⁴⁶ aynı anda ifa yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda çek veya bono gibi kıymetli evrak niteliğinde bir borç senedi verilmişse ve fakat mal da teslim alınmamışsa; malın teslim edilmediği ispatla alıcının yükümlü olduğunu kabul etmektedir⁴⁴⁷. Bu içtihat doğrultusunda mesafeli sözleşmede tüketicinin, kapıda ödeme yapmayı taahhüt ettiği durumda mal teslim edilmeksizin ya da hizmet ifa edilmeksizin ödeme yaptığı iddiasını ispatla yükümlü olduğu söylenebilir mi? MSY m. 20/1'de "*Satıcı veya sağlayıcı, bu Yönetmelik kapsamında düzenlenen cayma hakkı, bilgilendirme, teslimat ve diğer hususlardaki yükümlülüklerine dair her bir işleme ilişkin bilgi ve belgeyi üç yıl boyunca saklamak zorundadır.*" hükmü ve aynı maddenin ikinci fıkrasında da "*Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu Yönetmelikte yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları üç yıl boyunca tutmak ve istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür.*" hükmü yer almakta olup buna göre satıcı veya sağlayıcı ve hatta aracılık eden teslimata ilişkin bilgi ve belgeleri saklama yükümlülüğü altındadır. Bu durumda kanaatimizce mesafeli sözleşmede malın teslim edildiği ya da hizmet ediminin ifasının gerçekleştiğini ispatla yükümlü olan satıcı, sağlayıcı veya aracılık edendir.

⁴⁴⁴ Kıymetli evrakta benzer mahiyette durum için TTK m. 709/III, m. 778/I-c ve m. 818/I-h hükümlerine bakılması gerekmektedir. Bkz: Normer, s. 326-327.

⁴⁴⁵ Nomer, s. 327.

⁴⁴⁶ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 05.06.2017 tarih ve 2016/6284 Esas, 2017/4543 Karar sayılı ilamında: "*Dava, menfi tespit ve istirdat istemine ilişkindir. Mal satış ilişkisinde alıcı ve satıcının edimlerini aynı anda ifa ettikleri kabul edilir. Peşin satış karinesinin aksini iddia eden tarafın bu iddiasını yazılı belge ile ispat etmesi gerekir. Davacının çeklerin avans olarak verildiğini, malların teslim alınmadığını kanıtlaması gerekir. Davacının çeklerin mahkemeye sunduğu sözleşmeye davalı itirazda bulunmadığından, Mahkemece davalının bu itirazı değerlendirilip ispat yükünün davacıda olduğu kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile ispat yükünde yanılğıya düşülerek hüküm tesisi isabetsizdir.*" denilmek suretiyle aynı anda ifa yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda ödeme yapan borçlunun, malın teslim edilmediği yönündeki iddiasını ispatla yükümlü olduğu açıkça ifade edilmiştir. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Kazancı İçtihat Bankası, 15.05.2019).

⁴⁴⁷ Nomer, s. 327.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İFANIN HUKUKİ SONUÇLARI, İFANIN YAPILMAMASI VE İFANIN YAPILMAMASININ SONUÇLARI

Çalışmamızın son bölümü olan bu bölümde; ifanın gerçekleştirilmesi ile doğan hukuki sonuçlar, ifanın yapılmaması halleri ve ifanın yapılmamasının sonuçları genel hükümler ve mesafeli sözleşmelere özgü mevzuat hükümleri çerçevesinde incelenecektir.

I. İFANIN HUKUKİ SONUÇLARI

İfanın bütün sözleşmeler açısından geçerli olan sonucu kural olarak borcun sona ermesidir⁴⁴⁸. Ancak ifanın mesafeli sözleşmelere özgü birtakım başka hukuki sonuçları daha bulunmaktadır. Bunlar; cayma süresinin başlaması, konusu bazı borçları ihtiva eden sözleşmelerde cayma hakkının ortadan kalkması ve yine konusu bazı borçları ihtiva eden sözleşmelerde satıcı veya sağlayıcının borcunun ayıpsız olduğunu ispatla yükümlü olmasıdır.

A. Borcun Sona Ermesi

Bir borç ilişkisinde birden fazla borç doğması mümkün olup ifa yalnızca konusu olan borcu sona erdirmektedir⁴⁴⁹. Bu nedenle ifa ile dar anlamda borç sona ermektedir; borç ilişkisinde birden fazla borç var ise ancak tüm borçların ifası halinde borç ilişkisi son bulacaktır⁴⁵⁰. Bu duruma örnek olarak taksitle satış sözleşmesinde ödenen bir taksitin yalnızca o taksit borcunu sona erdirdiği, borç

⁴⁴⁸ Tekinay ve diğerleri, s. 758; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 251; Kılıçoğlu, s. 560; Reisoğlu, s. 292.

⁴⁴⁹ Kılıçoğlu, s. 560.

⁴⁵⁰ Kılıçoğlu, s. 560; Reisoğlu, s. 292.

ilişkinin sona erebilmesi için tüm taksitlerin fer'ileri ile birlikte ödenmesi gerektiği verilebilir⁴⁵¹.

Mesafeli sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup tarafların borçlarını edime uygun şekilde ifa etmesi durumunda borç sona ermektedir. Bu noktada önem arz eden husus ifanın, borcu sona erdirebilmesi için borcun konu, yer ve zaman yönünden edime uygun olmasıdır. Bu açıdan satıcının, sözleşme konusu malı TKHK m. 48/3'te belirtilen süre içinde tüketici veya tüketicinin lehine sözleşme akdettiği üçüncü kişiye teslim etmesi veya sağlayıcının sözleşme konusu hizmeti taahhüt ettiği süre içinde tüketici veya tüketicinin lehine sözleşme akdettiği üçüncü kişiye ifa etmesi ve tüketicinin de para borcunu süresi içinde ödemesi halinde ifa gerçekleşecek ve ifa ile tarafların borcu sona erecektir.

B. Cayma Süresinin Başlaması

İfanın bir başka hukuki sonucu tüketici açısından cayma süresinin başlaması olup bu durumu açıklamadan önce cayma hakkından kısaca bahsetmekte yarar vardır. Cayma hakkı, satıcı veya sağlayıcı ile hiç uğraşmaksızın tüketiciye akdedilmiş bir sözleşmeden dönme imkanı veren bir haktır⁴⁵². TKHK kapsamında cayma hakkı, tüketicinin sözleşmeyi tekrar düşünmesine olanak verilmekte ve geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme ile bağlı olup olmayacağına karar vermesi sağlamaktadır⁴⁵³. Nitekim cayma hakkı kanundan doğan bozucu yenilik doğuran bir haktır⁴⁵⁴. Öğretideki bir görüşe göre cayma süresinin sonuna kadar sözleşme hükümleri askıdadır ve dolayısıyla cayma süresi sonuna kadar sözleşme hükümlerini doğurmamaktadır⁴⁵⁵. Ancak bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise sözleşme askıda geçerlidir, yani baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaktadır; ancak cayma hakkının kullanılması durumunda sözleşme geçersiz hale gelmektedir⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ Kılıçoğlu, s. 560.

⁴⁵² Savaş Bozbel ve Murat Atalı, "Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması Ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar", <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-savasbozbel-muratatali-1.htm&kw=sava%C5%9F+bozbel#fm>, Kazancı Hukuk Eserleri Bankası, (15.05.2019).

⁴⁵³ Selin Sert Sütçü, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 4.

⁴⁵⁴ Gümüş, s. 186

⁴⁵⁵ Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2013, s. 250'den aktaran Sert Sütçü, s. 4.

⁴⁵⁶ Bozbel ve Atalı.

Cayma hakkı; özetle yalnızca sözleşmenin tek bir tarafına (tüketici sözleşmelerinde tüketiciye) tanınması ve sözleşmeye aykırılık hali aranmaksızın kullanılabilen bir hak olması nedeniyle sözleşmeden dönme ve fesih müesseselerinden ayrılmakta; sözleşmenin baştan itibaren geçerli olarak kurulmuş olması nedeniyle de iptal müessesesinden ayrılmaktadır⁴⁵⁷. Öğretideki bir görüşe göre cayma hakkı, bir tür geri alma hakkı olmakla birlikte⁴⁵⁸; bir diğer görüşe göre geri alma hakkının kullanılması bakımından herhangi bir ihbar ya da bildirimde bulunulması gerekmediğinden geri alma hakkı ile cayma hakkı birbirinden farklıdır⁴⁵⁹.

Cayma hakkı her tüketici sözleşmesi açısından öngörölmüş bir hak değildir; ancak mesafeli sözleşmeler açısından tanınmıştır. Nitekim TKHK m. 48/4'te yer alan *"Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir."* hükmü uyarınca tüketici, hiçbir gerekçe dahi göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin on dört gün içinde mesafeli sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Maddenin gerekçesi incelendiğinde; bu on dört günlük sürenin ne zaman başlayacağını yönetmelik ile düzenleneceğinin ifade edildiği görölmektedir.

MSY m. 9/2'de yer alan *"Cayma hakkı süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar. Ancak tüketici, sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içinde de cayma hakkını kullanabilir."* hükmü gereğince cayma hakkı, sözleşmenin konusunun mal teslimi olduğu hallerde malın teslim alındığı gün; hizmet ifası olduğu hallerde ise sözleşmenin kurulduğu gün⁴⁶⁰ başlamaktadır.

⁴⁵⁷ Aslan, s. 546; Sert Sütçü, s. 9

⁴⁵⁸ Çağlar Özel, **Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketicuyu Koruyan Geri Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, (Geri Alma), s. 168-169.

⁴⁵⁹ Sert Sütçü, s. 11.

⁴⁶⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 25.01.2018 tarih ve 2015/25017 Esas, 2018/556 Karar sayılı ilamında; *"Davacı eldeki davası ile, internet üzerinden yaptığı tatil paketi satın alınmasına ilişkin sözleşmenin feshi ile ödediği bedelin iadesi isteminde bulunmuştur. Davalı, süresinde cayma hakkının kullanılmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece cayma hakkının hizmetten yararlanma ile başlayacağı kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmiştir. Sözleşmenin mesafeli satış sözleşmesi olduğu hususunda esasen taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık cayma hakkının ne zaman kullanılabilceği noktasında toplanmaktadır. 6502 sayılı Tüketici Yasasının 48. maddesinde mesafeli satış sözleşmeleri düzenlenmiştir. İlgili maddenin 4*

Sözleşmenin konusunun hem mal teslimi hem de hizmet ifası olduğu durumda mal teslimine ilişkin cayma hakkı hükümleri uygulanacaktır⁴⁶¹. Ancak kanun koyucu, tüketicinin, malın teslimini beklemeksizin de cayma hakkını kullanabilmesine cevaz vermiştir.

Bu durumda netice olarak mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde on dört günlük cayma süresi kural olarak malın teslim alındığı gün başladığından; bu sözleşmeler açısından satıcının ifası, tüketicinin cayma süresinin başlaması sonucunu doğurmaktadır.

C. Cayma Hakkının Ortadan Kalkması

İfanın bir diğer hukuki sonucu da bazı durumlarda mesafeli sözleşmede cayma hakkını ortadan kaldırmasıdır. Cayma hakkının istisnaları MSY m. 15⁴⁶²'da

fıkrasında "Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlikârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer. Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutaat kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir." hükmü düzenlenmiştir. Yine 29188 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 9. maddesinin 2. fıkrasında; "Cayma hakkı süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün, mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar..." hükmü düzenlenmiştir. Somut olayda, internet üzerinden davacı tarafından satın alma için onaylanan sözleşmede cayma hakkının sözleşme tarihinden itibaren 14 gün içerisinde yapılabileceği belirtilmiş olup gerek 6502 sayılı Yasanın 48/4 maddesi gerekse ilgili yönetmeliğin 9/2 maddesi gereğince, ilgili bildirim yapıldığından, davacının cayma hakkının sözleşme tarihinden itibaren kullanabileceği anlaşılmaktadır. Davacı ise bu hakkını yasal sürede kullanmamış olup bu nedenle davanın reddi gerekirken, hizmetten henüz yararlanılmadığından bahisle davanın kabulü usul ve yasaya aykırı olup, bozma sebebidir." denilmiştir. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Yargıtay Karar Arama, 26.05.2019)

⁴⁶¹ Topaloğlu, s. 789.

⁴⁶² MSY m. 19: "(1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tüketici aşağıdaki sözleşmelerde cayma hakkını kullanamaz:

- a) Fiyatı finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değişen ve satıcı veya sağlayıcının kontrolünde olmayan mal veya hizmetlere ilişkin sözleşmeler.
- b) Tüketicinin istekleri veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmeler.
- c) Çabuk bozulabilen veya son kullanma tarihi geçebilecek malların teslimine ilişkin sözleşmeler.
- ç) Tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan mallardan; iadesi sağlık ve hijyen açısından uygun olmayanların teslimine ilişkin sözleşmeler.
- d) Tesliminden sonra başka ürünlerle karışan ve doğası gereği ayrıştırılması mümkün olmayan mallara ilişkin sözleşmeler.
- e) Malın tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler.

düzenlenmiş olup bu istisnalardan ikisinin satıcı veya sağlayıcının ifası ile doğrudan ilgisi bulunmaktadır.

MSY m. 15/1-ğ gereğince taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça "elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayrimaddi mallara ilişkin sözleşmelerde" tüketici cayma hakkını kullanamamaktadır. Buna göre elektronik ortamda satılan ve aynı anda tüketicinin bilgisayarına, tabletine, cep telefonuna vb. platforma yüklenen müzik, film, oyun, program gibi digital içeriklerin satışında; söz konusu dijital içeriğin kopyalanmasının ardından cayma hakkının kullanılabilmesi düşüncesiyle, tüketicinin cayma hakkını kullanması engellenmiştir⁴⁶³. Bu noktada önem arz eden husus "elektronik ortamda anında ifa veya tüketiciye anında teslim" ile yani satıcı veya sağlayıcının ifası ile tüketicinin ifa hakkının ortadan kalktığıdır.

İfa ile cayma hakkının ortadan kalktığı bir başka durum da MSY m. 15/1-h gereğince "cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler"dir. Buna göre yine taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile sözleşme konusu hizmetin ifasına başlanırsa, bu takdirde tüketicinin cayma hakkını kullanması mümkün değildir. Konusu hizmet ifası olan mesafeli sözleşmelerde cayma hakkının, sözleşmenin kurulduğu gün başladığı dikkate alındığında; sözleşmenin kurulmasından itibaren on dört günlük süre içinde tüketicinin onayı ile sağlayıcı hizmeti ifa etmeye başlarsa, tüketici cayma hakkını kullanmaktan mahrum kalacaktır. Tüketicinin bu onayı herhangi bir şekle tabi değildir⁴⁶⁴. Kanaatimizce taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, tüketici tarafından cayma hakkı süresinin içindeyken hizmetin ifası için verilen bu onayın önce geri alınıp ardından cayma hakkının kullanılması hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir. Bu nedenle tüketici tarafından verilen bu onayın geri alınması mümkün değildir.

f) Abonelik sözleşmesi kapsamında sağlananlar dışında, gazete ve dergi gibi süreli yayınların teslimine ilişkin sözleşmeler.

g) Belirli bir tarihte veya dönemde yapılması gereken, konaklama, eşya taşıma, araba kiralama, yiyecek-içecek tedariki ve eğlence veya dinlenme amacıyla yapılan boş zamanın değerlendirilmesine ilişkin sözleşmeler.

ğ) Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayrimaddi mallara ilişkin sözleşmeler.

h) Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler."

⁴⁶³ Ulusal, s. 351.

⁴⁶⁴ Bozbel ve Atalı.

Ç. Satıcı ve Sağlayıcının Ayıpsızlığa İlişkin İspat Yükü

Mesafeli sözleşmede satıcı veya sağlayıcının ifasının son hukuki sonucu ispat yükü ile ilgilidir. MSY m. 20/3'te yer alan "*Satıcı veya sağlayıcı elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen gayrimaddi malların veya ifa edilen hizmetlerin ayıpsız olduğunu ispatla yükümlüdür.*" hükmü ile elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen dijital içeriklerin ve ifa edilen hizmetlerin ayıpsız olduğuna ilişkin ispat yükü satıcı ve sağlayıcıya yüklenmiştir. Örneğin, tüketicinin uygulama mağazasından akıllı telefonuna indirdiğin uygulamadan telefonuna virüs bulaşması halinde, virüsün uygulamadan bulaşmadığı ispatla yükümlü olan uygulama mağazasıdır⁴⁶⁵. Kanun koyucunun satıcı veya sağlayıcıya bu şekilde ispat yükünü yüklemesinin nedeni, elektronik ortamda teslim edilen mal ve ifa edilen hizmetlerin ayıpsızlığını tüketicinin ispatlamasının çok daha zor olmasından kaynaklanmaktadır ve kanaatimizce tüketici lehine olan bu düzenleme olması gerekene uygundur.

II. İFANIN YAPILMAMASI

Borç ilişkisi her zaman ifa ya da ifa ikameleri ile sona ermemekte; bazen de öngörülemeyen ve istenmeyen nedenlerle borç ilişkisinin amacının gerçekleşmesini engelleyen birtakım aksaklıklar çıkabilmektedir⁴⁶⁶. Bu durumda ifanın yapılmaması, bir başka ifadeyle borca aykırılık gündeme gelmektedir. İfanın yapılmaması; ifanın hiç yapılmaması ve ifanın gereği gibi yapılmaması (sözleşmeye aykırı ifa) olarak ikiye ayrılmaktadır.

A. Hiç İfade Bulunulmaması

Borcun hiç ifa edilmemesi; aliud (yanlış ifa) ve imkansızlık hallerinde söz konusu olmaktadır. Daha önce aliud kavramı⁴⁶⁷ son derece ayrıntılı ele alındığından

⁴⁶⁵ Karakocalı ve Kurşun, s. 166.

⁴⁶⁶ İpek, s. 230.

⁴⁶⁷ Bkz: s. 20-24.

bu başlık altında aliud hakkında bir kez daha açıklama yapılmayacaktır; bununla birlikte imkansızlık halleri değerlendirilecektir.

İmkansızlık müessesesi zamana bağlı ayrıma⁴⁶⁸ göre önceki imkansızlık ve sonraki imkansızlık olarak ikiye ayrılmakta olup önceki imkansızlıkta, sözleşmenin kurulmasından önce sözleşme konusu imkansızlaşmıştır ve buna "başlangıçtaki imkansızlık" ya da "sözleşmenin konusunda imkansızlık"⁴⁶⁹ da denilmektedir⁴⁷⁰. TBK m. 27/I gereğince bu durum sözleşmenin geçersizliğine neden olduğundan ve dolayısıyla borç doğmadığından; önceki imkansızlık borcun ifasında imkansızlığa yol açmamaktadır⁴⁷¹. Ancak sözleşmenin kurulmasının ardından imkansızlık ortaya çıkmışsa, yani sonraki imkansızlık söz konusu ise, bu takdirde "ifa imkansızlığı" gündeme gelecektir⁴⁷². Öğretideki bir görüşe göre ifa imkansızlığı, mevcut bir borcun ifasının cebri icra yoluyla dahi elde edilemeyecek duruma girmesidir⁴⁷³. Ancak bir diğer görüşe göre ise, ifanın alacaklı tarafından cebri icra yoluyla sağlanamayacağı bazı hallerde, örneğin borçlunun ifa gününden önce borcunu ifa etmeyeceğini açıklaması durumunda, imkansızlık söz konusu olmamaktadır⁴⁷⁴. Örnekte ifade edilen durum kanaatimizce TBK m. 124/1 gereğince borç muaccel olduğunda borçluyu temerrüde düşürmek için ihtar çekme ve ek süre verme zorunluluğunu ortadan kaldıran bir durum olduğundan imkansızlık olarak kabul edilmemelidir.

Öğretideki bir görüşe göre sonraki imkansızlığın borcu sona erdirebilmesi için objektif nitelikte olması gerekmektedir⁴⁷⁵. Bununla birlikte öğretideki diğer bir

⁴⁶⁸ İmkansızlık müessesesi ile ilgili bir diğer ayrım da ifanın yalnızca borçlu tarafından mı, yoksa herkes açısından mı imkansız olduğuna ilişkin objektif-sübjektif imkansızlık ayrımıdır. Buna göre edimin ifası hiç kimse tarafından yerine getirilemiyorsa objektif imkansızlık; ancak yalnızca borçlu tarafından yerine getirilemeyip üçüncü kişilerce yerine getirilebiliyorsa bu takdirde sübjektif imkansızlıktan söz edilmektedir. Bu ayrım önceki imkansızlıkta önem arz etmektedir; zira önceki imkansızlıkta şayet imkansızlık sübjektif ise bu takdirde sözleşme geçerlidir ve borçlu TBK m. 112 uyarınca tazminat ödemekle yükümlüdür. Ancak önceki imkansızlık aynı zamanda objektif imkansızlık teşkil ediyorsa bu takdirde sözleşme TBK m. 27/I gereğince mutlak butlanla batıldır. Bkz: Tekinay ve diğerleri, s. 907-908; Reisoğlu, s. 348-349; İpek, s. 234.

⁴⁶⁹ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 168.

⁴⁷⁰ İpek, s. 232.

⁴⁷¹ Nomer, s. 341-342.

⁴⁷² İpek, s. 232-233.

⁴⁷³ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 444.

⁴⁷⁴ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 250.

⁴⁷⁵ İnal, s. 373; İpek, s. 237.

görüŖe göre ise ifa imkansızlığından söz konusu olabilmesi için, imkansızlığın sübjektif dahi olması yeterlidir⁴⁷⁶.

Yine öğretideki bir görüŖe göre borçlunun kusuru sonucu imkansızlık ile borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlık arasında "borcun sona ermesi" açısından herhangi bir fark bulunmamakta olup her iki halde de borç sona ermektedir; ancak kusurlu imkansızlıkta borçlu alacaklının uğradığı zararı tazminle yükümlü iken, kusursuz imkansızlıkta borçlunun tazmin yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴⁷⁷. Bununla birlikte öğretideki baskın görüŖe göre sonraki imkansızlık kusurlu sonraki imkansızlık ve kusursuz sonraki imkansızlık olarak ikiye ayrılmakta olup bu hallere bağlanan sonuçlar birbirinden farklıdır⁴⁷⁸.

1. Kusurlu Sonraki İmkansızlık

Kusur, borçlunun hukuk kurallarına uygun olmayan, gerekli özenden yoksun veya yanlış davranışları olarak tanımlanmakta olup kast, ağır ihmal ya da hafif ihmal şeklinde gerçekleşmesi mümkündür⁴⁷⁹. TBK m. 114 gereğince borçlu, kural olarak her türlü kusurundan sorumludur. Bu nedenle kast, ağır ihmal ya da hafif ihmal ayrımı gözetilmeksizin borçlu kusurlu her tür davranışından sorumludur. Bu durum imkansızlık halinde de değişmemektedir.

Öyle ki sözleşmenin kurulmasından sonra; ancak edimin ifasından önce borçlunun kusuru ile edimin imkansızlaşması halinde "borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı" söz konusudur⁴⁸⁰.

Böyle bir durumda imkansızlığın objektif ya da sübjektif olmasının bir önemi bulunmamaktadır; tek önemli olan imkansızlığın borçlunun kusurundan ileri gelmiŖ olmasıdır⁴⁸¹. Kanun koyucu TBK m. 112'de düzenlenen "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*" hükmü ile borçlu

⁴⁷⁶ Halil Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996, s. 36.

⁴⁷⁷ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 450.

⁴⁷⁸ Tekinay ve diğerleri, s. 853-854; KocayusufpaŖaođlu ve diğerleri, İfa, s. 184.

⁴⁷⁹ Antalya, Cilt III, s. 288, 290-291.

⁴⁸⁰ İpek, s. 236

⁴⁸¹ Tekinay ve diğerleri, s. 907; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 448.

aleyhine kusur karinesi kabul etmiştir⁴⁸². Dolayısıyla borçlu imkansızlığın kendi kusurundan ileri gelmediğini ispat edemedikçe tazminat sorumluluğundan kurtulamamaktadır.

Öğretideki baskın görüşe göre, sonraki kusurlu imkansızlık bir borca aykırılık olup bu tür imkansızlıkta borç sona ermemektedir; yalnızca borcun konusu "aynen ifa"dan "tazminat" borcuna dönüşmektedir⁴⁸³. Buna karşılık öğretideki diğer bir görüşe göre ise, borçlunun kusurunun olup olmadığı önem arz etmeksizin; imkansızlık halinde borç sona ermektedir ve tazminat borcu kanundan kaynaklanan yeni bir borç niteliğindedir⁴⁸⁴.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere sözleşme konusunun parça borcu bir mal ya da hizmet niteliğinde olması gerekmektedir; zira nevi telef olmaz ilkesi gereğince cins borcu imkansızlaşmamaktadır.

Borçlunun her türlü kusuru sorumluluğunu doğurduğu gibi, TBK m. 116/I gereğince yardımcı kişinin karşı tarafa verdiği zararlardan da borçlu sorumludur⁴⁸⁵. Bilindiği üzere mesafeli sözleşmelerde borcun, satıcı veya sağlayıcı tarafından bizzat ifa edebilmesi mümkün olduğu gibi, özellikle konusu mal teslimi olan sözleşmelerde ifanın taşıyıcı vasıtasıyla gerçekleştirebilmesi de mümkündür. Böyle bir ilişkide taşıyıcı kargo işletmecisi, satıcı veya sağlayıcının ifa yardımcısı niteliğinde olduğundan; kargo işletmecisinin ya da kargo işletmecisi çalışanının özensizliği, dikkatsizliği ya da kastı nedeniyle imkansız hale gelen borç nedeniyle satıcının, tüketiciye karşı sorumluluğu doğacaktır.

2. Kusursuz Sonraki İmkansızlık

Sözleşmenin kurulmasından sonra; ancak ifadan önce sözleşme konusu edimin ifası borçlunun kusuru olmaksızın imkansız hale gelirse bu durumda TBK m. 136/I'da yer alan *"Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle*

⁴⁸² Nomer, s. 343; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 457; İpek, s. 237.

⁴⁸³ Tekinay ve diğerleri, s. 853-854; Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 200; Reisoğlu, s. 349; Kılıçoğlu, s. 694.

⁴⁸⁴ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 450.

⁴⁸⁵ Nomer, s. 343, 346.

imkânsızlaşırsa, borç sona erer." hükmü gereğince borç sona ermektedir⁴⁸⁶. Bu durumda kusursuz sonraki imkansızlık, borca aykırılık teşkil etmemektedir⁴⁸⁷.

İmkansızlığın kusursuz olması deyince akla ilk olarak mücbir sebep halleri gelmektedir. Örneğin, sözleşme konusu edimin ifa edileceği yerin sel nedeniyle tahrip olması.

Borçlunun kusursuz imkansızlıktan yararlanarak borcunun son bulması için, TBK m. 119/I gereğince borçlu temerrüdüne düşmeksizin imkansızlığın gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁴⁸⁸.

MSY m. 16/4'te *"Sipariş konusu mal ya da hizmet ediminin yerine getirilmesinin imkansızlaştığı hallerde satıcı veya sağlayıcının bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi ve varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde iade etmesi zorunludur. Malın stokta bulunmaması durumu, mal ediminin yerine getirilmesinin imkânsızlaşması olarak kabul edilmez."* hükmü yer almaktadır. Bu hüküm kusursuz imkansızlık hali için getirilmiştir⁴⁸⁹.

Söz konusu hükümde malın stokta bulunmaması hali imkansızlık kabul edilmediğinden; imkansızlıktan kastın sübjektif imkansızlık değil, "objektif imkansızlık" olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁰. Dolayısıyla mesafeli sözleşmede sözleşme konusu edimin ifası bir tek satıcı veya sağlayıcı açısından değil, herkes açısından imkansız olmalıdır. Bu duruma örnek olarak sözleşme konusu malın ithalatının yasaklanması ya da fabrikadaki üretiminin durması verilebilir⁴⁹¹.

B. İfanın Gereği Gibi Yapılmaması

Borçlu borcunu yerine getirmiş olmakla birlikte gereği gibi ifa etmemiş olabilir. Gereği gibi ifa etmeme dar anlamda ve geniş anlamda kullanılabilen bir kavram olup geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme durumunda, ihlal edilen ifa

⁴⁸⁶ İpek, s. 237.

⁴⁸⁷ Kılıçoğlu, s. 694.

⁴⁸⁸ İnal, s. 373-374.

⁴⁸⁹ Çabri, s. 772; Yıldırım, Mesafeli Sözleşme, s. 290.

⁴⁹⁰ Topaloğlu, s. 784.

⁴⁹¹ Topaloğlu, s. 785.

yükümlülüğü taraflara, ifa konusuna, ifa yerine ve ifa zamanına ilişkin olabilmektedir⁴⁹². Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme ise, sözleşme konusu edimin kanun ya da sözleşmeyle öngörülen vasıfları taşıması, yani ayıplı ifa anlamına gelmektedir⁴⁹³. Her iki durum da edime uygun ifa ilkesine aykırılık teşkil eder ve bir tür borca aykırılıktır. İfanın gereği gibi yapılmaması temelde kötü ifa, yan yükümlülüklerin ihlali ve ifanın zamanında yapılmaması olarak üçe ayrılmaktadır.

1. Kötü İfa

Kötü ifada edim yükümlülüğü "ayıplı ifa" şeklinde ihlal edilmekte olup ayıplı ifa, kanunda veya sözleşmede öngörülen nitelikleri ihtiva etmeyen ifadır⁴⁹⁴. Borçlanılan edimin hizmet olması durumunda vasıf eksikliği ve dolayısıyla ayıplı ifadan söz edilebilmesi için, borçlunun göstermesi gereken özenin gösterilmemesi gerekmektedir; ancak borçlanılan edim maddi bir edim ise bu takdirde ayıplı ifa için edim konusu malın kanun ya da sözleşme ile öngörülen vasıfları taşıması gerekmektedir⁴⁹⁵. Klimanın yeteri kadar soğutmaması, tamir edilen motorun aracı halen sarması gibi durumlar ayıplı mal ve ayıplı hizmete örnektir⁴⁹⁶.

Kötü ifada edim gereği gibi ifa edilmemesine rağmen alacaklı tarafından kabul edilmektedir; bu nedenle kötü ifanın, ancak ifanın imkansız olmadığı ya da temerrüdün söz konusu olmadığı durumlarda gündeme gelmesi mümkündür⁴⁹⁷.

TKHK'da ayıplı mal ve ayıplı hizmet kavramları son derece ayrıntılı olarak yer bulmuş olmakla birlikte; ayıplı ifa ve bunun hukuki sonuçları ayrı bir tez konusu olabilecek kadar geniş nitelikte olduğundan çalışmamızda ayıplı ifa kavramı temel hatlarıyla ele alınacak olup hukuki sonuçlarına ise hiç değinilmeyecektir.

Mesafeli sözleşmelerde ayıplı mal teslimi ya da ayıplı hizmet ifası özel olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte; ayıplı mal kavramı TKHK m. 8'de, ayıplı hizmet kavramı ise TKHK m. 13'te ayrıntılı bir şekilde yer bulmuştur.

⁴⁹² Fahrettin Aral, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, (Kötü İfa), s. 74.

⁴⁹³ Aral, *Kötü İfa*, s. 75.

⁴⁹⁴ Aral, *Kötü İfa*, s. 111-112.

⁴⁹⁵ Aral, *Kötü İfa*, s. 112.

⁴⁹⁶ Antalya, Cilt III, s. 389.

⁴⁹⁷ Nomer, s. 363; Antalya, Cilt III, s. 389.

Buna göre ayıplı mal; tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmayan ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımayan maldır. Yine TKHK m. 8/2 uyarınca ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan, satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan, muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mal da ayıplı mal kapsamına girmektedir. Örneğin, internetten mesafeli sözleşme neticesinde indirilen programın virüslü olması⁴⁹⁸.

Son olarak TKHK m. 8/3'te getirilen düzenleme ile sözleşme konusu malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi, montajının satıcı tarafından veya satıcının sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi ya da montajın tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hallerde montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle hatalı montaj yapılması durumunda da ayıplı ifa kabul edilmektedir.

Ayıplı hizmet ise m. 13/1'de sözleşmede belirlenen süre içinde başlamayan veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımayan hizmet olarak tanımlanmıştır. Yine TKHK m. 13/2'de yer alan hüküm gereğince; hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler de ayıplı hizmettir.

2. Yan Yükümlülüklerin İhlali

Borç ilişkisi dar anlamda borç ilişkisi ve geniş anlamda borç ilişkisi olarak ikiye ayrılmakta olup dar anlamda borç ilişkisi, daha önce de ifade ettiğimiz üzere alacaklının borçludan talep etmeye yetkili olduğu ve borçlunun da yerine getirmekle

⁴⁹⁸ Serdar, s. 182.

yükümlü olduğu tek bir edimi yani "borcu" içermektedir⁴⁹⁹. Geniş anlamda borç ilişkisi ise taraflar arasında bir veya birden fazla esas edimin yanı sıra yan edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükleri de kapsayan bir ilişkidir⁵⁰⁰.

Yan edim yükümlülüğü ile yan yükümlülük birbirinden farklı kavramlar olup yan edim yükümlülüğü, bağımsız olarak bir amaca hizmet etmektedir ve bu nedenle ihlal edilmesi halinde ayrıca dava konusu edilebilmektedir⁵⁰¹. Satış sözleşmesinde malın teslimi yanı sıra montajın da üstlenilmesi durumunda montajın gerçekleştirilmesi tipik bir yan edim yükümlülüğüdür⁵⁰².

Yan yükümlülük ise kanundan, dürüstlük kuralından ya da tarafların iradelerinden kaynaklanan, edim yükümlülüklerinin gereği gibi ifasına yardımcı olan ve esas edime bağımlı nitelikte bir yükümlülüktür⁵⁰³. Bu yükümlülüğün ihlali halinde ifası için ayrıca bir dava açılması mümkün olmamakla birlikte; "tazminat talepli" dava açılması mümkündür⁵⁰⁴.

Yan yükümlülük kendi içinde ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülüğü olarak ikiye ayrılmakta olup ifaya yardımcı yan yükümlülük, edime uygun ifa ilkesinin gereği olarak ifanın yerine getirilmesine yardımcı olmaktadır⁵⁰⁵. Bir başka ifadeyle ifaya hazırlık fiilleri ve ifa fiilinin, alacaklının sözleşmeden umduğu menfaate uygun şekilde yerine getirilmesine yardımcı olmaktadır⁵⁰⁶. Hazırlama ve sağlama, muhafaza, açıklama yapma ve tarafların işbirliği yapma yükümlülükleri yan yükümlülük kapsamına girmektedir⁵⁰⁷.

Mesafeli sözleşmeler açısından değerlendirildiğinde; MSY m. 16/4'te malın stokta bulunmamasının imkansızlık olarak değerlendirilemeyeceği düzenlenmiş olup satıcının, tüketicilere sunduğu tüm malları bulundurmakla ve tedarik etmekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Bu açıdan malın hazırda/stokta bulundurulması ve temin edilmesi mesafeli sözleşmede satıcının bir yan yükümlülüğüdür.

Malın ifaya elverişli olacak şekilde muhafaza edilmesi de tüm satış sözleşmeleri açısından satıcının yan yükümlülükleri arasına girdiğinden;

⁴⁹⁹ Aral, *Kötü İfa*, s. 29; Antalya, Cilt I, s. 9; Yıldırım, *Borçlar Hukuku*, s. 11.

⁵⁰⁰ Aral, *Kötü İfa*, s. 30-31; Antalya, Cilt I, s. 10; Yıldırım, *Borçlar Hukuku*, s. 11.

⁵⁰¹ Eren, *Borçlar Hukuku* 2009, s. 33; Antalya, Cilt I, s. 14.

⁵⁰² Antalya, Cilt I, s. 14.

⁵⁰³ Eren, *Borçlar Hukuku* 2009, s. 37; Antalya, Cilt I, s. 15.

⁵⁰⁴ Eren, *Borçlar Hukuku* 2009, s. 37; Antalya, Cilt I, s. 15.

⁵⁰⁵ Antalya, Cilt I, s. 15.

⁵⁰⁶ Eren, *Borçlar Hukuku* 2009, s. 37; İnal, s. 315.

⁵⁰⁷ İnal, s. 317.

kanaatimizce mesafeli sözleşmeler özelinde bir değerlendirme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

Açıklama ya da bir diğer adıyla aydınlatma yükümlülüğü açısından ise kuşkusuz ki mesafeli sözleşme ile ilgili ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu durum hem yan yükümlülükler arasında en çok ihlal edilen yükümlülüğün aydınlatma yükümlülüğü olmasından⁵⁰⁸, hem de aydınlatma yükümlülüğünün mesafeli sözleşmede özellikle düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak bunun öncesinde açıklama yapma yükümlülüğünü genel çerçevede kısaca değerlendirmek gerekirse; bir sözleşmenin ön görüşmeleri sırasında dahi taraflar, birbirlerinin nihai kararlarını etkileyecek nitelikteki bilgileri vermekle yükümlüdür⁵⁰⁹. Bir başka ifadeyle sözleşmenin konusu olan mal ya da hizmetin niteliği karşı tarafa açıklama yapılmasını dürüstlük kuralı gereği zorunlu kılarsa bu takdirde de aydınlatma yükümlülüğünden söz edilecektir⁵¹⁰. Yine dürüstlük kuralı gereğince susma halinin, karşı tarafta yanlış kanaat uyandırabilecek bir konuda açıklama yapma gibi kabul edilmesi halinde de⁵¹¹ karşı tarafta yanlış kanaat uyandırılmaması için sözleşme hakkında doğru beyanlarda bulunulması gerekmektedir. Bununla birlikte tarafların, kendilerine soru sorulmadığı halde her konuda açıklama yapma gibi bir zorunluluğu da bulunmamaktadır⁵¹². Dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı; sözleşmenin konusu, niteliği, tarafların içinde bulunduğu durum ve koşullara bağlı olarak belirlenecektir⁵¹³. Mesafeli sözleşmeler açısından ise kanun koyucu, sözleşmenin akdedilme usulü nedeniyle tüketicilerin mağduriyet yaşamamaları için satıcı ve sağlayıcılara mevzuat ile aydınlatma borcunu yüklemiştir. Nitekim Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin İkinci Bölümünde "ön bilgilendirme yükümlülüğü" adı altında satıcı ve sağlayıcıların aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı ve usulü ayrıntılı olarak açıklanmış olup bu konuda daha önce değerlendirme yapıldığından tekrara düşmemek adına bu başlık altında bir kez daha inceleme yapılmayacaktır.

⁵⁰⁸ Antalya, Cilt III, s. 399.

⁵⁰⁹ İnal, s. 345.

⁵¹⁰ Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İkinci Bası, İstanbul, 2006, s. 47; Aral, *Kötü İfa*, s. 44.

⁵¹¹ Akyol, s. 35.

⁵¹² İnal, s. 346.

⁵¹³ İnal, s. 346; Antalya, Cilt III, s. 399.

Ancak bu noktada bir yan yükümlülük olan ön bilgilendirme yükümlülüğünün her türlü ihlalinin borca aykırılık kapsamına girip girmediği sorusu akla gelmektedir. Örneğin, tüketiciye yapılan ön bilgilendirmede bu yükümlülüğün kapsamında kalan bir ya da birkaç hususa yer verilmemesi ile tüketiciye siparişi onaylamadan hemen önce "verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği" hususunda bilgi verilmemesi aynı kapsamda mı değerlendirilmelidir? Tüketiciye siparişi onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiğine ilişkin yapılması gereken ön bilgilendirmenin yapılmaması hali için mevzuatta ayrı bir hukuki sonuç düzenlenmiş olup böyle bir ihlalin sonucu MSY m. 8/1 gereğince "tüketicinin siparişi ile bağlı olmaması"dır. Dolayısıyla böyle bir durumda sözleşmenin kurulmamış olduğunu söylemek daha doğru olacaktır. Oysaki tüketiciye eksik ön bilgilendirme yapılması durumunda sözleşme kurulmuştur; ancak borca aykırı bir durum söz konusudur.

Mesafeli sözleşmede satıcı veya sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü açısından özellik arz eden bir başka husus da tüketiciye cayma hakkının varlığı ve ne şekilde kullanılabileceği hususunda gerekli bilgilendirmenin yapılmaması durumunda "tüketicinin on dört günlük cayma süresi ile bağlı olmaması"dır.

Koruma yükümlülüğü ise bütün borç ilişkilerinde hatta sözleşmenin kurulma öncesindeki aşamasında dahi var olan ve kaynağını dürüstlük kuralından alan bir yükümlülüktür⁵¹⁴. Bu yükümlülük edimin ifası ile doğrudan ilgili olmamakla birlikte; özellikle edimin ifası nedeniyle alacaklının malvarlığı ve kişilik haklarında oluşabilecek zararları önleme amacı gütmektedir⁵¹⁵.

3. İfanın Zamanında Yapılmaması (Temerrüt)

Uygulamada en sık karşılaşılan borca aykırılık türlerinden biri ifanın zamanında yapılmaması olup bu borca aykırılık borçlunun temerrüdü ve alacaklının temerrüdü olarak kendi içinde ikiye ayrılmaktadır.

⁵¹⁴ Antalya, Cilt I, s. 16; İnal, s. 389.

⁵¹⁵ Eren, Borçlar Hukuku 2009, s. 37-38; Aral, Kötü İfa, s. 49.

a. Borçlunun Temerrüdü

Borçlunun temerrüdü, borçlunun ifası mümkün ve muaccel bir edimi, alacaklının ihtarına rağmen ya da yasal olarak ihtar yapılmasına gerek olmadığı durumlarda zamanında ifa etmemesidir⁵¹⁶.

Borçlunun temerrüdü TBK m. 117 vd. maddelerde düzenlenmiş olup buna göre edimin ifası mümkünse, borç muaccelse, borçlu ifada bulunmamışsa, kural olarak borçluya ihtar yapılmışsa ve borçlunun ifa zamanındaki gecikmesi borca aykırılık teşkil ediyorsa borçlunun temerrüdü müessesesi gündeme gelecektir⁵¹⁷.

Edimin ifasının mümkün olmasından kasıt, borcun muaccel olmasından önce imkansız hale gelmemesidir⁵¹⁸.

Borcun muaccel olması, en kısa tanımıyla borcun ifa zamanının gelmiş olması demek olup taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, işin niteliği gerektirmedikçe ve kanunda aksi düzenlenmedikçe alacak doğduğu anda muaccel hale gelmektedir⁵¹⁹.

Borçlunun temerrüde düşebilmesi için yalnızca borcunu zamanında ifa etmemiş olması yeterli değildir. Nitekim TBK m. 117/II'de muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşeceği ifade edilmiştir. Bu açıdan borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için kural olarak ihtar yapılması şarttır. İhtar şartı, kural olarak tüm borç ilişkilerinde temerrüt için aranan bir şarttır⁵²⁰. Konusu para olan borçlar açısından borcun muaccel olması tek başına yeterli değildir ve borçlunun temerrüdü için ihtar gereklidir⁵²¹. İhtar, hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması olup kural olarak herhangi bir geçerlilik ya da ispat şekline tabi değildir⁵²².

Borçlunun temerrüde düşürülebilmesi için istisnaen alacaklının ihtarı gerekmemektedir. Bu haller; belirli vadeli borçlar⁵²³, ifa gününü belirleme yetkisinin

⁵¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 217; Nomer, s. 369; Antalya, Cilt III, s. 408; Yıldırım, Borçlar Hukuku, s. 289;

⁵¹⁷ Tekinay ve diğerleri, s. 912; Antalya, Cilt III, s. 411.

⁵¹⁸ Antalya, Cilt III, s. 429.

⁵¹⁹ Antalya, Cilt III, s. 411.

⁵²⁰ Kılıçoğlu, s. 711.

⁵²¹ Kılıçoğlu, s. 711.

⁵²² Kılıçoğlu, s. 710.

⁵²³ TBK m. 117/II'de "*Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş ... ise, bu günün geçmesiyle ... borçlu temerrüde düşmüş olur.*" hükmü yer almakta olup bu hükümden belirli vadeli borçlarda borçlunun temerrüde düşmesi için süresinde ifa etmeme durumunun yeterli olduğu, ayrıca borçluya ihtar yapılmasının gerek olmadığı açıkça ifade edilmektedir. Belirli vadeli borçta, borcun ifa edileceği

tarafından birine bırakıldığı haller⁵²⁴, ihtar şartının sözleşme ya da kanun hükmü ile kaldırıldığı ya da vadenin mahkeme kararıyla belirlendiği haller⁵²⁵, ihtar yapılmasının dürüstlük kuralına göre beklenemeyeceği haller⁵²⁶ ve ihtarın gereksiz ya da yararsız olduğu haller⁵²⁷ olup bu hallerde ihtara gerek olmaksızın edimin vadesinde ifa edilmemesi ile borçlu temerrüde düşmektedir⁵²⁸.

Borçlunun temerrüdünün son şartı olan "borçlunun ifa zamanındaki gecikmesinin borca aykırılık teşkil etmesi" ise, alacaklının temerrüde düşmemesi ve borçlunun ifadan kaçınma def'ileri olan ödemezlik ve zamanaşımı def'ini ileri sürmemesi halinde söz konusu olacaktır⁵²⁹.

Tarafların borç muaccel olduktan sonra ifa zamanını ertelemeye yönelik bir sözleşme yapmaları mümkün olup erteleme sözleşmesi neticesinde borçlu, belirlenen ilk vade geçmiş olsa dahi temerrüde düşmeyecektir⁵³⁰. Bu açıdan borçlunun temerrüde düşmesi için erteleme sözleşmesi yapılmamış olmalıdır⁵³¹.

gün taraflarca açık bir şekilde kararlaştırılmış olmalıdır. Örneğin, sözleşmede malların 21.07.2018'de teslim edileceği ya da 21.07.2018'e kadar teslim edileceği hususunda anlaşılmışsa belirli vade söz konusudur. Borçlunun, süresi içinde borcunu ifa etmeyerek temerrüde düşmesi için borcun belirli vadeli olması yeterli olup kesin vadeli olması gerekmektedir. Kesin vade, ileride tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün sonuçlarını incelerken değineceğimiz "alacaklının seçim hakkını kullanmadan önce borçluya süre vermesini gerektirmeyen haller" açısından önem taşımaktadır. Bkz: Kılıçoğlu, s. 712-713.

⁵²⁴ Yine TBK m. 117/II'de yer alan "*Borcun ifa edileceği gün, ... sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle ... borçlu temerrüde düşmüş olur.*" hükmü gereğince; taraflardan birine tek taraflı ihbar ile ifa gününü belirleme yetkisi tanınmışsa ve borç ifa gününde ifa edilmemişse artık borçluya ihtar yapılmasına gerek olmaksızın borçlu kendiliğinden temerrüde düşecektir.

⁵²⁵ Borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarında bulunmasına yönelik hüküm emredici nitelikte olmadığından bu şartın taraflarca kaldırılması mümkündür. Ya da TBK m. 234/II'de ifade edildiği gibi örneğin, satış sözleşmesinde faiz istenebileceği konusunda bir teamül varsa ayrıca bir ihtara gerek olmaksızın satış bedeline faiz işletilebilmesi mümkündür. Yine bir ilam ile nafakanın ödenmesi için bir tarih belirlenmiş ve bu tarihte ödeme yapılmamış ise, bu durumda da ihtara gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşecektir. Bkz: Antalya, Cilt III, s. 427.

⁵²⁶ Böyle bir durum TBK'da açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte; öğretide işin niteliği gereği borcun, borçlu tarafından değil de alacaklı tarafından belirlendiği hallerde ve borçlunun dürüstlük kuralına aykırı davranışıyla ihtarın yapılmasını engellendiği hallerde borçlunun temerrüde düşmesi için ayrıca ihtar şartının aranmayacağı ifade edilmektedir. Bkz: Antalya, Cilt III, s. 427.

⁵²⁷ Her ne kadar TBK'da bu şarta açıkça yer verilmemiş olsa; başta dürüstlük kuralı olmak üzere genel hükümlerden yola çıkılarak borçlunun borcunu ödemeyeceğini beyan ettiği ya da örneğin, yüklenicinin süresi içinde yapım işini tamamlamayıp inşaatı terk ettiği haller gibi ihtara rağmen borcun ifa edilmeyeceğinin açık olduğu hallerde, borçlunun temerrüde düşmesi için ayrıca bir ihtara gerek olmadığı öğretide savunulmaktadır. Bkz: Kılıçoğlu, s. 714; Antalya, Cilt III, s. 428.

⁵²⁸ Nomer, s. 370; Kılıçoğlu, s. 710; Antalya, Cilt III, s. 422-428.

⁵²⁹ Nomer, s. 376; Antalya, Cilt III, s. 429.

⁵³⁰ Bilgin Yüce, s. 256-257, 262; Antalya, Cilt III, s. 430.

⁵³¹ Antalya, Cilt III, s. 430.

Borçlunun temerrüde düşebilmesi için kusurlu olması gerekmemektedir; ancak borçlunun temerrüde düşmesinde kusurlu olduğu hallerde alacaklıların birtakım hakları mevcuttur⁵³².

Mesafeli sözleşmede satıcı ve sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren taahhüt ettiği süre içinde edimini yerine getirmek zorunda olup mal satışlarında bu süre her halükarda en fazla otuz gündür. Bu durumda mesafeli sözleşme ile mal tesliminin borçlanması durumunda, sözleşmede ifa zamanı açıkça belirlenmişse artık belirli vadeli borç söz konusu olacağından; satıcının belirli vadede malı teslim etmemesi durumunda tüketicinin, satıcıya ihtarda bulunmasına gerek olmaksızın satıcı temerrüde düşecektir. Ancak taraflarca belirli bir vade belirlenmemişse, kanunda ifa zamanı olarak belirli bir an değil de bir zaman aralığı (azami otuz gün) öngörüldüğünden, otuz günlük süre geçmesine rağmen malı teslim etmeyen borçluyu temerrüde düşürmek için satıcı, kural olarak ihtarda bulunmak zorundadır⁵³³.

Mesafeli sözleşmenin konusunun bir hizmetin sağlanması olduğu hallerde sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren taahhüt ettiği süre içinde edimini yerine getirmek zorundadır; ancak ifa zamanı açısından TKHK ile azami bir süre belirlenmemiştir. Bu durumda ifa zamanı ve borçlunun temerrüdü için tüketicinin ihtarda bulunmasının gerekli olup olmadığı noktasında taraflar arasındaki sözleşmeye bakmak gerekmektedir. Şayet taraflar arasında belirli bir vade belirlenmişse bu durumda sağlayıcının temerrüdü için tüketicinin ihtarda bulunması şart değildir; bununla birlikte sağlayıcının "en kısa zamanda" ya da örneğin, "Ağustos ayının başında" edimi ifa etmeyi taahhüt etmesi durumunda belirli vade söz konusu olmayacağından, tüketicinin ihtarda bulunması kaydıyla sağlayıcı temerrüde düşecektir.

Mesafeli sözleşmenin özüne, edimlerin ifa edilme usulüne ve mevzuatla getirilen sınırlamalara uygun olduğu müddetçe; borçlunun temerrüdünde alacaklının ihtarda bulunmasına gerek olmadığı diğer haller, kanaatimizce mesafeli sözleşme açısından da uygulama alanı bulabilecektir. Bu kapsamda örneğin, mesafeli sözleşmede taraflardan birine ihbarla ifa gününü belirleme yetkisinin verilmesi

⁵³² Antalya, Cilt III, s. 410.

⁵³³ Serdar, s. 257, 261.

mümkün müdür? Bu yetki genellikle alacaklıya verilmekte olup⁵³⁴ mesafeli sözleşmede ifanın arz ettiği özellik göz önüne alındığında; satıcı veya sağlayıcının, tüketiciye bu yönde bir yetki vermesinin çok olası olmadığı düşünülmektedir. Ancak bu durum tüketiciye böyle bir yetki verilemeyeceği anlamına da gelmemektedir. Öte yandan mesafeli sözleşmede ifa gününü ihbarla belirleme yetkisinin satıcı veya sağlayıcıya verilmesi de mümkün olup mal satışları açısından kanunla belirlenen otuz günlük süre emredici olduğundan; satıcının, otuz günü aşkın bir süreyi ifa süresi olarak belirlemesi geçerli olmayacaktır.

Mesafeli sözleşmede süresi içinde edimini ifa etmeyen tarafın temerrüde düşmesi için ihtara gerek olmadığına kararlaştırılması mümkündür. Yine mesafeli sözleşmede taraflardan biri edimini ifa etmişken diğer tarafın süresi geçtiği halde edimini ifa etmemesi ve karşı tarafa edimini ifa etmeyeceğini açıkça beyan etmesi durumunda da borçlunun temerrüdü kendiliğinden gerçekleşecek olup ayrıca ihtara gerek kalmayacaktır.

b. Alacaklının Temerrüdü

Borca uygun şekilde ifa edilmeyen edim, alacaklı tarafından kabul edilmek zorunda değildir. Bununla birlikte alacaklı, edimin borca uygun şekilde ifa edilmesine kendi davranışları ile engel olursa alacaklının temerrüdünden söz edilecektir⁵³⁵. Nitekim alacaklı, edime uygun ifa ilkesini taşıyan bir ifayı kabul etmeli veya borcun ifasının gerçekleşmesi için gerekirse borçlu ile birlikte ifanın hazırlık fiililerine ve ifaya katılmalıdır⁵³⁶. Bu durum TBK m. 106/I'de "*Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Alacaklının borçlunun ifasını kabul etmesi kural olarak borç niteliği taşımamakta olup külfet niteliğindedir⁵³⁷. Bununla birlikte taraflarca

⁵³⁴ Antalya, Cilt III, s. 425.

⁵³⁵ Tekinay ve diğerleri, s. 837; Reisoğlu, s. 336; Kılıçoğlu, s. 697.

⁵³⁶ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1036-1037; Antalya, Cilt III, s. 135.

⁵³⁷ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 145; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s.1038; Antalya, Cilt III, s. 135.

kararlařtırılması⁵³⁸ veya kanunda hüküm bulunması⁵³⁹ halinde alacaklının borcun ifasına katılması gerçek anlamda bir borç teşkil edebilir⁵⁴⁰.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, borçlunun borçlandığı edimi ifa etmesine katılmamakla birlikte; aynı zamanda kendi edimini de yerine getirmezse, borçlu alacaklının temerrüdü ve borçlunun temerrüdü müesseselerine yarışan haklar kapsamında dayanabilecektir⁵⁴¹.

Alacaklının temerrüdünden söz edilebilmesi için borçlunun, borçlandığı edimin ifasını borca uygun şekilde önermesi ve alacaklının da haklı bir neden olmaksızın ifaya katılmaktan ya da ifayı kabulden kaçınması gerekmektedir⁵⁴². Bunun için öncelikle borcun ifasının mümkün olması da gerekmede olup kusursuz sonraki imkansızlık gibi borcu sona erdiren bir nedenin varlığı halinde alacaklının temerrüdünden söz edilmesi mümkün değildir⁵⁴³. Öte yandan borcun muaccel olması da gerekmektedir⁵⁴⁴. Bu açıdan borçlu, edimini eksiksiz ve ayıpsız olarak, ifa yerinde, ifa zamanında ve dürüstlük kuralına uygun şekilde önermiş olmalıdır⁵⁴⁵. İfa teklifi kural olarak fiilen yapılmalıdır, sözlü yapılan teklif istisnai haller dışında yeterli değildir⁵⁴⁶.

Alacaklının ifayı reddetmesi, ifaya katılmaktan kaçınma veya ifayı kabulden kaçınma şeklinde gerçekleşmekte olup haklı bir nedene de dayanmamalıdır. Bu noktada alacaklının kusurlu olup olmaması önem arz etmemektedir; ancak

⁵³⁸ "Özellikle borçlunun sunduğu edimin alacaklı tarafından kabulünde borçlunun özel menfaati varsa, örneğin balıkçının ismarlanan balığı soğuk ortamda kararlaştırılan zamanda teslim yeri olan lokantaya getirmesine rağmen, lokantacının müşterilerinin rezervasyonu iptal ettiğı gerekçesiyle edimi kabulden kaçınması halinde borca aykırılık söz konusudur." Bkz: Antalya, Cilt III, s. 136.

⁵³⁹ Örneğin TBK m. 232/I'de yer alan "*Alıcı, satış sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğı biçimde satış bedelini ödemek ve kendisine sunulan satılanı devralmakla yükümlüdür.*" hükmü alıcıya, satılanı devralmayı bir borç olarak yüklemiştir.

⁵⁴⁰ Antalya, Cilt III, s. 136.

⁵⁴¹ Tekinay ve diğeri, s. 837; Kılıçoğlu, s. 697; Antalya, Cilt III, s. 137.

⁵⁴² Tekinay ve diğeri, s. 838-841; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s.1039-1040; Reisoğlu, s. 336-338; Antalya, Cilt III, s. 141-144.

⁵⁴³ Tekinay ve diğeri, s. 840; Kocayusufoğlu ve diğeri, İfa, s. 144.

⁵⁴⁴ Kılıçoğlu, s. 698.

⁵⁴⁵ Kocayusufoğlu ve diğeri, İfa, s. 143; Reisoğlu, s. 336-337.

⁵⁴⁶ İfa teklifinin fiilen yapılmasından kasıt, borçlunun kendisine düşen her şeyi borcuna uygun şekilde yerine getirmiş olması, ifanın gerçekleşmesinin yalnızca alacaklının kabulüne bağılı olmasıdır. Kural, fiili teklif olmakla birlikte; borçlunun edimini ifa edebilmesi için öncelikle alacaklının yapması gereken işlemlerin olması veya alacaklının ifayı kabul etmeyeceğini bildirmiş olması durumunda sözlü teklif de yeterli olacaktır. Örneğin, borçlunun terzinin, alacaklıya elbise dikebilmesi için alacaklının kumaşı teslim etmesi gerekiyorsa bu takdirde öncelikle alacaklı kumaşı teslim etmekle yükümlüdür. Bkz: Kocayusufoğlu ve diğeri, İfa, s. 143; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s.1040; Reisoğlu, s. 337-338; Nomer, s. 337; Kılıçoğlu, s. 698; Antalya, Cilt III, s. 142-143.

alacaklının ifayı reddetmesi objektif bir nedene dayanmalıdır⁵⁴⁷. Örneğin, kapı zilini duymayan kişi kusurlu olmamakla birlikte; ifayı kabul etme açısından haklı bir nedeni olmadığından alacaklının temerrüdüne düşmüş olacaktır⁵⁴⁸.

Mesafeli sözleşmede satıcının veya satıcının ifa yardımcısı konumunda olan taşıyıcının, sözleşme konusu malı tüketiciye teslim etmeyi teklif etmesine rağmen tüketicinin haklı bir nedeni olmaksızın malı teslim almaktan imtina etmesi durumunda tüketici alacaklının temerrüdüne düşecektir. Peki sözleşme konusu malın ambalajında yırtık olması, malın kırıldığına işaret eden seslerin çıkması vb. nedenlerle tüketicinin ifayı kabul etmemesi haklı bir neden teşkil eder mi? Borçlu edime uygun ifa ilkesine uygun şekilde borcunu ifa etmeyi teklifle yükümlü olduğundan, tüketici, hasarlı olduğu dışarıdan dahi belli olan bir malı teslim almak zorunda değildir. Bu nedenle hasarlı malı teslim almaması nedeniyle tüketici, alacaklının temerrüdüne düşmüş olmayacaktır. Nitekim uygulamada pek çok mesafeli sözleşmede de bu yönde bir hüküm yer almaktadır. Öyle ki hasarlı olduğu dışarıdan da rahatça anlaşılan bir maldan TTK m. 875/1 gereğince kural olarak taşıyıcı sorumludur.

Uygulamada sıklıkla rastlanan bir başka durum da taşıyıcı kargo işletmecilerinin, malı teslim etmek üzere tüketicinin verdiği adrese gitmeksizin "alıcının adreste olmadığından bahisle" malı, kargo şirketinin şubesine götürmesi olup böyle bir durumda alacaklının temerrüdü gündeme gelecek midir? Böyle bir durumda uygulamada tüketiciye, adreste bulunmaması nedeniyle sözleşme konusu malın kargo şirketinin şubesine teslim edildiğini bildirir bir SMS ya da e-posta gönderilmekte olup belirli bir süre içinde şubeden teslim alınmayan mallar satıcıya geri gönderilmektedir.

Mesafeli sözleşmede satıcı, taşıyıcı vasıtasıyla sözleşme konusu malı tüketicinin veya tüketicinin lehine sözleşme akdettiği üçüncü kişinin adresine teslim etmeyi taahhüt etmektedir. Ancak somut olayda taşıyıcı, ilk olarak sözleşme konusu malı tüketiciye teslim etmeyi fiilen teklif etmediği halde, teklif etmiş de teklifi tüketici tarafından kabul görmemiş gibi malı şubeye götürmüştür. Bu noktada alacaklıya fiilen teklif edilen bir ifa olmadığından, alacaklının temerrüdünden söz

⁵⁴⁷ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 146; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s.1042; Reisoğlu, s. 338; Antalya, Cilt III, s. 144.

⁵⁴⁸ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 146.

edilmesi de mümkün değildir. Peki ya bu aşamadan sonra tüketiciye, malın kargo şubesinde olduğuna ilişkin bilgi verilmesi ve tüketicinin malı kargo şubesinden teslim almaması nedeniyle malın satıcıya geri gönderilmesi halinde alacaklının temerrüdü söz konusu olacak mıdır? Her ne kadar tüketiciye yapılan bildirim, ifanın fiilen teklifi anlamına gelse de; mesafeli sözleşmede satıcının, malı adrese teslim etmeyi taahhüt etmesi, taşıyıcının, satıcının ifa yardımcısı konumunda olması ve söz konusu taahhüdün taşıyıcıyı da doğrudan bağlaması, taşıyıcının tüketicinin adresine hiç gitmediği halde adreste bulunmadığından bahisle işlem yapması ve dolayısıyla tüketiciye ifanın fiilen teklif edilmemiş olması nedenleriyle kanaatimizce böyle bir durumda tüketici malı kargo şubesinden almadığı için alacaklının temerrüdüne düşmemelidir. Ancak bu noktada tüketici, teslimat saatinde adreste olduğunu ispatla yükümlü olacağından ve bu durum da her zaman kolay olmayacağından, ispat yükünün gönderilen (tüketici) lehine çevrilmesi için, Karayolu Taşıma Yönetmeliği ile taşıyıcılara, adreste bulunmayan kişileri teslimat sırasında arama yükümlülüğü yüklenmesi mümkündür.

III. İFANIN YAPILMAMASININ SONUÇLARI

İfanın hiç veya gereği gibi yapılmamasının genel hükümler ve mesafeli sözleşmeler kapsamında sonuçları bulunmaktadır.

İfanın gereği gibi yapılmaması durumunda TKHK m. 77/1⁵⁴⁹ uyarınca aykırılığı tespit edilen her bir işlem ya da sözleşme için ayrı ayrı idari para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir.

A. İfanın Hiç Yapılmamasının Sonuçları

İfanın hiç yapılmaması halleri olan aliud (yanlış ifa) ve imkansızlık müesseselerinin, alacaklı açısından aynen ifa veya tazminat talebinde bulunma hakkı,

⁵⁴⁹ "Bu Kanunun 4 üncü, 6 ncı, 7 nci, 18 inci, 19 uncu, 20 nci, 21 inci, 23 üncü, 26 ncı, 30 uncu, 33 üncü, 35 inci, 48 inci, 49 uncu, 51 inci, 52 nci, 54 üncü ve 57 nci maddelerinde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanır."

borçlu açısından da elde edilen edimleri iade etme borcu gibi birtakım hukuki sonuçlar bulunmaktadır.

1. Aynen İfa Talebi

Aliud (yanlış ifa) müessesesi ile birlikte bu müessesenin hukuki sonuçları da daha önce ayrıntılı olarak açıklanmış⁵⁵⁰ olmakla birlikte; bu başlık altında mesafeli sözleşmede aliud ifanın görüşümüz doğrultusundaki sonuçlarına bir kez daha değinmekte yarar görülmüştür.

Kanaatimizce her ne kadar TKHK m. 8'deki ayıplı ifa tanımı "aliud ifa" kavramını da kapsıyor gibi gözüксе de; bu iki müessesenin birbirinden farklı müesseseler olması, tüketicinin onarım ve ayıpsız misliyle değiştirme haklarını aliud ifa durumunda talep etmesinin anlamsız olması ve bedelden indirim ile dönme hakları ile amaçlanan sonuçlara genel hükümler ile de ulaşılabilmesi nedeniyle mesafeli sözleşmede aliud ifa halinde genel hükümler uygulanmalıdır⁵⁵¹. Bu açıdan mesafeli sözleşmede aliud ifa, borcun hiç ifa edilmemesi anlamına gelmektedir.

Borcun hiç ifa edilmemiş olması halinde alacaklının başvurabileceği temel yol aynen ifanın talep edilmesidir⁵⁵². Aynen ifa talebinde bulunulması bir eda davası ve bu dava neticesinde elde edilecek ilamın cebri icrası yoluyla gerçekleşmektedir. Bu durum para borçlarında haciz veya iflas, mal verme edimlerinde ise malın icra memuru aracılığıyla elinden alınması, mal yoksa da malın parasal karşılığına el konulması şeklinde gerçekleşmekle birlikte; yapma borçları açısından borçlunun yapma edimini ifayla zorlanması kolay olmadığından İİK m. 30'da⁵⁵³ belirtilen

⁵⁵⁰ Bkz: s. 20-24.

⁵⁵¹ Aynı doğrultuda bkz: Cumalıoğlu, s. 27-28.

⁵⁵² Antalya, Cilt III, s. 192.

⁵⁵³ "Bir işin yapılmasına mütedair ilam icra dairesine verilince icra memuru 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya ilamda gösterilen müddet içinde ve eğer müddet tayin edilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek işi yapmağı emreder.

Borçlu muayyen müddetlerde işe başlamaz veya bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması için لازمگelen masraf icra memuru tarafından ehli-vukufa takdir ettirilir. Bu masrafın ilderde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup kendisine verilmek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmolunan iş yaptırılır. Muvafakat etmezse ayrıca hükme hacet kalmadan borçlunun kafi miktarda malı haciz ile paraya çevrilerek o iş yaptırılır."

usulün yanı sıra TBK m. 113'te⁵⁵⁴ belirtilen usulle de gerçekleştirilebilmektedir⁵⁵⁵. Her iki usulde de masrafı borçluya ait olacak şekilde sözleşme konusu edimin üçüncü bir kişiye yaptırılması söz konusudur. Ancak İİK m. 30 uyarınca bir eda davasındaki ilama dayanılarak icra takibi yapılmaktadır ve borçlunun süresi içinde yapma borcunu ifa etmemesi üzerine alacaklının da rızasıyla icra memuru tarafından sözleşme konusu edim "üçüncü kişiye" yaptırılmaktadır. TBK m. 113 ile öngörülen usulde ise alacaklı, sözleşme konusu yapma borcunun, "kendisi" veya "üçüncü bir kişi" tarafından ifa edilebilmesi için hakimden izin almaktadır. Öte yandan sözleşme konusu yapma borcunun belirli bir sözleşme türüne ait olması ve bu sözleşme türüne ilişkin kanunda özel bir düzenlemenin yer alması halinde, alacaklının kanunda özel olarak düzenlenen bu usule uyması da mümkündür⁵⁵⁶.

Mesafeli sözleşmede satıcı veya sağlayıcının, sözleşme konusu edimden başka bir edimi ifa etmesi durumunda (aliud ifa) tüketici, sözleşme konusu edimin aynen ifasını talep etme hakkına sahiptir.

2. Tazminat Talebi

Gerek aliud ifa, gerekse sonraki kusurlu imkansızlık borca aykırılık teşkil etmekte olup her iki durum açısından da TBK'da özel bir düzenleme yapılmamıştır. Kanunda açıkça düzenleme yapılmayan her tür borca aykırılıkta TBK m. 112 hükmü uygulanacağından ve TBK m. 112'de de *"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."* hükmü yer aldığından her iki durumda da borçlu, alacaklının zararını tazminle yükümlüdür⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ "Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır."

⁵⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 222-223; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1059.

⁵⁵⁶ Örneğin eser sözleşmesi açısından TBK m. 473/II'de *"Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça öngörülyorsa, işsahibi bunun önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir."* hükmü düzenlenmiştir. Kılıçoğlu, 723.

⁵⁵⁷ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 443.

Borçlunun tazminle sorumlu olduğu bu zarar, alacaklının müspet zararıdır⁵⁵⁸. Müspet zarar, borç gereği gibi ifa edilmiş olsaydı alacaklının içinde bulunacağı durum ile şimdiki durumu arasındaki farktan oluşmaktadır⁵⁵⁹.

Mesafeli sözleşmede sözleşmenin kurulmasından sonra ancak ifasından önce satıcı veya sağlayıcının kusuru nedeniyle edim konusu mal ya da hizmet imkansızlaşması hali için tüketici mevzuatında özel bir düzenleme getirilmemiş olduğundan TKHK m. 83/1 hükmü gereğince genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda satıcı veya sağlayıcı, sonraki kusurlu imkansızlık ile sözleşmeyi ihlal etmiş olduğundan TBK m. 112 gereğince tüketiciye karşı tazminat ile yükümlüdür⁵⁶⁰.

3. Sonraki Kusursuz İmkansızlıkta İade Borcu

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde imkansızlık nedeniyle borcun sona ermesi durumunda her iki taraf da karşı taraftan elde ettiği edimleri iade ile yükümlüdür. Nitekim bu durum TBK m. 136/II'de *"Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır."* olarak ifade edilmiştir.

Mesafeli sözleşmede sözleşmenin kurulmasından sonra ancak ifasından önce satıcı veya sağlayıcı açısından mal ya da hizmetin ifasının imkansızlaşması hali için MSY ile özel bir düzenleme getirilmiş olup bu düzenleme, bir bakıma TBK m. 136/II hükmünün mesafeli sözleşmedeki karşılığıdır.

Nitekim MSY m. 16/4'te *"Sipariş konusu mal ya da hizmet ediminin yerine getirilmesinin imkansızlaştığı hallerde satıcı veya sağlayıcının bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi ve varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde iade etmesi"*

⁵⁵⁸ Tekinay ve diğerleri, s. 855.

⁵⁵⁹ Nomer, s. 352.

⁵⁶⁰ Serdar, s. 265; Yıldırım, Mesafeli Sözleşme, s. 289.

zorunludur. Malın stokta bulunmaması durumu, mal ediminin yerine getirilmesinin imkânsızlaşması olarak kabul edilmez." hükmü yer almakta olup bu durumda sözleşmeden dönme benzeri bir sonuç doğmaktadır⁵⁶¹.

Buna göre kabul edilebilir bir imkansızlık hali söz konusu ise, satıcı veya sağlayıcı, imkansızlığı öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye bildirim yapmak ve teslimat ücreti dahil tüketiciden tahsil ettiği tüm bedeli, bildirim tarihinden itibaren on dört gün içinde tüketiciye iade etmek zorundadır. Şayet satıcı veya sağlayıcı bu on dört günlük süre geçmesine rağmen ödeme yapmazsa bu takdirde tüketiciye temerrüt faizi ile ödeme yapmak zorunda kalabilecektir⁵⁶².

Kanun koyucu imkansızlığın öğrenilmesinin ardından tüketiciye yapılacak bildirimin yazılı şekilde veya yazılı veri saklayıcısı ile yapılması gerektiğini bir zorunluluk olarak öngörmüş olup bu durum tüketicinin, ifa imkansızlığından haberdar olması ve tüketici lehine ispat kolaylığı sağlaması nedeniyle yerindedir.

Bu noktada akla satıcı veya sağlayıcının, kendilerine yüklenen bu bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda ne olacağı sorusu gelmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki; satıcı veya sağlayıcıya yüklenen bir yükümlülük emredici nitelikte kaleme alınmış olup kanaatimizce sözleşme ile aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Bununla birlikte satıcı veya sağlayıcı açısından borç imkansızlaştığı halde bu durum tüketiciye usulüne uygun şekilde bildirilmezse, tüketicinin bu durumdan haberdar olması mümkün olamayacağından; satıcı veya sağlayıcı açısından ifa zamanı ne ise tüketici bu süreye kadar bekleyecektir. Bilindiği üzere bu süre siparişin satıcı veya sağlayıcıya ulaştığı tarihten itibaren taahhüt edildiği kadardır; ancak mal satışlarında bu süre her halükarda otuz günü geçmemektedir. Bu sürenin sonunda satıcı veya sağlayıcı, imkansızlık nedeniyle hâlâ ifada bulunamayacağından; ister tüketiciyi imkansızlıktan haberdar ederek yasal faizi ile birlikte tüketiciden tahsil ettiği tüm bedeli iade edecektir; isterse de imkansızlığı bildirmeyip tüketicinin TKHK m. 48/3 ve MSY m. 16/2 gereğince sözleşmeyi feshetmesini bekleyecektir. Ancak tüketiciye süresinde bildirim yapıp tüketicinin yaptığı ödemeleri süresi içinde faizsiz iade etmek yerine, mal ya hizmetin ifa süresini bekleyip faiziyle iade etmek satıcı veya sağlayıcının zararına olacaktır. Kaldı ki tüketicinin, borcun ifasını talep edip sözleşmeyi feshetmemesi halinde; borç

⁵⁶¹ Topaloğlu, s. 785.

⁵⁶² Topaloğlu, s. 785.

konusu imkansız olduğundan ifa zaten mümkün olamayacaktır. Bu nedenle de satıcı veya sağlayıcının imkansızlığı tüketiciye bildirmemesi makul değildir. Öte yandan imkansızlığın bildirilmemesi nedeniyle süresi içinde ifa yapılmadığından bahisle tüketicinin sözleşmeyi feshetmesi halinde de MSY m. 16/3 gereğince tüketiciden tahsil edilen tüm ödemeler faiziyle birlikte tüketiciye iade edilecek olduğundan; satıcı veya sağlayıcının bu bildirimden imtina etmesinin pek bir anlamı bulunmamaktadır.

Öğretide ise satıcı veya sağlayıcının, imkansızlığı tüketiciye bildirme yükümlülüğüne uymaması halinde tüketicinin uğrayacağı zararı tazminle yükümlü olduğu ifade edilmiştir⁵⁶³. Nitekim TBK m. 136/III'te de bu görüşü destekleyecek şekilde *"Borçlu ifanın imkansızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür."* hükmü yer almaktadır. Bu noktada tüketicinin uğradığı zarardan kasıt, satıcı veya sağlayıcının imkansızlığı en uygun ve kısa zamanda bildirmiş olsaydı tüketicinin uğramayacağı zarar olup imkansızlaşan edimin değerine ilişkin tüketicinin yoksun kaldığı kâr değildir⁵⁶⁴.

B. Temerrüdün Sonuçları

Mesafeli sözleşmede borçlunun temerrüdü açısından TKHK ile özel bir düzenleme getirilmiş olmakla birlikte; alacaklının temerrüdü açısından herhangi bir özel düzenleme getirilmemiştir. Bu durumda mesafeli sözleşmede alacaklının temerrüdü açısından TKHK m. 83/1'deki atıf nedeniyle genel hüküm niteliğindeki TBK'daki alacaklının temerrüdü hükümlerinin uygulanacağı hususunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır.

Borçlunun temerrüdü açısından ise mesafeli sözleşme özelinde TKHK ve MSY ile getirilen hak/hakların yanı sıra genel hükümler kapsamında TBK m. 125 ve 126'da düzenlenen hakların da kullanılıp kullanılamayacağı sorusu akla gelmektedir.

Bu noktada öncelikle tüketici mevzuatı ile getirilen hakların (TKHK m. 48/3, MSY m. 16/2 ve m. 16/3) niteliğine ve kanun koyucunun amacına bakılmalıdır. Satıcı veya sağlayıcının temerrüde düşmesi durumu için tüketiciye tanınan hakların,

⁵⁶³ Serdar, s. 264.

⁵⁶⁴ Serdar, s. 264.

TBK'da alacaklılara tanınan haklara göre daha kısıtlı düzeyde olduğu ve TBK'nın önceki tarihli genel kanun, TKHK'nın ise sonraki tarihli özel kanun olması nedeniyle kanun koyucunun tüketiciler açısından daha sınırlı haklar öngörmek istediği sonucuna varmak mümkün müdür? Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için, mesafeli sözleşmede borçlunun temerrüdü halinde TKHK ile özel olarak düzenlenen hakların, genel hükümler çerçevesinde alacaklıya sunulan hakların "mesafeli sözleşmedeki" karşılığı mahiyetinde mi olduğu, yoksa genel hükümlerden bağımsız nitelikte mi olduğu irdelenmelidir. Ayrıca tüketici mevzuatında özel olarak yer almayan; ancak genel hükümlerde düzenlenen hakların mesafeli sözleşmede tüketiciler açısından kullanılmasının amaca uygun düşüp düşmeyeceği dikkate alınmalıdır.

Tüm bu hususlar dikkate alınarak mesafeli sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün sonuçları ilerleyen bölümlerde değerlendirilecektir.

1. Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları

Sözleşme konusu edimin ne borcu olduğu ya da sözleşmenin niteliği önem arz etmeksizin borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sahip olduğu haklar, "borçlunun temerrüdünün genel sonuçlarını" oluşturmaktadır. Bununla birlikte borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sahip olduğu bazı haklar vardır ki, bunlar "borçlunun temerrüdünün özel sonuçlarını" oluşturmaktadır ve ancak sözleşme konusu edim para borcu ise veya sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme ise gündeme gelebilmektedir.

Mesafeli sözleşme, niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan borçlunun temerrüdü halinde genel sonuçların yanı sıra özel sonuçlar da uygulama alanı bulacaktır.

a. Borçlunun Temerrüdünün Genel Sonuçları

Borçlunun temerrüdünün genel sonuçları olarak alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı talep hakkı ve beklenmeyen halden borçlunun sorumlu olmasıdır.

(1) Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı

Borçlunun temerrüde düşmüş olması borcu sona erdirmediğinden, borcun konusu ne olursa olsun ya da sözleşmenin niteliği ne olursa olsun alacaklı, borçludan borcun ifasını talep etme hakkına sahiptir⁵⁶⁵.

Alacaklının, aynen ifa talebinde bulunması bir eda davası ve bu dava neticesinde elde edilecek ilamın cebri icrası yoluyla gerçekleşmektedir. Aynen ifaya ilişkin daha önce "ifanın hiç yapılmamasının sonuçları" başlığı altında açıklama yapıldığından;

Borçlunun temerrüdü halinde borcun aynen ifasının talep edilmesi, tazminat niteliğinde olmadığından ve bunu talep edebilmek için borçlunun kusurlu olması gerekmemektedir⁵⁶⁶.

Mesafeli sözleşmede satıcının temerrüde düşmesi halinde de tüketici, sözleşme konusu edimin aynen ifasını talep etme hakkına sahiptir. Nitekim MSY m. 16/2 ile satıcı veya sağlayıcının, süresi içinde edimini ifa etmemesi halinde tüketiciye sözleşmeyi feshetme noktasında bir takdir hakkı tanınmıştır. Ancak tüketici dilerse borcun aynen ifasını da talep edebilecektir.

Mesafeli sözleşmede satıcının temerrüdü halinde, tüketici sözleşme konusu malın kendisine veya taşıyıcı dışındaki üçüncü bir kişiye teslimini talep edebilir; ancak bu talebin karşılanmaması halinde sözleşme konusu malın teslimi hususunda dava açılabilir, dava neticesindeki ilama dayanarak satıcı aleyhine icra takibi başlatılabilir ve malı bu şekilde teslim alınabilir.

Mesafeli sözleşmede ifa konusu hizmet ise sağlayıcının temerrüdü halinde tüketici dilerse sağlayıcının sözleşme konusu edimi yerine getirmesi için bir eda davası açar, dava neticesinde elde edeceği ilama icraya koyar ve icra emrine rağmen sağlayıcı, verilen süre içinde borcu ifa etmekten imtina ederse bu takdirde icra memuru, masrafı sağlayıcıya ait olmak üzere sözleşme konusu hizmeti üçüncü bir kişiye yaptırır; dilerse de sürecin başında, masrafı sağlayıcıya ait olmak üzere sözleşme konusu hizmetin kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından yapılması hususunda hakimden izin isteyebilir.

⁵⁶⁵ Tekinay ve diğerleri, s. 920; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 221; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1126-1127; Antalya, Cilt III, s. 432.

⁵⁶⁶ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1059.

Borçlunun temerrüdü halinde alacaklının, aynen ifa talebi yanı sıra ifanın gecikmesi nedeniyle tazminat ödenmesini talep hakkı da mevcuttur. Nitekim TBK m. 118'de *"Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür."* hükmü yer almaktadır. Ancak alacaklının, aynen ifadan vazgeçip de yalnızca gecikme tazminatı talep etmesi mümkün değildir⁵⁶⁷.

Gecikme tazminatı, gecikme zararının giderilmesi için ödenecek tazminat olup gecikme zararı da şayet borçlu, borçlandığı edimi zamanında ifa etmiş olsaydı alacaklının malvarlığında oluşacak durum ile ifanın geç yapılması nedeniyle mevcut malvarlığı durumu arasındaki farktır⁵⁶⁸. Bu açıdan gecikme tazminatı, müspet bir zararın tazmini amacı taşımaktadır⁵⁶⁹.

Yine TBK m. 118 gereğince gecikme tazminatı açısından önem arz eden bir başka husus da gecikme tazminatı talep edilebilmesinin, borçlunun kusurlu olması şartına bağlı olmasıdır. Ancak bu noktada borçlunun kusurlu olduğu karine olup borçlu ancak kusurlu olmadığını ispatlayarak bu tazminatı ödemekten kurtulabilmektedir.

Gecikme tazminatı, gecikme nedeniyle doğan fiili zarar ile yoksun kalınan kârı içermektedir⁵⁷⁰. Ayrıca gecikme tazminatı, temerrüt tarihinden aynen ifaya kadarki tarihe kadar olan zararları kapsamaktadır⁵⁷¹.

Mesafeli sözleşmede de satıcı veya sağlayıcının temerrüdü halinde de, satıcı veya sağlayıcının kusurlu olması koşuluyla, tüketicinin, aynen ifanın yanı sıra gecikme tazminatı talep edebilmesi mümkündür. Gecikme tazminatının dayanağı gecikme zararına öğretide örnek olarak gösterilen en temel zarar kalemleri, borçlunun zamanında ifada bulunacağına güvenilerek yapılan ve boşa giden depo giderleri, nakliye giderleri, işçi giderleri, ihtar masrafları, temerrüde düşen borçluyla görüşme ve seyahat masrafları, yoksun kalınan kazançlar, borçlunun ifada bulunacağına güvenerek akdedilen sözleşmenin yerine getirilememesi sonucu ödenen cezai şartlardır⁵⁷². Ancak söz konusu zarar kalemlerinin çoğunlukla ticari faaliyette

⁵⁶⁷ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1130; Antalya, Cilt III, s. 434.

⁵⁶⁸ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1131.

⁵⁶⁹ Tekinay ve diğerleri, s. 925; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1131; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 486.

⁵⁷⁰ Reisoğlu, s. 373.

⁵⁷¹ Kılıçoğlu, s. 724; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 487.

⁵⁷² Kılıçoğlu, s. 724; Antalya, Cilt III, s. 435.

bulunan alacaklılar açısından söz konusu olabileceği, mesafeli sözleşmede ise temerrüde düşmeyen tarafın tüketici olduğu dikkate alındığında; bütün bu zarar kalemlerine dayanarak gecikme tazminatı talep edebilmesinin pek mümkün olamayacağı görülmektedir. Bununla birlikte mesafeli sözleşmede satıcı veya sağlayıcının temerrüdü nedeniyle tüketici tarafından ihtar masrafı veya satıcı ya da sağlayıcı ile görüşme masrafı yapılmışsa bu masrafların gecikme tazminatı olarak talebi mümkündür. Ya da örneğin, yazın evlenecek bir tüketicinin, indirimli olması nedeniyle kışın mesafeli sözleşme ile satın aldığı mobilya takımını, evinde uygun yer olmaması nedeniyle, bir depo kiralamak suretiyle muhafaza etmek istemesi halinde, satıcı temerrüde düşerse tüketici, aynen ifanın yanı sıra boşa giden depo giderini de gecikme tazminatı olarak satıcıdan talep etme hakkına sahiptir.

(2) Beklenmeyen Halden Sorumluluk

Borçlunun temerrüdünün genel sonuçlarından bir diğeri de borçlunun temerrüde düştüğü andan itibaren borç konusu mala ilişkin hasarın borçluya ait olmasıdır⁵⁷³. Bu durum TBK m. 119'da *"Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur. Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir."* şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, borçlunun temerrüdü ile beklenmeyen halden sorumluluğun borçluda olması durumu "verme borçları" ve "parça borçları" açısından geçerlidir⁵⁷⁴.

Beklenmeyen hâlden kasıt, sözleşmenin kurulmasından sonra borçlunun, yardımcı kişinin veya alacaklının fiilinden kaynaklanmayan doğa olayları ya da hukuki veya sosyal olaylardır⁵⁷⁵.

Bu noktada önem arz eden husus, beklenmedik hâlin borçlunun temerrüdü sonrası gerçekleşmiş olması olup borçlunun temerrüde düşmesinden önce borç

⁵⁷³ Tekinay ve diğerleri, s.926; Kılıçoğlu, s. 725; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s.488; Reisoğlu, s. 374; Antalya, Cilt III, s. 435-436.

⁵⁷⁴ Kılıçoğlu, s. 725; Antalya, Cilt III, s. 435.

⁵⁷⁵ Antalya, Cilt III, s. 437.

konusu edimin, borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşması halinde TBK m. 136 gereğince borç sona erecektir⁵⁷⁶.

Kanun koyucu borçlunun beklenmeyen halden sorumluluğunu ortadan kaldıracak iki istisna öngörmüştür. Bunlar: borçlunun temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmesi ve borçlu, borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat etmesidir⁵⁷⁷.

Borçlunun temerrüdü sonrası sözleşme konusu edimin beklenmeyen bir hâle uğraması ve borçlunun da bu nedenle sorumlu olması ancak borçlunun edim hasarı veya karşı edim hasarına katlanmadığı haller açısından önem taşımaktadır⁵⁷⁸. MSY m. 17/1 gereğince mesafeli sözleşmede edim hasarına kural olarak satıcının katlandığı dikkate alındığında; satıcının temerrüdü halinde de TBK m. 119 hükmünün kural olarak özellik taşımadığını ifade etmek gerekmektedir. Bir başka ifadeyle mesafeli sözleşmede satıcı, sözleşme konusu malı tüketici veya tüketicinin, taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslim etmesine kadar malda oluşan hasardan veya malın kaybolmasından MSY m. 17/1 gereğince açıkça sorumlu olduğundan; TBK m. 119 hükmü ayrıca bir önem arz etmemektedir.

Peki ya tüketicinin, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep etmesi durumunda, malın ilgili taşıyıcıya tesliminden itibaren oluşacak kayıp ve hasardan satıcının sorumlu olmadığına ilişkin MSY m. 17/2'de yer alan hükme rağmen TBK m. 119/I hükmü gereğince satıcının, beklenmedik hâlden sorumlu olduğu söylenebilir mi?

Kanun koyucu mesafeli sözleşme konusu malda meydana gelecek hasar ve kaybolmada satıcının sorumluluğunu kaldırmaya yönelik MSY m. 17/2'de özel bir hüküm getirmiş olmakla birlikte; bu hükmün satıcının temerrüde düşmediği durumlarda uygulanabileceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla tüketicinin talebi üzerine malın, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcıyla teslimi ile malın

⁵⁷⁶ Kılıçoğlu, s. 725.

⁵⁷⁷ Öğretide borçlunun beklenmedik hâlden dolayı sorumluluktan kurtulabilmesi için ayrıca temerrüde düşmede kusursuz olduğunu ispatlamakla yükümlü olmadığını, beklenmeyen hâlin zaten borçlu veya işletmesinin kusuru olmadan gerçekleştiğini, TBK m. 119/II'de iki tür sorumluluktan kurtulma durumunun düzenlendiğini, bunlardan birinin "zarardan sorumluluk" olduğunu ve borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispat ederek zarardan sorumluluktan kurtulacağını; ikinci sorumluluğun ise "beklenmeyen hâlden sorumluluk" olduğunu ve borçlu borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı dahi beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek beklenmedik hâlden sorumluluktan kurtulacağını savunan bir görüş bulunmaktadır. Kılıçoğlu, s. 726.

⁵⁷⁸ Antalya, Cilt III, s. 436.

hasara uğraması veya kaybolması durumunda satıcı sorumlu olmamakla birlikte; satıcının temerrüdü sonrasında bu şekilde bir durum söz konusu olursa TBK m. 119/I gereğince satıcının beklenmeyen hâlden sorumlu olması gerekmektedir. Zira beklenmeyen hâl, satıcının temerrüdü sonrasında gelişmiştir ve tüketicilerin, genel nitelikteki TBK m. 119/I hükmünden yararlanmalarına hiçbir engel bulunmamaktadır.

b. Borçlunun Temerrüdünün Özel Sonuçları

Borçlunun temerrüdünün, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve para borcu açısından söz konusu olan sonuçlarıdır.

(1) Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüdün Sonuçları

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi durumunda alacaklı, TBK m. 125 uyarınca seçimlik olarak borcun aynen ifası ve gecikme nedeniyle tazminat talep etme hakkına; aynen ifa ve gecikme tazminatı talep hakkından vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan (müspet) zararın tazminini talep etme hakkına veya sözleşmeden dönerek sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle uğradığı (menfi) zararın tazminini talep etme hakkına sahiptir.

Aynen ifa ve gecikme tazminatı talep hakkı, borçlu temerrüdünün genel sonuçları arasında olmakla birlikte; "aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini" talep hakkı ile "sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazminini" talep hakkı olarak öngörülen bu iki seçimlik hakkın kullanılabilmesi için kural olarak temerrüde düşen borçluya, borcunu ifa etmesi için uygun bir süre verilmesi gerekmektedir⁵⁷⁹. Nitekim TBK m. 123'te *"Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir."* hükmü yer almakta olup TBK m. 125/I'de de seçimlik hakların kullanılabilmesi için "temerrüde düşen borçlunun, verilen süre içinde borcunu ifa etmemesi veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durumun söz konusu olması" gerektiği ifade edilmiştir.

⁵⁷⁹ Tekinay ve diğerleri, s. 946; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 504-505; Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 229-230; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1138; Kılıçoğlu, s. 754; Nomer, s. 400.

Borçlunun ihtarla mı yoksa ihtara gerek olmaksızın mı temerrüde düştüğü önemli olmaksızın söz konusu iki ilave hakkın kullanılabilmesi için borçluya uygun bir süre verilmesi gerekmektedir⁵⁸⁰. Süre verilmesi, temerrüt için ihtar şartında da olduğu gibi herhangi bir şekle tabi değildir ve hatta sürenin temerrüt ihtarıyla birlikte de verilmesi mümkündür⁵⁸¹.

Borçlu verilen süre içerisinde borcu ifa ederse, alacaklı seçimlik haklarını kullanamayacaktır; ancak gecikme nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep edebilecektir⁵⁸². Yine alacaklının, borçluya verdiği sürenin sonunda aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etmesinde de bir sakınca yoktur⁵⁸³.

TBK m. 125/II'de yer alan *"Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir."* hükmü nedeniyle seçimlik haklarından birini kullanmak isteyen alacaklı, borçluya aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmekle yükümlüdür⁵⁸⁴. Derhal yapılması gereken bu bildirim yapılmamış olsa dahi, alacaklı seçimlik haklarından birini kullanmak istiyorsa borçluya yeniden uygun bir süre vermek suretiyle bu sürenin sonunda ifa yine gerçekleşmemişse seçimlik haklarından birini kullanabilecektir⁵⁸⁵. Alacaklının kullanacağı seçimlik hakları bildirmesi konusunda mevzuatta özel bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre bu haklardan hangisinin kullanıldığının da "derhal", yani aynen ifadan vazgeçildiğinin beyan edildiği anda bildirilmesi gerekmektedir⁵⁸⁶. Diğer bir görüşe göre ise, böyle bir durumda derhal bildirim gerekmemektedir; alacaklı aynen ifadan vazgeçtiğini bildirdikten uygun bir süre sonra da hangi seçimlik hakkını kullanmak istediğini borçluya bildirebilmelidir⁵⁸⁷.

Borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olmaması ve bunu ispat etmesi halinde alacaklı yalnızca aynen ifayı talep etme ya da sözleşmeden dönme hakkına

⁵⁸⁰ Nomer, s. 400.

⁵⁸¹ Tekinay ve diğerleri, s. 948; Nomer, s. 400.

⁵⁸² Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 506; Nomer, s. 400.

⁵⁸³ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 505; Kılıçoğlu, s. 754.

⁵⁸⁴ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 509; Antalya, Cilt III, s. 486.

⁵⁸⁵ Tekinay ve diğerleri, s. 936; Nomer, s. 401.

⁵⁸⁶ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 510; Kılıçoğlu, s. 755.

⁵⁸⁷ Antalya, Cilt III, s. 491.

sahip olup tazminata yönelik hiçbir talepte (gecikme nedeniyle ya da müspet veya menfi zararların tazmini) bulunamayacaktır⁵⁸⁸.

Bazı durumlarda borçluya süre verilmesine gerek olmadığı TBK m. 124'te düzenlenmiş olup buna göre; borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşıyorsa⁵⁸⁹, borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa⁵⁹⁰ ya da borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşıyorsa⁵⁹¹ borçluya süre verilmeksizin alacaklının seçimlik haklarından birini kullanabilmesi mümkündür.

Alacaklı, borçlunun verilen uygun süre içinde borcunu ifa etmemesi üzerine aynen ifadan vazgeçtiğini ve seçimlik haklarını kullanacağını bildirmişse; ancak beyanından hangi seçimlik hakkını kullanmak istediği anlaşılamıyorsa "aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini" talep ettiği kabul edilmelidir⁵⁹². Daha önce de ifade ettiğimiz üzere müspet zararın tazmini borçlunun temerrüde düşmesinde kusurlu olması şartına bağlanmıştır; bu nedenle borçlu ancak temerrüde düşmede kusuru olmadığını ispatlayarak bu tazminatı ödemekten kurtulabilecektir⁵⁹³.

Aynen ifadan vazgeçip borcun ifa edilmemesinden doğan (müspet) zararın tazmini talep edilmesinde amaçlanan, borçlanılan edim ifa edilseydi alacaklının bulacağı ekonomik durumun sağlanmasıdır⁵⁹⁴. Dolayısıyla müspet zarar, borçlanılan edim ifa edilseydi alacaklının malvarlığı ne durumda olacak idiyse bu

⁵⁸⁸ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s.509; Antalya, Cilt III, s. 410.

⁵⁸⁹ Borçluya uygun süre verilse dahi ifanın gerçekleşmeyeceği anlaşıyorsa, örneğin; borçlu borcu bulunmadığını, sözleşmenin geçersiz olduğunu ya da borcu olsa dahi borcunu ifa etmeyeceğini açıkça ifade ediyorsa bu durumda borçluya süre verilmesi anlamsız olacaktır. Bkz: Antalya, Cilt III, s. 476.

⁵⁹⁰ Alacaklının, somut durumun şartlarını ve sözleşmenin amacını dikkate aldığı; dürüstlük kuralı gereğince ve fiilen de ifayı yararsız bulması durumunda seçimlik haklarından birini kullanmak için borçluya süre vermesine gerek bulunmamaktadır. Bu noktada alacaklının değerlendirmesinin sübjektif değil, objektif olması beklenmektedir. Öyle ki alacaklı yerine kim olsa da süre vermeyi anlamsız bulmalıdır. Kesin vadeye benzer bir durum teşkil eden böyle bir duruma, kesin vade olmamakla birlikte otel malzemelerinin turizm sezonuna yetişmemesi örnek olarak gösterilebilecektir. Bkz: Antalya, Cilt III, s. 478.

⁵⁹¹ Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine ifanın artık kabul edilemeyeceğinin sözleşmeden anlaşılması, kesin vadeli borçlar açısından söz konusudur. Kesin vade, tarafların sözleşmede kullandıkları "en geç", "mutlaka" gibi ifadelerden anlaşılabilirliği gibi, sözleşme konusu edimin niteliğinden ya da durumun şartlarından da anlaşılabilir. Bkz: Antalya, Cilt III, s. 480.

⁵⁹² Antalya, Cilt III, s. 489.

⁵⁹³ Kılıçoğlu, s. 759.

⁵⁹⁴ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1146; Antalya, Cilt III, s. 496.

durum ile alacaklının halihazırdaki fiili durumu arasındaki farktır⁵⁹⁵. Bu zararın içeriğinde; edimin yerine getirilmemesinden doğan zararlar ve temerrüt ile uygun illiyet bağı içinde olan diğer zararlar yer almakta olup "edimin yerine getirilmemesinden doğan zararlar", ifa edilmeyen edimin değeri, yeni bir sözleşme kurulması ve ikame alım için yapılan masraflar; "temerrüt ile uygun illiyet bağı içinde olan diğer zararlar" ise, dava masraflar, seçim hakkını kullanmaya yönelik yapılan masraflar, edimin yerinen getirilmemesi nedeniyle alacaklının üçüncü bir kişiyle olan sözleşmesinde ödediği cezai şartlar, alacaklının seçim hakkını kullanana kadar kendi edimine yönelik yaptığı masraflar ve karşı edimi kabul için yaptığı masraflar gibi fiili zarar kalemlerin yanı sıra ifa edilmeyen edimin kullanılmasından yoksun kalınması nedeniyle yoksun kalınan kârdan oluşmaktadır⁵⁹⁶.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklı aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep ederse kendi edimini mi ifa edeceği yoksa talep ettiği tazminattan kendi ediminin değerini indirip geri kalanını mı talep edeceği hususunda iki teori⁵⁹⁷ bulunmaktadır. Öğretide fark teorisinin uygulanmasını savunan bir görüş⁵⁹⁸ olduğu gibi, bu iki teori arasında seçim hakkının alacaklıda olduğunu savunan bir görüş de mevcuttur⁵⁹⁹.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sahip olduğu ikinci ve son seçimlik hakkı "sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazminini talep hakkı"dır. TBK m. 125/II ve 125/III'te düzenlenen sözleşmeden dönme hakkı ile sözleşme geçmişe etkili olarak yani baştan itibaren hükümsüz olur. Nitekim TBK m. 125/III'te *"Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir."* hükmü yer almaktadır. Bu açıdan sözleşmeden dönme

⁵⁹⁵ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1145; Antalya, Cilt III, s. 496.

⁵⁹⁶ Antalya, Cilt III, s. 496-497.

⁵⁹⁷ Bu teorilerden biri "mübadele (değişim) teorisi" olup bu teoriye göre alacaklının seçim hakkını kullanması ile borçlunun edim yükümlülüğü değişse de devam ettiğinden, alacaklının da kendi edimini ifa etmesi gerekmektedir. "Fark teorisi" olarak adlandırılan diğer teoriye göre ise, alacaklı kendi edimini ifa etmek yükümlülüğünde değildir, alacaklıdan müspet zararın tazminini talep ederken kendi ediminin değerini de düşerek hesap yapabilecektir. Bkz: Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1146; Antalya, Cilt III, s. 498-500.

⁵⁹⁸ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 514; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1146; Hatemi ve Gökyayla, s. 288.

⁵⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 211-212.

durumunda taraflar karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulmaktadır ve ifa edilmiş olan edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edilebilmektedir⁶⁰⁰.

Daha önce de belirttiğimiz üzere sözleşmeden dönme için aranmayan "kusur" şartı TBK m. 125/III gereğince menfi zararın tazmini açısından aranmakta olup borçlunun bu tazminattan kurtulabilmesi temerrüde düşmede kusuru olmadığını ispatlamakla yükümlüdür⁶⁰¹.

Menfi zarar, alacaklının sözleşme yapılmamış olsaydı uğramayacağı zarar olup bu nedenle bu zarara, sözleşmeye güvenden doğan zarar da denilmektedir⁶⁰². Bu zarar, alacaklının halihazırdaki mali durumu ile sözleşme kurulmasaydı malvarlığının bulunacağı durum arasındaki farktır⁶⁰³. Menfi zarar kapsamına sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar (noter, vergi, danışmanlık hizmeti, posta gideri, seyahat masrafı vb.), alacaklının kendi ediminin ifası için yaptığı veya borçlunun edimini ifa edeceği düşüncesiyle yaptığı hazırlık masrafları gibi fiili zararlar ve sözleşmenin ifa edileceği inancıyla üçüncü kişilerle sözleşme yapmasının kaçırılmasından doğan yoksun kalınan kârlar girmektedir⁶⁰⁴.

Mesafeli sözleşmede satıcı veya sağlayıcının temerrüde düşmesi durumunda tüketicinin sahip olduğu haklara ilişkin mülga tüketici mevzuatında özel bir düzenleme yer almamaktaydı. Bu nedenle mesafeli sözleşmenin niteliği itibarıyla tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğu ve satıcı veya sağlayıcının temerrüdü halinde tüketicinin TBK m. 125'teki seçimlik haklara sahip olduğu öğretide savunulmaktaydı⁶⁰⁵. Geline aşamada MSY m. 16/2 ile tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı özel olarak tanınmış olup bu hakkın TBK m. 125/III'te düzenlenen sözleşmeden dönme hakkının mesafeli sözleşmedeki karşılığı olduğunu söylemek mümkün müdür? Bu durumda TBK'da yer aldığı halde tüketici mevzuatında düzenlenmeyen "menfi zararın tazminini talep hakkı" ve "aynen ifadan

⁶⁰⁰ Tekinay ve diğerleri, s. 967; Kocayusufoşpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 234, 236; Antalya, Cilt III, s. 502-503.

⁶⁰¹ Nomer, s. 407; Reisoğlu, s. 388; Kılıçoğlu, s. 761-762.

⁶⁰² Tekinay ve diğerleri, s. 969; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1152; Nomer, s. 411; Antalya, Cilt III, s. 523.

⁶⁰³ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1152; Antalya, Cilt III, s. 523.

⁶⁰⁴ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1152-1153; Nomer, s. 411-412; Reisoğlu, s. 390-391; Antalya, Cilt III, s. 524-525.

⁶⁰⁵ Serdar, s. 262; Abdülkerim Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, (Mesafeli Sözleşmeler), s. 297.

vazgeçip müspet zararın tazminini talep hakkı"nın tüketici tarafından kullanılabilmesi mümkün müdür? Mümkünse tüketici, satıcı veya sağlayıcıya ek süre vermekle yükümlü müdür?

Bu sorulara yanıt vermeden önce ve aynı zamanda yanıt verebilmek için öncelikle MSY m. 16/2 ile ilk kez özel olarak düzenlenen "sözleşmeden dönme hakkı"nı incelemek gerekmektedir. Buna göre MSY m. 16/2'de yer alan "*Satıcı veya sağlayıcının birinci fıkrada yer alan yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, tüketici sözleşmeyi feshedebilir.*" hükmü gereğince mesafeli sözleşmenin konusunu oluşturan edimi, süresi içinde ifa etmeyen satıcı veya sağlayıcının kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın tüketicinin sözleşmeyi sona erdirme hakkı olduğu düzenlenmiştir⁶⁰⁶. Metinde "fesh" ifadesi kullanılmış olmakla birlikte; sözleşmenin feshinde, sürekli borç ilişkisinin ileriye dönük olarak sonlandırıldığı, sözleşmeden dönmeye ise ani edimli borç ilişkisinin geçmişe etkili olarak sonlandırıldığı dikkate alınarak "fesh" ifadesinden kastın teknik anlamda "dönme" olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁶⁰⁷. Kanaatimizce de mesafeli sözleşmenin ani edimli bir sözleşme olması, MSY m. 16/2'de düzenlenen hakkın TBK m. 125/III'te düzenlenen sözleşmeden dönme seçimlik hakkının karşılığı olması ve MSY m. 16/3'te düzenlenen iade yükümlülüğünün kapsamı ile sözleşmenin baştan itibaren sona erdirilmesi göz önüne alındığında; kanun koyucunun, mesafeli sözleşmede satıcı veya sağlayıcının temerrüdü halinde tüketiciye özel olarak sözleşmeden dönme hakkı tanıdığını söylemek mümkündür.

Nitekim MSY m. 16/3'te "*Sözleşmenin feshi durumunda, satıcı veya sağlayıcı, varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri fesh bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde tüketiciye 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 1 inci maddesine göre belirlenen kanuni faiziyle birlikte geri ödemek ve varsa tüketiciyi borç altına sokan tüm kıymetli evrak ve benzeri belgeleri iade etmek zorundadır.*" hükmü yer almakta olup bu hüküm gereğince tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda satıcı veya sağlayıcı, sözleşme konusu edim nedeniyle tahsil ettiği tüm bedelleri on dört gün içinde tüketiciye yasal faiziyle birlikte ödemekle yükümlüdür. Öğretide teslimat vb. masrafların satıcı veya sağlayıcı

⁶⁰⁶ Topaloğlu, s. 783.

⁶⁰⁷ Topaloğlu, s. 783.

dışında üçüncü bir kişiye ödenmesi durumunda dahi, temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönen tüketiciye bu bedellerin de ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁰⁸. Tüketicinin temerrüt nedeniyle mağdur olduğu, mevzuatta tüketiciden tahsil edilen bedeller noktasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın satıcının tüm bedelleri iade ile yükümlü olduğu ve teslimat bedelinin ödendiği taşıyıcının da satıcının ifa yardımcısı konumunda olduğu dikkate alındığında; bu görüşün kabul edilebilir olduğu kanaatindeyiz.

Tüketicinin sözleşmeden dönme iradesi ile satıcı veya sağlayıcı, tahsil edilen tüm bedelleri temerrüt faizi ile birlikte ödeme borcunun yanı sıra tüketiciden almış olduğu kıymetli evrakları da iade etme borcu altına girmektedir. Bu noktada tüketici tarafından keşide edilen bu kıymetli evrakların üçüncü kişilere ciro edilmiş olması halinde ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere TKHK m. 4/5'te yer alan *"Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ... senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir."* hükmü gereğince tüketici işleminde geçerli bir senetten bahsedilebilmesi için bu senedin nama yazılı olması gerekmekte olup nama yazılı senetlerin ciro edilmesi mümkün değildir⁶⁰⁹. Bununla birlikte alacağın temliki suretiyle devredilebilen senetler açısından da TBK m. 188/I'de yer alan *"Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir."* hükmü doğrultusunda tüketici, mesafeli sözleşmeden dönme nedeniyle senedin geçersiz olduğu def'ini senedi devralan üçüncü kişiye ileri sürebilecektir⁶¹⁰.

Her ne kadar mesafeli sözleşmede satıcı veya sağlayıcının temerrüdü nedeniyle tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı özel olarak düzenlenmiş olsa da; genel hükümlerde yer alan "menfi zararın tazminini talep hakkı" mesafeli sözleşmeler açısından ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak tüketici, yapmış olduğu tüm harcamaları ve vermiş olduğu kıymetli evrakı iade almış olsa dahi sözleşme konusu edimin ifa edilmemiş olması nedeniyle ayrıca zarara uğramışsa TBK m. 125/III gereğince bu zararının tazminini talep edebilecektir⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Topaloğlu, s. 783.

⁶⁰⁹ Topaloğlu, s. 784.

⁶¹⁰ Topaloğlu, s. 784.

⁶¹¹ Topaloğlu, s. 784.

Bu açıdan mesafeli sözleşmede satıcı veya sağlayıcının temerrüde düşmesi nedeniyle tüketicinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep etmesi yönünde tüketici mevzuatında herhangi bir hüküm yer almıyor olsa da; bu durum TBK m. 125/II'deki genel hükmün uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğinden, kanaatimizce şartları sağlaması halinde tüketici, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep edebilmelidir.

Bu noktada hem menfi zararın hem de müspet zararın tazmini talebi için, satıcı veya sağlayıcının temerrüde düşmede kusurlu olması gerekmektedir.

Öte yandan tüketicinin sözleşmeden dönmenin yanı sıra menfi zararının tazminini talep edebilmesi ya da aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep edebilmesi için satıcı veya sağlayıcıya uygun bir ek süre vermesi gerekip gerekmediği sorusu da akla gelmektedir. MSY m. 16/2'de tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, satıcı veya sağlayıcının süresi içinde edimini ifa etmemiş olması dışında herhangi bir şart aranmamış olup bu durum, genel hükümler kapsamında seçimlik hak olan sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazminini talep hakkından farklıdır. Ancak TBK m. 125/II ve m. 125/III hükümlerine dayanılarak tazminat talebinde bulunulması halinde, istisnai haller saklı kalmak kaydıyla, tüketicinin satıcı veya sağlayıcıya uygun bir süre vermesi gerektiği görüşündeyiz.

(2) Para Borçlarında Temerrüdün Sonuçları

Para borcunun ifasında temerrüde düşülmesinin iki temel sonucu bulunmakta olup bunlar temerrüt faizi ve temerrüt faiziyle karşılanamayan aşkın (munzam) zararın tazminidir⁶¹².

Temerrüt faizi TBK m. 120'de düzenlenmiş olup TBK m. 120/I ve II gereğince sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenmektedir. Ayrıca sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranının mevzuattaki yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşması mümkün değildir. 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun m. 1 gereğince yasal faiz oranı yıllık %9 olup bu durumda ticari olmayan işlerde sözleşme ile

⁶¹² Tekinay ve diğerleri, s. 929-930, 941-943; Kılıçoğlu, s. 726; Antalya, Cilt III, s. 445, 460; Cansel ve Özel, s. 297, 299.

kararlaştırılabilecek azami temerrüt faiz oranı da yıllık %18'dir. Yine TBK m. 120/III uyarınca akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da yasal faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olacaktır.

Kanuni bir faiz olan temerrüt faizi, para borçları açısından bir anlamda "gecikme faizi" niteliğindedir; ancak gecikme faizi açısından aranan "borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması şartı", temerrüt faizi açısından aranmamaktadır⁶¹³. Yine temerrüt faizi, borçlunun temerrüde düştüğü andan borcun ifa edileceğı ana kadar işlemektedir⁶¹⁴.

Mesafeli sözleşmede para borcu tüketicinin borcu olup tüketicinin temerrüdü halinde tüketici, satıcı veya sağlayıcıya temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür⁶¹⁵. Mesafeli sözleşmede uygulanacak temerrüt faizinin oranı ya da temerrüt faizinin işlemeye başlayacağı an vb. hususlarda tüketici mevzuatında özel bir düzenleme yer almamaktadır⁶¹⁶. Bu durumda mesafeli sözleşmede tüketicinin temerrüdü durumunda kural olarak genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Buna göre tüketicinin temerrüdü halinde, mesafeli sözleşmede özellikle bir faiz belirlenmediğı ve sözleşmenin türü nedeniyle mevduatta özel bir faiz oranı düzenlenmediğı takdirde, tüketici yasal faiz olan %9 oranında temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Ancak mesafeli sözleşmede açıkça kararlaştırılması halinde, temerrüde düşen tüketicinin %18'e kadar (%18 dahil) temerrüt faizi ödemesi mümkündür.

Öte yandan mevzuatta bir sözleşme için özel bir faiz oranı düzenlenmiş ve bu sözleşme de mesafeli sözleşme olarak akdedilmiş ise, mevzuatta özel olarak belirlenen faiz oranının uygulanması da mümkündür. Örneğın; abonelik

⁶¹³ Kılıçoğlu, s. 727; Antalya, Cilt III, s. 447.

⁶¹⁴ Kılıçoğlu, s. 727; Antalya, Cilt III, s. 448; Nomer, s. 383-384.

⁶¹⁵ Yıldırım, Mesafeli Sözleşmeler, s. 298.

⁶¹⁶ Mesafeli sözleşmede temerrüt halinde ödenecek faize ilişkin tüketiciye ön bilgilendirme yapılması gerektiğı hususunda, mesafeli sözleşmeler hakkındaki ilk yönetmelik olan Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğın 7. maddesinin (h) bendinde: "Mesafeli sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve bu sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur. Sözleşmede; ... h) Faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirtilen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı, ... k) Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları yer alır." düzenlemesi yer almaktaydı. Ancak bu yönetmeliğı kaldıran Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelikte ve sonrasında 6502 sayılı TKHK m. 48 kapsamında mesafeli sözleşmeler için yürürlüğe giren Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde faize ilişkin özel bir düzenleme yer almamıştır. Yıldırım, Mesafeli Sözleşmeler, s. 206-207.

sözleşmelerinde tüketicinin temerrüdü hali için Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği⁶¹⁷ m. 12 ile *"Abonelik sözleşmelerinde faturanın zamanında ödenmemesi durumunda uygulanacak gecikme zammı oranı, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesine⁶¹⁸ göre belirlenen gecikme zammı oranını aşamaz."* şeklinde özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre mesafeli sözleşme olarak akdedilen abonelik sözleşmesinde temerrüt durumunda her ay için ayrı ayrı olacak şekilde aylık % 2'ye kadar (%2 dahil) gecikme zammı öngörülmüşse, tüketicinin temerrüde düşmesi durumunda genel hükümler uyarınca düzenlenen temerrüt faizinden daha yüksek bir faiz oranı ile ödemede bulunması mümkündür.

Tüketicinin temerrüdü açısından özellik arz eden bir diğer husus da, mesafeli sözleşmenin aynı zamanda taksitle satış sözleşmesi olması durumunda karşımıza çıkmaktadır. TKHK m. 19/I uyarınca taksitle satış sözleşmesinde, tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, satıcı veya sağlayıcının, belli koşulların mevcut olması durumunda, kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkı vardır. Bu hak taksitle satış sözleşmesinde saklı tutulmak zorunda olup bunun için de satıcı veya sağlayıcının bütün borçlarını ifa etmiş olması, tüketicinin de kalan borcun en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksiti ya da kalan borcun en az dörtte birini oluşturan bir taksiti ödemede temerrüde düşmesi ve bunun yanı sıra satıcı veya sağlayıcının da bu hakkı kullanmadan önce tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması gereklidir. Ayrıca TKHK m. 19/II gereğince muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon vb. masrafların dikkate alınması mümkün değildir.

Taksitle satış sözleşmesinin mesafeli sözleşme olarak akdedilmesi halinde, tüketicinin temerrüde düşmesi durumunda tüm borcun muaccel olacağına dair mesafeli sözleşme akdedilmeden önce tüketiciye ön bilgi verilmek zorundadır; zira

⁶¹⁷ R.G. 24.01.2015 tarihli ve 29246 sayılı.

⁶¹⁸ *"Amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısma vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı % 4 oranında gecikme zammı tatbik olunur. Ay kesirlerine isabet eden gecikme zammı günlük olarak hesap edilir... Cumhurbaşkanı, gecikme zammı oranlarını aylar itibarıyla topluca veya her ay için ayrı ayrı, yüzde onuna kadar indirmeye, gecikme zammı oranı ile gecikme zammı asgari tutarını iki katına kadar artırmaya, ayrıca gecikme zammı oranını aylar itibarıyla farklı olarak belirlemeye ve gecikme zammını bileşik faiz usulüyle aylık, üç aylık, altı aylık veya yıllık olarak hesaplatmaya yetkilidir."* 5/9/2018 tarihli ve 30526 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 62 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararının eki Kararın 1 inci maddesiyle, birinci fıkrada yer alan gecikme zammı oranı her ay için ayrı ayrı uygulanmak üzere %2 olarak belirlenmiştir.

bu durum MSY m. 5/1-f hükmünde yer alan "ödeme" ile ilgili bir sonuç doğurmaktadır. TKHK m. 19'da belirtilen şartları taşımayan muacceliyet kayıtları geçersizdir⁶¹⁹.

Para borcunda temerrüde düşülmesinin ikinci temel sonucu da "temerrüt faiziyle karşılanamayan aşkın (munzam) zararın tazmini"dir. Nitekim TBK m. 122/I'de *"Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür."* hükmü yer almaktadır.

Aşkın zarar, borçlunun kusuruyla neden olduğu temerrütten kaynaklanmakta olup borçlunun zararı, temerrüt faizini aşmak zorundadır⁶²⁰. Aşkın zarar, fiili zarar ile temerrüt faizi arasındaki farktan ibarettir⁶²¹. Öğretide alacaklının, para alacağı ödenseydi elde edeceği para ile bir ihtiyacını karşılayacak iken; bu para ödenmediği için temerrüt faizinden daha yüksek bir faiz oranıyla üçüncü bir kişiden ödünç almak zorunda kalması, borcun zamanında ifa edilmemiş olması nedeniyle alacaklının kendi alacaklısına cezai şart ödemesi neticesinde doğan zararlar aşkın zarara örnek olarak gösterilmektedir⁶²².

Aşkın zararın varlığını ispat yükü alacaklıdadır⁶²³. Öte yandan TBK m. 122/I gereğince borçlunun aşkın zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulabilmesi için, temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispat etmek zorundadır.

Mesafeli sözleşmede tüketicinin temerrüdü durumunda, satıcı veya sağlayıcının uğradığı zarar temerrüt faizinden daha fazlaysa ve bu durumu ispat

⁶¹⁹ Zevkliler ve Özel, s. 220; Aslan, s. 398; Özel, Tüketici, s. 173; Karakocalı ve Kurşun, s. 92.

⁶²⁰ Barlas, s. 191; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 500; Antalya, Cilt III, s. 461.

⁶²¹ Antalya, Cilt III, s. 461.

⁶²² Barlas, s. 203, 204, 205; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 500. Enflasyon nedeniyle para değerindeki değer kaybının temerrüt faizinden yüksek olması nedeniyle her halde aşkın zararın doğduğu söylenemez. Yargıtay'ın bazı kararlarında aşkın zararın somut olarak ispatı gerekmekte iken; bazı kararlarında da aşkın zararın miktarının hayatın olağan akışına göre hakim tarafından takdir edilebileceği, borçlunun aşkın zararın olmadığını ispatla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Bu konuda içtihadı birleştirme talep edilmiş olsa da; Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 08.10.1999 tarih ve 1997/2 Esas, 1999/1 Karar sayılı kararı ile *"... Kaynağını değişik maddi olgulardan alan zararların kanıtlanması işleminin içtihatları birleştirilmesi yoluyla tek bir ispat vasıtasına bağlanmasını, hakim delilleri serbestçe değerlendirmesi yasal ilkesine aykırı olması..."* nedeniyle içtihadı birleştirmeye gerek olmadığına karar verilmiştir. Bkz: Reisoğlu, s. 379-382; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 500; Nomer, s. 398-399; Antalya, Cilt III, s. 462.

⁶²³ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 500; Reisoğlu, s. 379; Antalya, Cilt III, s. 461.

edebilirse, tüketici temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat etmedikçe, satıcı veya sağlayıcının aşkın zararını karşılamakla yükümlüdür⁶²⁴.

2. Alacaklının Temerrüdünün Sonuçları

Alacaklının temerrüdü kural olarak alacaklının alacak hakkının kaybetmesine neden olmamakta olup alacaklının, temerrüde düşmesine rağmen borçludan edimin ifasını talep etmesi mümkündür⁶²⁵.

Alacaklının temerrüde düşmesi, kural olarak borçlunun borçlandığı edimi ifa etmesine de etki etmemektedir⁶²⁶. Bir başka ifadeyle alacaklı temerrüde düşse dahi borçlunun borcu kendiliğinden sona ermemektedir⁶²⁷.

Alacaklının temerrüdü ile borçlu, alacaklının ifaya katılmasını talep veya dava edemeyeceği gibi, alacaklıdan tazminat da talep edemeyecektir⁶²⁸. Zira alacaklının ifayı kabulü kural olarak borç değil, külfet niteliği arz ettiğinden, borçlunun temerrüdünde olduğu gibi aynen ifa veya tazminat talep edilebilmesi mümkün değildir.

Alacaklının temerrüdünün sonuçları; temerrüde bağlanan genel sonuçlar (borçlunun sorumluluğunu hafifleten sonuçlar) ve borçlunun sorumluluktan kurtulmasını sağlayan sonuçlar olarak ikiye ayrılmaktadır.

Mesafeli sözleşmede alacaklının temerrüdünün söz konusu olduğu durumlar açısından ne TKHK ne de MSY'de özel bir hüküm düzenlenmiş olup TKHK m. 83/1 uyarınca kanunda boşluk bulunan hallerde genel hükümlere başvurulması gerektiğinden; mesafeli sözleşmede alacaklının temerrüdünün söz konusu olduğu durumlarda da TBK hükümleri uygulanmalıdır.

⁶²⁴ Yıldırım, Mesafeli Sözleşmeler, s. 299.

⁶²⁵ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1043.

⁶²⁶ Antalya, Cilt III, s. 135.

⁶²⁷ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 147; Kılıçoğlu, s. 700; Reisoğlu, s. 339.

⁶²⁸ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 358; Nomer, s. 339; Antalya, Cilt III, s. 135.

a. Alacaklının Temerrüdüne Bağlanan Genel Sonuçlar (Borçlunun Sorumluluğunu Hafifleten Sonuçlar)

Alacaklının temerrüdünün bazı sonuçları vardır ki; bu sonuçlar borçlunun sorumluluğunu sona erdirmemekle birlikte hafifletmektedir⁶²⁹.

Bu sonuçlardan ilki alacaklının temerrüde düşmesi ile borçlunun temerrüdünün sona ermesidir⁶³⁰. Bu durumda borçlunun temerrüdüne bağlanan gecikme faizi, alacaklının temerrüde düşmesi ve dolayısıyla borçlunun temerrüdünün son bulması ile işlemeye devam etmeyecektir⁶³¹.

İkinci önemli sonuç temerrüde düşen alacaklının, karşı tarafa ödemezlik def'ini ileri sürememesidir⁶³².

Yine alacaklının temerrüde düşmesi sonrasında, borçludan asıl borca bağlı nitelikteki cezai şartının ödenmesi talep edilemeyecektir⁶³³.

Alacaklının temerrüdünden sonra borçlunun sorumluluğunun hafiflemesini gösteren en önemli sonuçlardan biri de TBK m. 114/II uyarınca borçlunun yalnızca ağır kusurundan sorumlu olmasıdır⁶³⁴.

Diğer bir önemli sonuç, öğretide aksi bir görüş⁶³⁵ olmakla birlikte, alacaklının temerrüdünden sonra edim ve hatta karşı edim hasarının alacaklıya geçmesidir⁶³⁶. Buna göre alacaklının temerrüdü sonrasında edimi hafif kusurla veya kazayla sona eren borçlu borcundan kurtulacağı gibi, karşı taraftan edimin karşılığını da talep edebilecektir⁶³⁷.

⁶²⁹ Tekinay ve diğerleri, s. 846; Antalya, Cilt III, s. 144.

⁶³⁰ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 148; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1045; Antalya, Cilt III, s. 145. Bu sonucun alacaklının temerrüdünün değil, borçlunun ifayı arz etmesinin bir sonucu olarak görüş için bkz: Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s.359.

⁶³¹ Tekinay ve diğerleri, s. 849; Antalya, Cilt III, s. 145.

⁶³² Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 148; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1045; Antalya, Cilt III, s. 145. Bu sonucun alacaklının temerrüdünün değil, borçlunun ifayı arz etmesinin bir sonucu olarak görüş için bkz: Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s.359.

⁶³³ Antalya, Cilt III, s. 145.

⁶³⁴ Tekinay ve diğerleri, s. 846-847; Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 148; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1044; Nomer, s. 340; Antalya, Cilt III, s. 146.

⁶³⁵ Antalya, Cilt III, s. 146.

⁶³⁶ Tekinay ve diğerleri, s. 848; Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 148; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1044-1045; Nomer, s. 340. Hasarın, temerrüde düşen alacaklıya geçmesinin tevdi şartına bağlı olduğunu savunan görüş için bkz: Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 360.

⁶³⁷ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 148.

Alacaklının temerrüdü ile sözleşme konusu şeyin tevdi ve muhafaza masrafları da alacaklıya ait olacaktır⁶³⁸.

TBK m. 106/II gereğince alacaklı, müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse, diğerlerine karşı da temerrüde düşmüş olur. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan bu hüküm sayesinde alacaklının, müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşmesi halinde, diğer müteselsil borçluların alacaklıya yeniden ifa teklifinde bulunması gerekmemektedir⁶³⁹.

Para borcu için sözleşme ile faiz kararlaştırılmışsa ve alacaklı temerrüde düşmüşse, alacaklının temerrüde düşmesinden itibaren faiz işlemeyecektir⁶⁴⁰. Bununla birlikte öğretide alacaklının temerrüdü nedeniyle borçlunun, parayı kullanmaya devam ettiğinden bahisle akdi faizin devam edeceğini; ancak para borcunun tevdiinden itibaren faizin işlemeyeceğinin savunan bir görüş daha bulunmaktadır⁶⁴¹.

Son olarak öğretide bir görüşe göre alacaklının temerrüdü halinde alacaklı kendisine verilen uygun süre içinde seçim hakkını kullanmaktan imtina ederse, seçimlik borçtaki seçim yetkisi borçluya geçmektedir⁶⁴².

b. Borçlunun Sorumluluktan Kurtulmasını Sağlayan Sonuçlar

Alacaklının temerrüdü sonrası borçlunun sorumluluktan kurtulmasına imkan sağlayan haklar TBK m. 106-110 arasında düzenlenmiş olup bu haklar sözleşme konusu şeyin tevdi, tevdi edilemeyen eşyayı sattırma ve bedeli tevdi hakkı ile sözleşmeden dönme hakkıdır.

(1) Tevdi Hakkı

Borçlunun, borçlandığı şeyi tevdi hakkı, niteliği itibarıyla ancak verme borçları (örneğin, taşınır mal, para, borç senedi, kıymetli evrak vb.) açısından

⁶³⁸ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 359; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1045; Nomer, s. 340; Antalya, Cilt III, s. 146.

⁶³⁹ Antalya, Cilt III, s. 147.

⁶⁴⁰ Tekinay ve diğerleri, s. 849; Nomer, s. 340.

⁶⁴¹ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 360; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1046.

⁶⁴² Antalya, Cilt III, s. 147.

kullanılabilecek bir haktır⁶⁴³. Zira maddi edim dışındaki edimlerin, yani yapma ve yapmama borçlarının tevdi mümkün değildir⁶⁴⁴. Tevdi, borçlu için bir hak olup yükümlülük değildir⁶⁴⁵.

TBK m. 107'de yer alan *"Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Tevdi yerini, ifa yerindeki hâkim belirler. Bununla birlikte ticari mallar, hâkim kararı olmadan da bir ardiyeye tevdi edilebilir."* hükmü ile borçluya kendi fiiliyle borcundan kurtulması için bir hak tanınmıştır⁶⁴⁶. Buna göre borçlu, alacaklının temerrüde düşmesi nedeniyle, hasar ve gideri alacaklıya ait olacak şekilde sözleşme konusu şeyi belirlenen bir yere bırakarak borcundan kurtulmaktadır. Bu durumda borçlanılan şeyin tevdi ile üçüncü kişi yararına bir saklama (vedia) sözleşme yapılmaktadır⁶⁴⁷.

TBK m. 107/II gereğince tevdi yerini kural olarak hakim belirlemekle birlikte; ticari mallar açısından mahkeme kararına gerek olmaksızın ardiyeye tevdi de mümkündür. Bir malın ticari olup olmaması taraflar arasındaki ilişkinin ticari iş olup olmamasına göre belirlenmektedir⁶⁴⁸. Uygulamada tevdi yeri taşınır mallar için genellikle yediemin deposu, para için ise banka olarak belirlenmekte olup yediemin ücretinden de, hukuki durum belli oluncaya kadar tevdi talep eden borçlu sorumlu tutulmaktadır⁶⁴⁹. TBK m. 107 gereğince saklama giderleri alacaklıya ait olduğundan, borçlu bu bedeli alacaklıdan talep etme hakkına sahiptir.

Borçlanılan şeyin tevdi, dürüstlük kuralı gereğince alacaklıya derhal bildirilmelidir; aksi takdirde doğan zararlardan tevdi eden borçlu sorumlu olacaktır⁶⁵⁰.

Borçlunun borçlandığı şeyi tevdi yerine teslim etmesi ile borçlu borcundan kurtulacaktır; ancak bunun için tevdiin sözleşmeye uygun şekilde gerçekleşmesi gerekmekte olup tevdiin edime uygun olmaması durumunda tevdi geçersiz

⁶⁴³ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 361; Kılıçoğlu, s. 700; Antalya, Cilt III, s. 149.

⁶⁴⁴ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1046.

⁶⁴⁵ Tekinay ve diğerleri, s. 843; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1046; Antalya, Cilt III, s. 147.

⁶⁴⁶ Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1046.

⁶⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 150; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 362; Nomer, s. 339; Kılıçoğlu, s. 702; Antalya, Cilt III, s. 148.

⁶⁴⁸ Kılıçoğlu, s. 701.

⁶⁴⁹ Nomer, s. 338.

⁶⁵⁰ Reisoğlu, s. 340; Antalya, Cilt III, s. 149.

olacaktır⁶⁵¹. Tevdiin bir diğer sonucu da TBK m. 107/II gereğince edimin hasar ve giderinin alacaklıya ait olmasıdır⁶⁵².

TBK m. 109'da yer alan *"Alacaklı, tevdi edilen şeyi kabul ettiğini açıklamış veya tevdi bir rehnin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmuş olmadıkça borçlu, tevdi edilen şeyi geri alabilir. Tevdi edilen şey geri alındığı anda alacak, bütün yan haklarıyla birlikte varlığını sürdürür."* hükmü ile tevdi edilen şeyin borçlu tarafından geri alınabilmesine cevaz verilmiştir. Ancak bunun için alacaklı, tevdi edilen şeyi kabul ettiğini açıklamamış olmalıdır ya da tevdi, bir rehni ortadan kaldırmış olmamalıdır.

Tevdi geri alma hakkı, geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğuran bir hak olup geri alma üzerine alacak, zamanaşımının kesilmesi hariç, tüm yan haklarıyla birlikte var olmaya devam edecektir⁶⁵³. Yine tevdiin geri alınması üzerine tevdi giderleri, borçluya ait olacaktır⁶⁵⁴.

Mesafeli sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması ve sözleşme konusunun da mal olması durumunda gerek satıcı, gerekse tüketici açısından alacaklının temerrüdü müessesesinin gündeme gelmesi mümkündür. Mesafeli sözleşmede taraflardan birinin tüketici olması nedeniyle taraflar arasında ticari iş söz konusu olmadığından; alacaklının temerrüdünün söz konusu olması halinde sözleşme konusu malın ya da paranın tevdi için hakimden yer tayini talep edilmesi gerekmektedir. Aksi halde borçlunun borcundan kurtulamayacaktır.

(2) Sattırma ve Bedeli Tevdii Hakkı

Tevdi edilmesi mümkün olmayan şeyler açısından alacaklının temerrüdünde kanun koyucu borçluya, borçlanılan edimin satılarak bedelin tevdi edilmesi hakkı tanımıştır⁶⁵⁵. Nitekim bu hak TBK m. 108/I'de *"Sözleşmenin konusu olan şeyin niteliği veya işin özelliği tevdi edilmesine uygun düşmez veya teslim edilecek şey bozulabilir ya da bakımı, korunması veya tevdi edilmesi önemli bir gideri gerektirir*

⁶⁵¹ Antalya, Cilt III, s. 151.

⁶⁵² Antalya, Cilt III, s. 151.

⁶⁵³ Antalya, Cilt III, s. 152.

⁶⁵⁴ Antalya, Cilt III, s. 152.

⁶⁵⁵ Tekinay ve diğerleri, s. 845; Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 150; Nomer, s. 338-339; Antalya, Cilt III, s. 152.

ise, borçlu, alacaklıya önceden ihtarda bulunması koşuluyla, hâkimin izniyle onu açık artırma yoluyla sattırıp bedelini tevdi edebilir." şeklinde ifade edilmiştir.

Niteliği veya işin özelliği nedeniyle tevdi edilmeye uygun olan şeylere patlayıcı madde gibi tehlikeli şeyler ya da uçak veya gemi gibi fazla yer kaplayan şeyler örnek olarak gösterilebilecektir⁶⁵⁶. Bozulabilir şeyler de niteliği gereğince tevdi edilemeyecek şeylerden olup meyve, sebze, et gibi gıda malları akla ilk gelen şeylerdir. Öte yandan bakımı, korunması veya tevdi edilmesi önemli bir masraf gerektiren şeylerin de, örneğin canlı hayvan bakımının, tevdi edilmesi makul bir sonuç doğurmayacağından bu şeylerin satılıp bedelinin tevdi edilmesi mümkündür⁶⁵⁷. Bu noktada önemli masraftan anlaşılması gereken, şeye yapılan giderin, şeyin değerine göre oldukça yüksek olmasıdır⁶⁵⁸.

Bu hakkın kullanılabilmesi için borçlunun, kural olarak alacaklıya önceden ihtarda bulunması ve borç konusu edimin açık arttırma usulüyle sattırılabilmesi için hakimden izin alması şarttır⁶⁵⁹. Bu şartların sağlanması ile sözleşme konusu şey kural olarak açık arttırma usulüyle satılacak olup satış sonucu elde edilecek bedel alacaklıya tevdi edilecek ve borçlu borcundan kurtulacaktır⁶⁶⁰. Bir başka ifadeyle borçlunun borcundan kurtulması için sadece malı sattırması yeterli değildir, satış bedelinin hakimın göstereceği yere yatırması gerekmektedir⁶⁶¹. Borçlunun, sattırma izni ile tevdi kararını birlikte talep etmesi mümkündür⁶⁶².

Alacaklıya ihtar yapılması ve sözleşme konusu şeyin açık arttırma ile satılmasına yönelik kuralların istisnası TBK m. 108/II'de "*Teslim edilecek şey, borsada kayıtlıysa veya piyasa fiyatı varsa ya da yapılacak gidere oranla değeri az ise, satışın açık artırma yoluyla yapılması zorunlu olmadığı gibi, hâkim, önceden ihtarda bulunma koşulunu aramaksızın satışa izin verebilir."* şeklinde düzenlenmiştir.

Mesafeli sözleşme ile niteliği veya işin özelliği nedeniyle tevdi edilmeye uygun olmayan birtakım malların satın alınması mümkündür. Bu noktada akla ilk olarak bozulmaya elverişli gıda malları gelmekte olup günümüzde tüketiciler için

⁶⁵⁶ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 363; Reisoğlu, s. 341; Antalya, Cilt III, s. 154.

⁶⁵⁷ Antalya, Cilt III, s. 154.

⁶⁵⁸ Antalya, Cilt III, s. 154.

⁶⁵⁹ Reisoğlu, s. 341; Antalya, Cilt III, s. 154.

⁶⁶⁰ Tekinay ve diğerleri, s. 845; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1048-1049; Antalya, Cilt III, s. 155.

⁶⁶¹ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 364; Reisoğlu, s. 341.

⁶⁶² Antalya, Cilt III, s. 155.

süpermarketlerin internet sitelerinden bu mallara ulaşmak son derece kolaydır. Ya da örneğin, mesafeli sözleşme ile bitki ya da evcil hayvan satın alınması da mümkündür. Tüketicinin bu malları teslim almada alacaklının temerrüdüne düşmesi halinde, malların bozulma riski fazlaysa ve malların bakımı ve muhafazası da önemli ölçüde yüksekse satıcı, bu malların satılıp bedelinin tüketiciye tevdi ile borcundan kurtulabilecektir. Böyle bir durumda satın alınan mal ya malların bedelinin ne kadar olduğu, kayıtlı piyasa fiyatı olup olmadığı ya da yapılacak masrafın ne kadar olduğu hususları önem arz etmekte olup şayet yapılacak gider, mal ya da malların değerinden fazlaysa bu durumda tüketiciye ihtar yapılmasına ve satışın açık arttırma usulü yapılmasına gerek olmaksızın satıcı tarafından doğrudan mahkemeden satışa izin vermesi talep edilebilir. Bununla birlikte mal ya malların bakımı ve korunmasının veya tevdi edilmesinin önemli bir gideri gerektirmesi durumunda öncelikle satıcı, tüketiciye sattırma ve bedeli tevdi etme hakkını kullanacağına dair ihtar göndermeli ve ardından hakimden açık arttırmayla satışı izin vermesi talep edilmelidir. Son derece meşakkatli olan bu süreç satıcıların gerçekten ne kadar başvuracağı tartışma konusudur. Bu açıdan öğretideki sözleşmeden dönme hakkının yalnızca yapma borçları için tanınmış olmasının hakkaniyete uymadığı, verme borçları açısından da bu hakkın kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız⁶⁶³.

(3) Sözleşmeden Dönme

Sözleşme konusu edimin verme borcu teşkil etmediği durumlarda, yani tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde yapma borcunda, alacaklının temerrüdü için kanun koyucu borçluya sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır⁶⁶⁴. Nitekim bu hakka ilişkin TBK m. 110'da *"Borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü hâlinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir."* hükmü yer almaktadır.

Sözleşmeden dönme hakkı için TBK m. 110 ile borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere atıf yapıldığından, borçlunun temerrüdünün sonuçlarını incelerken

⁶⁶³ Bkz: Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 152.

⁶⁶⁴ Tekinay ve diğerleri, s. 846; Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, İfa, s. 151; Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 365; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1051; Reisoğlu, s. 341; Antalya, Cilt III, s. 155-156.

yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Bu açıdan alacaklının temerrüdü halinde borçlu kural olarak sözleşmeden dönme hakkını kullanmadan önce teklif ettiği ifayı kabul etmesi veya ifaya katılması için alacaklıya uygun bir süre vermeli veya mahkeme kararı ile verdirmelidir; alacaklı bu süre içinde de borçlunun ifasını kabul etmez veya ifaya katılmazsa borçlu bu takdirde sözleşmeden dönme hakkını derhal kullanmalıdır⁶⁶⁵. Sözleşmeden dönme hakkını kullanmadan önce alacaklıya süre verilmesini gerektirmeyen hallerin (TBK m. 124'teki hallerin) varlığı halinde ise alacaklının ifayı kabul etmediği ya da ifaya katılmadığı an derhal sözleşmeden dönme hakkının kullanılması mümkündür⁶⁶⁶.

Bu noktada alacaklının temerrüdü nedeniyle borçlunun, sözleşmeden dönme hakkının yanı sıra menfi zararlarının tazminini talep hakkının olup olmadığı sorusu da akla gelmektedir. Öğretideki bir görüşe göre TBK m. 110'da yalnızca sözleşmeden dönme hakkına atıf yapılmış olup bu madde borçluya menfi zararların tazminini talep hakkı sağlamamaktadır⁶⁶⁷. Bununla birlikte öğretideki diğer bir görüş ise borçlunun, sözleşmeden dönmenin yanı sıra menfi zararlarının tazminini de talep edebileceğini savunmaktadır⁶⁶⁸. Hatta bu görüşe göre alacaklının temerrüde düşebilmesi için kusurlu olması gerekmediğinden, borçlunun temerrüdünde menfi zararın tazminini talep edebilmesi için gerekli olan kusur şartı, alacaklının temerrüdü açısından aranmamalıdır⁶⁶⁹.

Mesafeli sözleşmede yapma borcunun söz konusu olduğu hallerde, yani sağlayıcının bir hizmet sağlamayı üstlendiği hallerde, tüketici, sağlayıcı tarafından teklif edilen edime uygun ifayı haklı bir nedeni olmadan kabul etmezse veya ifaya katılmazsa bu durumda alacaklının temerrüdü gündeme gelecektir. Böyle bir durumda sağlayıcı, tüketiciye borçlunun temerrüdü hükümleri gereğince kural gerekli süreyi vermeli ve sürenin sonunda borçlu ifayı hala kabul etmemişse veya ifaya katılmamışsa bu durumda sağlayıcı derhal sözleşmeden dönmelidir.

⁶⁶⁵ Oğuzman ve Öz, Cilt 1, s. 365; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1052.

⁶⁶⁶ Antalya, Cilt III, s. 156.

⁶⁶⁷ Kocayusufoğlu ve diğerleri, İfa, s. 151; Nomer, s. 339.

⁶⁶⁸ Tekinay ve diğerleri, s. 846; Eren, Borçlar Hukuku 2017, s. 1052; Antalya, Cilt III, s. 156-157.

⁶⁶⁹ Tekinay ve diğerleri, s. 846.

SONUÇ

Mesafeli sözleşme tarafların eş zamanlı olarak fiziken karşı karşıya gelmeden kurdukları bir sözleşme olup bu durum her iki tarafın edimlerin ifası açısından da özellik arz etmektedir. Öyle ki satıcı, sözleşme konusu malın teslimi için kendi bünyesinde bir taşıma organizasyonu kurabileceği gibi, uygulamada sıklıkla tercih edildiği üzere üçüncü bir kişiden de (örneğin, kargo işletmecisinden) yararlanabilmektedir. Bu durumda taşıyıcı, satıcının ifa yardımcısı konumundadır. Dolayısıyla taşıyıcının, sözleşme konusu mala verdiği zararlar nedeniyle satıcı sorumludur.

Mesafeli sözleşme açısından önem arz eden bir başka kavram da “aracılık eden” kavramı olup aracılık eden, oluşturdukları sistem çerçevesinde satıcı ve sağlayıcının mal veya hizmetlerinin mesafeli olarak tüketiciye ulaşmasına aracılık etmekte ve tüketiciden mal veya hizmetin bedelini de tahsil etmektedir. Ancak kanun koyucu aracılık edenin sorumluluğunu sınırlı tutmuştur. Buna göre aracılık eden yalnızca "işlemlere ilişkin kayıt tutma ve talep halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere verme" yükümlülüğü altındadır ve yalnızca “satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı” sorumludur. Kanaatimizce aracılık edenin, satıcı veya sağlayıcının sözleşmeye aykırı fiillerinden müteselsilen sorumlu tutulmasına ilişkin tasarıdaki düzenlemenin kanun metnine alınmaması doğru olmamıştır.

Mesafeli sözleşmede tüketici sözleşme konusu malı veya hizmeti fiziken görmeksizin sözleşmeyi akdettiğinden, kanun koyucu tüketiciye, sözleşmeyle bağlı olup olmama noktasında bir kez daha düşünme imkanı tanımıştır. Bu imkan cayma hakkı olup tüketici, kural olarak on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart da ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir.

Mesafeli sözleşmede satıcının borcu, MSY m. 17/I'de yer alan edim hasarına satıcının katlanacağına dair hüküm gereğince, yollanacak (gönderilecek) borç değil, götürülecek borç niteliği taşımaktadır.

Mesafeli sözleşmede tüketici, borcunu pek çok usulde ifa etme imkanına sahiptir. Bunlardan en sık tercih edilen usuller, mesafeli sözleşmenin akdedilmesi

sırasında kredi kartı ya da banka kartı ile ödeme; sözleşme akdedildikten sonra banka hesabına havale, elektronik fon transferi veya posta havalesi ile ödeme ya da kapıda nakit ödemedir.

TKHK m. 48/3'te mesafeli sözleşmede satıcı veya sağlayıcı açısından ifa zamanının, tüketicinin siparişinin ulaştığı tarihten itibaren taahhüt edilen süre olduğu belirtilmiş ve mal satışları açısından azami otuz günlük süre öngörülmüştür. Önceki kanunda gerek mal, gerekse hizmet ifaları açısından öngörülen bu azami sürenin, TKHK ile yalnızca mal satışları açısından öngörülmüş olması isabetli değildir. Bununla birlikte önceki kanunda döneminde yürürlükte olan yönetmelikte ifa süresinin on gün daha uzatılmasına cevaz veren hükmün, TKHK döneminde düzenlenmemiş olması ise tüketiciler açısından olumlu bir gelişmedir.

Mesafeli sözleşmede satıcı veya sağlayıcının temerrüde düşmesi durumunda tüketicinin sahip olduğu haklar önceki kanun döneminde özel olarak düzenlenmemişken; TKHK m. 48/3 ile tüketicinin sözleşmeden dönme hakkının olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu noktada madde metninde "sözleşmenin feshi" ifadesinin geçmesinin tek başına bir anlamı bulunmamaktadır. Zira mesafeli sözleşmenin ani edimli bir sözleşme olması, sözleşmenin feshi olarak ifade edilen hakkın TBK m. 125/III'te düzenlenen sözleşmeden dönme seçimlik hakkının karşılığı olması ve MSY m. 16/3 ile satıcı veya sağlayıcıya sözleşmenin başından itibaren elde edilen tüm bedelleri yasal faizi ile iade etme yükümlülüğü yüklenmesi birlikte değerlendirildiğinde; bu hakkın geçmişe etkili nitelikteki "sözleşmeden dönme" hakkı olduğu görülmektedir.

Öte yandan mesafeli sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan; satıcı veya sağlayıcının borçlunun temerrüdüne düşmesi halinde, gerekli şartlar da sağlanmaktaysa kanaatimizce tüketicinin sözleşmeden dönme hakkının yanı sıra menfi zararının tazminini talep etme hakkı veya aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep etme hakkı da mevcuttur.

MSY m. 17/1 gereğince satıcı, malın tüketici ya da tüketicinin taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimine kadar oluşan kayıp ve hasardan sorumludur. Bununla birlikte tüketici, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep ederse bu durumda "malın ilgili taşıyıcıya tesliminden itibaren oluşabilecek kayıp ya da hasardan" satıcı değil, taşıyıcı sorumlu olacaktır.

Mesafeli sözleşmelerde kayıp ve hasardan sorumluluğu düzenleyen MSY m. 17 hükmünün yalnızca mal teslimi açısından düzenlenmiş olması kanaatimizce isabetsizdir. Zira hizmetin ifasının imkansızlaşması hali için tüketici mevzuatında özel bir hüküm yer almadığından, genel hüküm niteliğindeki TBK m. 136 hükmüne başvurulacaktır; bu da hizmetin ifasının kusursuz imkansızlaştığı hallerde edim hasarına tüketicinin katlanmak zorunda olduğu anlamına gelmektedir. Sözleşmenin konusunun mal ya da hizmet olmasına göre edim hasarından farklı tarafların sorumlu tutulması kanaatimizce hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle kanun koyucunun hizmetin ifasında imkansızlık hali için tüketici lehine bir düzenleme getirmesinde yarar vardır.



KAYNAKÇA

Acemoğlu, Kevork. "Aliud" ve Federal Mahkemenin "Aliud" Konusundaki Tutumu Üzerine", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:6, Sayı:9, 1972, ss. 19-29, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/13955>.

Açıkgül, Emine ve Hacı Ali Açıkgül, **Teori ve Uygulamada Kredi Kartı Sözleşmeleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Adıgüzel, Burak. **Taşıma Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Akipek, Şebnem. "Madde 3 Tanımlar", **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (Tanımlar), ss. 40-60.

Akipek, Şebnem. "Madde 27 Erken Ödeme", **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (Erken Ödeme), ss. 517-522.

Akipek, Şebnem. **Tüketici Kredisi**, (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, (Tüketici Kredisi), 1998.

Akkanat, Halil. **Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996.

Akkurt, Sinan Sami. "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:60, Sayı:1, 2011, ss. 19-46.

Akyol, Şener. **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İkinci Bası, İstanbul, 2006.

Antalya, O.Gökhan. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, (Cilt I).

Antalya, O. Gökhan. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt III**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, (Cilt III).

Aral, Fahrettin. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 8. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2010, (Borçlar Hukuku).

Aral, Fahrettin. **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, (Kötü İfa).

Aslan, İ. Yılmaz. **Tüketici Hukuku**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015.

Avcı Braun, Cihan. "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XII, Sayı:2, 2015, ss. 17-45.

Aydoğdu, Murat. **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, (Tüketici Hukuku).

Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Aydoğdu, Murat. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 2, 2013, (Yenilikler), ss. 1-62.

Aydoğdu, Murat "Madde 8 Ayıplı Mal", **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (Ayıplı Mal), ss. 183-214.

Barlas, Nami. **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.

Bilgin Yüce, Melek. **Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Bozbel, Savaş ve Murat Atalı. *"Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması Ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar"*, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-savasbozbel-muratatali-1.htm&kw=sava%C5%9F+bozbel#fm>, Kazancı Hukuk Eserleri Bankası, (15.05.2019).

Buhur, Oğuzhan. **Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Bülter, Ahmet. "Tüketicinin Korunması Hukukunda Mesafeli Sözleşme Kavramı", **Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi**, Yıl:11, Sayı:13, 2003, ss. 13-29.

Büyükcay, Yusuf. "İnternette Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", **E-Akademi Hukuk, Ekonomi Ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, <http://www.e-akademi.org/makaleler/ybuyukay-7.htm>, (15.01.2018).

Can, Mertol. **CMR ve Alman Ticaret Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları**, Birinci Cilt, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.

Cansel, Erol ve Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Cemal, Ahmet. "Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:3, Sayı:5, 1969, ss. 239-256, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/14036>.

Ceylan, Ebru. "Madde 54 Fiyat Etiketi" , **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (Fiyat Etiketi), ss. 892-902.

Ceylan, Ebru. **Türk, İsviçre ve Avrupa Birliği Hukukunda Kredi Kartını Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, (Kredi Kartı).

Ceylan, Ebru. "Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yenilikler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:117, 2015, (Yenilikler), ss. 233-284.

Cumalıoğlu, Emre. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Satıcının Ayıplı Maldan Sorumluluğunun Koşulları", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt:9, Özel Sayı, Kasım 2014, ss. 20-29.

Çeker, Mustafa. **Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1997.

Çabri, Sezer. **6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Demir, Mehmet. **Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

Dönmez, Zeynep. "2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi Ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku'na Yansımaları", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1, 2016, ss. 351-380.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, (Borçlar Hukuku 2009).

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, (Borçlar Hukuku 2017).

Erten, Alev Erten. **Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları (T.İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara 2009/VI.

Falcıoğlu, Mete Özgür. **Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

Gezder, Ümit. **Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006, (Erzurumlu Şerhi).

Gezder, Ümit. "Mesafeli Sözleşmeler", **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar)**, (Ed. M. Murat İnceoğlu), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, (Mesafeli Sözleşmeler), ss. 327-341.

Gümüş, Mustafa Alper. **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Hatemi, Hüseyin ve Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

İnal, H. Tamer. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık Dönme ve Fesih**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

İnceoğlu, M.Murat. "İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:54, Sayı:4, 2005, ss. 149-182.

İpek, Eyüp. **Edime Uygun İfa Kuralı Ve Bu Kuralın İhlâline Bağlanan Hukuki Sonuçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

İşgüzar, Hasan. **Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Kalpsüz, Turgut. **Ticari Satışta İfa Mahalli**, Ankara Üniversitesi Yayınevi, Ankara, 1960.

Karakocalı, Ahmet ve Ali Suphi Kurşun. **Tüketici Hukuku**, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2015.

Kaya, Ferman. **E-Ticaret Hukuku Ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Kılıçoğlu, Ahmet M. . **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.

Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru. "Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme", **Cevdet Yavuz'a Armağan**, ss. 1759-1771, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/372513>.

Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, (Borçlar Hukuku 2009).

Kocaman, Arif B. . "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Üçlü İlişkiler Konusundaki Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme", **Erzurumluoğlu Armağanı**, (Ed. Emel Badur), Ankara Barosu Başkanlığı Anıl Matbaacılık, Ankara, 2012, ss. 531-548.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, (İfa).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, (Borçlar Hukukuna Giriş).

Kula, Nil. **Türk Eşya Taşıma Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Nomer, Haluk N. . **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Oğuzman, M. Kemal ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, (Cilt 1).

Oğuzman, M. Kemal ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, (Cilt 2).

Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin. "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:50, Sayı:1, 2001, ss. 55-90.

Özdemir, Hayrunnisa ve Yakup Korkmaz, "Madde 20 Erken Ödeme", **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (Erken Ödeme).

Özdemir, Hayrunnisa ve Yakup Korkmaz, "Madde 17 Taksitle Satış Sözleşmeleri", **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, (Taksitle Satış).

Özel, Çağlar. **Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, (Geri Alma).

Özel, Çağlar. **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, (Tüketici).

Reisoğlu, Safa. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayıncılık, Yirmibeşinci Bası, İstanbul, 2014.

Sarıaslan, Damla. **Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014.

Serdar, İlknur **İnternetteki Hukuki İşlemlerde Tüketicinin Korunması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2005.

Serozan, Rona. "Parça Borcu-Cins Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayrım", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:3, Sayı:5, 1969, ss. 211-238.

Sert Sütçü, Selin. **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Sonat, K. Ali. **Nakit Dışı Ödeme Usulleri Çerçevesinde Para Borcunun Banka Havalesi Yoluyla Ödenmesi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

Sözer, Bülent. **Elektronik Sözleşmeler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002.

Şeker, Muzaffer. "Elektronik Ödeme Sistemleri", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:10, Sayı:20, 2011, ss. 55-73.

Şenocak, Zarife. "Borçlar Kanunu'nun 96. vd. Ve 194 vd. Maddeleri Açısından "Aliud"un (Başka Şeyin) Teslimi", **BATİDER**, Cilt:15, Sayı:1, 1989, ss. 113-135.

Tekinay, Selahattin Sulhi. **Borçların İfası, İhlâli, Sona Ermesi ve Özel Nev'ileri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Teoman, Ömer. **Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996.

Tiryaki, Betül. **Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, (Ayıplı Hizmet).

Tiryaki, Betül. "E-Tüketici ve Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", **XIII. Türkiye'de İnternet Konferansı Bildirileri**, http://inet-tr.org.tr/inetconf13/kitap/tiryaki_inet08.pdf, (E-Tüketici).

Topaloğlu, Mustafa. "Madde 48 Mesafeli Sözleşmeler" , **Milli Şerh**, (Ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2016, ss. 759-794.

Tunçomağ, Kenan. **Borçlar Hukuku Dersleri II Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nev'ileri)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, İstanbul, 1967.

Türk, Ahmet. **Hukuki Yönden Banka Havalesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Uçar, Mehmet Ali ve Orhan Filiz, **Türkiye'de Kargoculuğun Sorunları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Ulusal, Metin. **Açıklamalı İçtihatlı Tüketici Hukuku**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016.

Uyumaz, Alper. "Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:9, Özel Sayı, 2007, ss. 907-930.

Yavuz, Cevdet. **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

Yıldırım, Abdulkerim. " 'Mesafe Satımı' İle 'Mesafeli Satım' Kavramları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:IX, Sayı:1-2, 2005, (Mesafeli Satım), ss. 127-152.

Yıldırım, Abdulkerim. **Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, (Mesafeli Sözleşmeler).

Yıldırım, Abdulkerim. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara, 2018, (Borçlar Hukuku).

Yılmaz, Oğuz Gökhan. "Tüketici Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:4, Sayı:14, 2013, ss. 1011-1034.

Zevkliler, Aydın ve Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Zevkliler, Aydın ve Çağlar Özel. **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

www.kazanci.com (Kazancı İçtihat Bankası).

www.karararama.yargitay.gov.tr (Yargıtay Karar Arama Bankası).