



KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI

MEHMET DOĞAR

DANIŞMAN: PROF. DR. HASAN ERMAN

DOKTORA TEZİ

İSTANBUL, MAYIS, 2017



KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI

MEHMET DOĞAR

DANIŞMAN: PROF. DR. HASAN ERMAN

DOKTORA TEZİ

İSTANBUL, MAYIS, 2017

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI

MEHMET DOĞAR

DANIŞMAN: Prof. Dr. HASAN ERMAN

DOKTORA TEZİ

Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Doktora Programı'nda Doktora derecesi için gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi amacıyla Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne teslim edilmiştir.

İSTANBUL, MAYIS, 2017

Ben, MEHMET DOĞAR;

Hazırladığım bu Doktora Tezinin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde tez içerisinde belirttiğimi onaylıyorum.

MEHMET DOĞAR



KABUL VE ONAY

MEHMET DOĞAR tarafından hazırlanan **ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI** başlıklı bu çalışma **31.05.2017** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından **DOKTORA TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. HASAN ERMAN (Danışman) (Kadir Has Üniversitesi)

İMZA

Prof. Dr. ŞEBNEM AKİPEK ÖCAL (Ankara Üniversitesi)

İMZA

Doç. Dr. EMREHAN İNAL (İstanbul Üniversitesi)

İMZA

Doç. Dr. SEZER ÇABRİ (Kocaeli Üniversitesi)

İMZA

Yrd. Doç. Dr. ÖZGE UZUN KAZMACI (Kadir Has Üniversitesi)

İMZA

TEŞEKKÜR NOTU

Öncelikle, akademik kariyerimde doktora derslerinden başlayarak tez yazım sürecinin sonuna kadar bana manevi destek olan, fikirleri ve hoşgörüsüyle kendisinden çok şey öğrendiğim ve öğrencisi olmaktan mutluluk duyduğum değerli hocam Sn. Prof. Dr. Hasan Erman'a minnet ve şükranlarımı sunarım. Tezin hazırlanması esnasında aydınlatıcı ve yönlendirici eleştirileriyle yol gösterip beni cesaretlendiren sevgili hocam Sn. Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal'a özellikle müteşekkir olduğumu belirtmem gerekir. Bu tez konusunu bana teklif eden, her fırsatta sorularımı sabırla dinleyip, görüş ve önerilerini benden esirgemeyen Sn. Doç. Dr. Emrehan İnal'a en içten dileklerle teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Tez çalışmasını satır satır okuyarak gerekli düzeltmeleri yapmamı sağlayan Sn. Doç. Dr. Sezer Çabri'ye minnet duygularıyla birlikte teşekkür ederim. Manevi desteğinin yanında yapıcı eleştirileri ve tez çalışmasına olan katkılarından dolayı Sn. Yrd. Doç. Dr. Özge Uzun Kazmacı'ya sadece teşekkür etmenin az geleceğini özellikle söylemem gerekir.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	vi
ÖZET	xiii
ABSTRACT.....	xiv
KISALTMALAR	xv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI KAVRAMI, KONUSU, TARAFLARI

§ 1. ÖN ÖDEME KAVRAMI VE TARİHİ GELİŞİM	4
I. Ön Ödeme Kavramı.....	4
II. Tarihi Gelişim.....	6
A. 4077 Sayılı eTKHK'na Göre Kampanyalı Konut Satışları.....	6
B. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinin Kampanyalı Konut Satışlarından (4077 Sayılı eTKHK md.7) Farkları	7
III. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinin Kanunda Düzenlenme İhtiyacı	11
§ 2. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN KONUSU	14
I. Genel Olarak Konut Kavramı	14
II. Taşınmaz Mülkiyetine Konu Olarak Konut	21
A. Taşınmaz Mülkiyetine Konu Olan Konutların Niteliği	21
1. İmar Mevzuatına Göre Konut Kavramı ve Özellikleri.....	22
2. Tüketici Hukukunda Konut Kavramı ve Özellikleri	23
B. Taşınmaz Mülkiyetine Konu Olan Konut Türleri	24
1. Müstakil Yapı Niteliğindeki Konutlar	24
2. Kat Mülkiyeti Kapsamındaki Konutlar	25
3. Bağımsız ve Sürekli Hakka Konu Olan Konutlar	27
a. Genel Olarak Bağımsız ve Sürekli Haklar.....	27
b. Üst Hakkına Konu Olan Konutlar	27
C. Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Arazi Üzerindeki Yapılar	28
III. Konutun Kullanım Amacı	29
§ 3. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI.....	35
I. Genel Olarak.....	35
II. Tüketici.....	38

A. Kavram.....	38
B. Gerçek Kişi Tüketici	43
C. Tüzel Kişi Tüketici.....	44
III. Satıcı.....	45
A. Kavram.....	45
B. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesine Taraf Olan Satıcı.....	47

İKİNCİ BÖLÜM

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE DİĞER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI

§ 4. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN TANIMI.....	49
I. Genel Olarak.....	49
II. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinin Tanımı.....	54
III. Ön Ödemeli Konut Satış Vaadi Sözleşmesinin Tanımı	59
§ 5. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	61
I. Genel Olarak.....	61
II. Tüketicinin Satılana İlişkin Satış Bedelini Önceden Ödemeyi Üstlenmiş Olması	62
III. Satış Konusunun Konut veya Tatil Amaçlı Bir Taşınmaz Olması	63
IV. Satıcının, Satış Bedelinin Tamamen veya Kısmen Ödenmesinden Sonra Taşınmazı Tüketicie Devir ve Teslim Etmeyi Üstlenmiş Olması	65
§ 6. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	66
I. Borçlandırıcı İşlem Niteliği	66
II. Rızai Bir Sözleşme Olması.....	67
III. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması	68
IV. Ani Edimli Olması	69
V. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinin Tipi	69
A. Genel Olarak	69
B. İnşaatı Bitmiş Bir Projeden Bağımsız Bölüm Veya Müstakil Bir Yapı Satışına İlişkin Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi	73
C. İnşa Edilecek Bir Projeden İleride Ortaya Çıkacak Bir Bağımsız Bölümün Satış Vaadine İlişkin Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi	75
D. Kat İrtifakının Devredilmesi Suretiyle Gelecekte Kat Mülkiyetine Çevrilebilir Bir Proje İnşa Etmeye Yönelik Akdedilen Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi	80
E. Satıcı ve Yüklenicinin Farklı Kişiler Olması	82

§ 7. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN DİĞER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI.....	85
I. Taşınmaz Satış Sözleşmesinden Farkları.....	85
II. Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesinden Farkları	86
III. Taksitle Satış Sözleşmesinden Farkları.....	87
§ 8. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL.....	88
I. Genel Olarak.....	88
A. Sözleşmenin Taşınmaz Satışı Şeklinde Yapılması	90
1. Ön Ödemeli Konut Satışının Tapu Siciline Tescil Edilmesi Sorunu	90
2. Değerlendirme.....	95
3. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinde Kat İrtifakının Devredilmesi	99
a. Kat İrtifakının Tanımı	99
b. Kat İrtifakının Kuruluşu ve Hükümleri.....	101
c. Ön Ödemeli Konut Satışında Kat İrtifakı Kurulmasının Gerekliliği	
.....	103
B. Sözleşmenin Noterde Satış Vaadi Şeklinde Yapılması.....	106
II. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın Sonuçları.....	108
A. Şekle Aykırılığın Niteliği Hakkında Görüşler	109
B. Değerlendirme.....	111
C. Tüketicieye Tanınan Şekle Aykırılığı Öne Sürme Hakkının Sınırları	116
D. Şekil Şartına Aykırılığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Dayalı Olarak Ortaya Çıkması.....	117
E. 4077 Sayılı Yasaya Göre Yapılan Sözleşmelerin Durumu	119
§ 9. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ	120
I. Sözleşmenin Zorunlu İçeriği.....	120
II. Zorunlu Bir İçeriğin Bulunmamasının Sonuçları	121
III. Sözleşmede Yer Alan Haksız Şartlar	122
A. Genel Olarak Haksız Şart Kavramı.....	122
B. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi Bakımından Değerlendirme	124
§ 10. SATIŞ BEDELİ	125
I. Genel Olarak.....	125
II. Satış Bedelinin Peşin Olarak Ödenmesi.....	126
III. Satış Bedelinin Kısım Kısım Ödenmesi	127

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

§ 11. SATICININ YAPI RUHSATI ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	129
I. Genel Olarak.....	129
II. Yapı Ruhsatının Alınması.....	130
III. Yapı Ruhsatı Alınmadan Yapılan Ön Ödemeli Konut Satış Söleşmesinin Geçerliliği Hakkında Öğretide İleri Sürülen Görüşler.....	133
IV. Değerlendirme	137
§ 12. SATICININ TEMİNAT SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	141
I. Genel Olarak.....	141
II. Teminat Türleri	143
A. Bina Tamamlama Sigortası	143
1. Sigortanın Konusu ve Kapsamı.....	143
2. Bina Tamamlama Sigortası için Uygulanacak Kriterler	149
a. Konut Adedi	150
b. Konut Projesinin Toplam Bedeli	152
3. Ek Sözleşme ile Teminat Altına Alınabilecek Değerler	152
4. Sigorta Kapsamı Dışında Kalan Haller	154
5. Sigortacının Poliçeyi Tek Taraflı Fesih Hakkı.....	155
6. Bina Tamamlama Sigortasında Tarafların Yükümlülükleri.....	156
a. Poliçe Düzenlenmeden Önce Satıcının Beyan Yükümlülüğü.....	156
b. Poliçe Düzenlenmesinden Sonraki Yükümlülükler	157
aa. Satıcının Yükümlülükleri	157
bb. Sigortacının Yükümlülükleri.....	158
7. Poliçede Taraf Değişikliği.....	160
8. Riskin Gerçekleşmesi Halinde Satıcının Hak ve Yükümlülükleri	160
9. Riskin Gerçekleşmesi Halinde Ödenecek Tazminat Tutarı ve Ödenme Şekli	160
a. Tazminatın Kapsamı.....	160
b. Tazminatın Ödenme Şekli	161
10. Bina Tamamlama Sigortasına Sağlanan Ayrıcalıklar	165
B. Banka Teminat Mektubu	167
1. Genel Olarak	167
2. Banka Teminat Mektubunun Hukuki Niteliği ve Türleri.....	168

3. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesine Konu Banka Teminat Mektubu	171
C. Hakediş Sistemi.....	174
1. Tanımı ve Türleri	174
2. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinde Hakediş Sisteminin Uygulanması	175
D. Bağlı Kredi İle Teminat	178
1. Tanımı	178
2. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinde Bağlı Kredi ile Teminat ...	179
III. Teminat Şartının Yerine Getirilmemesinin Sözleşmeye Etkisi	180
§ 13. SATICININ TÜKETİCİYİ SÖZLEŞME ÖNCESİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	182
I. Genel Olarak.....	182
II. Ön Bilgilendirme Yükümlülüğünün Niteliği	184
III. Ön Bilgilendirme Formunun Verilme Zamanı, İçeriği ve Şekli.....	187
A. Formun Verilme Zamanı.....	187
B. İçeriği	189
C. Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğünde Şekil ve İspat.....	190
IV. Ön Bilgilendirme Formu Verilmemesinin Sözleşmeye Etkisi	190
§ 14. SATICININ KONUTU DEVİR VE TESLİM BORCU	191
I. Genel Olarak.....	191
II. Konutun Devir ve Teslim Süresi.....	195
A. Konutun Türüne Göre Devir ve Teslim	195
1. Kat Mülkiyetine Konu Olan Konutlar.....	195
2. Kat İrtifakına Konu Olan Konutlar	196
3. Müstakil Yapılar.....	198
B. Satıcının Konutun Devir ve Tesliminde Temerrüde Düşmesi	199
§15. SATICININ AYIPLI MALDAN SORUMLULUĞU	206
I. Genel Olarak Ayıp Kavramı ve Türleri	206
A. Ayıp Kavramı.....	206
B. Türleri.....	207
C. Ayıby Bildirim Süresinin Kalkması.....	211
II. Satıcının Ayıplı Maldan Sorumlu Tutulmasının Maddi Şartları	212
A. Satılanın Ayıplı Olması.....	213
1. Bildirilen Niteliklerin Yokluğu	213
2. Bulunması Gereken Niteliklerde Eksiklik	215

B. Ayıbın Önemli Olup Olmaması	216
C. Hasarın Geçiş Anında Ayıbın Var Olması Gerekliliği.....	217
D. Tüketicinin Ayıbın Varlığını Bilmeden Hareket Etmesi	218
E. Satıcının Ayıptan Haberdar Olmasının Gerekmemesi	219
F. Satıcının Sorumluluğunu Kaldıran veya Kısıtlayan Kayıtlar	220
III. Tüketicinin Sahip Olduğu Seçimlik Haklar	220
§ 16. TÜKETİCİDEN PEŞİN ÖDEME VE TÜKETİCİYİ BORÇ ALTINA SOKAN BELGE ALMA YASAĞI	222
I. Tüketiciden Peşin Ödeme Alma Yasağı.....	222
II. Tüketiciyi Borç Altına Alan Belge Alma Yasağı	223
§ 17. TÜKETİCİNİN SATIŞ BEDELİNİ ÖDEME BORCU	226
I. Genel Olarak.....	226
II. Tüketicinin Satış Bedelini Ödemede Temerrüde Düşmesi.....	227
III. Tüketicinin Erken İfade Bulunması.....	229

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

§ 18. GENEL OLARAK.....	231
§ 19. TÜKETİCİNİN ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNDEN CAYMASI.....	231
I. Genel Olarak.....	231
II. Hukuki Niteliği	238
III. Süresi	239
IV. Şekli.....	240
V. Sonuçları.....	241
A. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi Bakımından.....	241
B. Ön Ödemeli Konut Satış Vaadi Sözleşmesi Bakımından	244
C. Bağlı Kredi Sözleşmesi Bakımından.....	245
§ 20. TÜKETİCİNİN ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNDEN DÖNMESİ.....	247
I. Genel Olarak.....	247
II. Dönme Hakkının Süresi.....	253
III. Dönme Hakkının Kullanılma Şekli	255
IV. Sonuçları.....	256
A. Genel Olarak	256
B. Dönme Hakkının Kullanılmasıyla Birlikte Edimlerin İade Sırası.....	261

C. Tüketicinin Tazminat Ödeme Borcu	262
D. Tazminat İstenemeyecek Durumlar	265
1. Satıcının Borcunu Hiç veya Gereği Gibi Yerine Getirememesi	265
2. Tüketicinin Sözleşme İfa Edilmeden Ölmesi	266
3. Tüketicinin Sözleşmenin Yerine Olağan Koşullarla Yapılacak Bir Taksitle Satış Sözleşmesi Önerisinin Satıcı Tarafından Kabul Edilmemesi	267
4. Tüketicinin Sürekli Olarak Kazanç Elde Etmekten Yoksun Kalması	269
5. Konutun Birden Fazla Kişiyeye Satılması Sebebiyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi	270
6. Tüketicinin Proje Değişikliği Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi	271
E. Tüketicinin Dönme Hakkını Kullanmasının Bağlı Kredi Sözleşmesine Etkisi	272
SONUÇ	274
KAYNAKÇA.....	277

ÖZET

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI

Mehmet Doğar

Özel Hukuk Doktora

Danışman: Prof. Dr. HASAN ERMAN

Mayıs, 2017

Tarih boyunca insanların en önemli ihtiyaçlarından biri olan barınma ihtiyacının karşılanabilmesi adına bireyler, günümüzde konut sahibi olabilmek için çok ciddi meblağları ödemek durumunda kalmaktadır. Konut fiyatlarının gelişen ekonomiye paralel olarak aşırı yükselmesi, bu konutların peşin olarak satın alınmasını artık mümkün kılmamaktadır. Bu nedenle tüketiciler çoğunlukla, alacağı konutun satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi ya da bağlı krediyle satın almayı tercih etmektedir.

Halk arasında “maketten satış”, “sat-yap” veya “inşaaata temelden girme” olarak tabir edilen bu satış türünde, satılan konut çoğu zaman ya inşa edilmemiştir ya da inşaat halindedir. Tüketicinin henüz elde edemediği konut için ödemelere başlaması kendisi bakımından özel nitelikte ve ödemiş olduğu bedeli koruyan bir düzenleme gerektirmektedir. İşte, TKHK md. 40-46 arasındaki hükümler, ön ödemeli konut satışlarında, satıcıya karşı tüketiciyi sıkı bir şekilde korumayı amaçlamaktadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 40. maddesi esasen iki ayrı sözleşmeyi düzenlemektedir. Bunların ilki, ön ödemeli konut satış sözleşmesi, diğeri de ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesidir. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tarafları alıcı/tüketici ile satıcı/sağlayıcı olarak belirteceğimiz inşaat firmaları ve müteahhitlerdir. Bu çalışmada, tüketici ile satıcı arasında barınma amaçlı konut edinmek için yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmesi ve ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, Ön ödeme, Konut, Satış sözleşmesi, Cayma hakkı, Dönme hakkı, Bina tamamlama sigortası.

ABSTRACT

PREPAID RESIDENCE SALES

Mehmet Doğar

Doctor of Philosophy in Private Law

Advisor: Prof. Dr. HASAN ERMAN

May, 2017

One of the most important exigency of people throughout history is the need for housing. Especially nowadays, individuals who wants to buy a residence, have to pay high prices to be a resident. The surge in house prices in parallel with the developing economy makes it no longer possible to buy these houses with cash payment. For this reason, the consumers are usually prefers to purchase the house by paying in partly or by crediting in advance.

This type of sales are called “sales of model”, “sell-build” or “buy from building foundation” in practice. In this model of sales, the residence is either not built or is under construction. Since the consumer is paying sales price but has not received the house yet, it is necessary to protect him with special features for the payments. Therefore, Consumer Protection Law no. 6502, which regulates prepaid residence sales contracts between the 40-46 of provisions is aims to protect the consumer against the seller.

Consumer Protection Law no. 6502 Art. 40, is actually regulated two different contracts. The first contract is “prepaid residence sales contract” and the other is “contract for promise to sell a real estate”. The parties of the prepaid residence sales contracts is the consumer/buyer and the other party is which we will called “construction companies” or “builder” as seller/provider. In this study, we will analyze the prepaid residence sales contract and contract for promise to sell a real estate which is established for purpose of housing between consumer and the seller.

Keywords: Consumer, Prepayment, Residence, Sales contract, Right of withdrawal, Right of return, Building insurance.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AvK.	: Avukatlık Kanunu
b.	: Bent
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
Çev.	: Çeviren
D.	: Daire (Danıştay)
Der.	: Derleyen
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİE	: Devlet İstatistik Enstitüsü
DİK	: Devlet İhale Kanunu
dn.	: Dipnot
DTY	: Devre Tatil ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri Yönetmeliği
E.	: Esas
Edt.	: Editör
eBK	: 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu
eİBK	: eski İsviçre Borçlar Kanunu
eTKHK	: 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
f.	: Fıkra

FÜHFD	: Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSM	: Global System for Mobile
GYODER	: Gayrimenkul ve Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı Derneği
HD	: Yargıtay hukuk dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay)
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İHAS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İNDER	: İstanbul İnşaatçılar Derneği
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İz.BD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
KFE	: Konut Fiyat Endeksi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KHÜHFD	: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
KMKHİ	: Kat Mülkiyeti Kanunu Hakkında İzahname
KONUTDER	: Konut Geliştiricileri ve Yatırımcıları Derneği

KOÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KSIUUEHY	: Kampanyalı Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
FLCC	: Federal Law on Consumer Credit
md.	: Madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Not
Not.K	: Noterlik Kanunu
ÖÖKSHY	: Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik
Örn.	: Örnek
PATİY	: Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği
RG.	: Resmi Gazete
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
Tapu K.	: Tapu Kanunu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TKK	: 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TSHŞHY	: Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği

TOKİ	: Toplu Konut İdaresi Başkanlığı
TST	: Tapu Sicil Tüzüğü
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Y.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	: ZİVİLGESETZBUCH



GİRİŞ

Günümüzde insanların en hayati ihtiyaçlarından biri olan barınma ihtiyacının karşılanabilmesi için bireyler, uzun yıllar çalışarak biriktirdikleri tasarruflarını konut sahibi olabilmek için harcamaktadırlar. Hal böyle olunca konut edinme için ödenen meblağlar, çekirdek bir aile için oldukça hayati önem taşımaktadır. Ödenen maddi değerler yanında, konut edinilmesine bağlı manevi beklentiler de toplumumuzda ayrı bir ehemmiyet arz etmektedir.

Türkiye’de başta büyük şehirler olmak üzere artan nüfus ve göç sebebi ile konut ihtiyacı artmakta ve bunun sonucu olarak da müteahhitler bu talebi karşılamak için olabildiğince hızlı bir şekilde inşaat aşamasına geçmek suretiyle projede bulunan konutların satışından finansman temin etmeyi amaçlamaktadır.

Halk arasında “maketten satış”, “sat-yap” veya “inşaata temelden girme” olarak adlandırılan ve henüz ortada olmayan, hatta yapımına dahi başlanmayan konutlar, örnek dairelerin aşırı lüks ve abartılı şekilde tefriş edilmesi, vahşi pazarlama yöntemleri ve vaat edilen kâr oranlarına inanan tüketici tarafından satın alınarak ödemelere başlanmaktadır.

Toplum için bu kadar önem arz eden bu konuda kanun koyucu 4077 sy. eTKHK md. 7 ile kampanyalı satışları düzenlemiş ve tüketicilere belirli bir koruma getirmeyi hedeflemiştir. Ancak, bahsedilen kanun kapsamında yapılan kampanyalı satışlarda konut satışı çoğunlukla adi yazılı şekilde yapılmakta, tek taraflı olarak satıcı/sağlayıcının hazırladığı matbu evraklara imza atan tüketici, kendilerine nazaran güçlü konumda olan satıcıya karşı zayıf kalmaktadır.

Sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması, eksik bilgilendirme, teslim edilen konutun vaat edilen nitelik ve niceliklere sahip olmaması, eksik ifa, ayıplı ifa ve konutun geç teslimi gibi sorunlar 4077 sy. eTKHK md. 7’nin yetersiz kaldığını göstermiştir. Kaldı ki, ilgili madde düzenlemesinin kampanyalı konut satışlarına uygulanıp

uygulanmayacağı veya hangi kıstaslara göre uygulanacağına dair tartışmalar da mevcut idi¹.

28 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 40-46 düzenlemesi, yürürlükten kalkan 4077 sayılı yasada mevcut olmayan ön ödemeli konut satışını düzenlemektedir. İlgili düzenleme “maketten satış”, “sat-yap” veya “inşaata temelden girme” olarak tabir edilen ve birçok kişinin mağduriyet yaşadığı konut satışlarına tüketiciyi daha fazla koruyan sıkı tedbirler getirmektedir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 40. maddesi esasen iki ayrı sözleşmeyi düzenlemektedir. Bunların ilki ön ödemeli konut satışı sözleşmesi, diğeri de ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesidir. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tarafları alıcı/tüketici ile satıcı/yüklenici olarak belirteceğimiz inşaat firmaları veya müteahhitlerdir.

Bu çalışmada 6502 sy. TKHK md. 40-46’da düzenlenen (barınma amaçlı konut edinmeye yönelik) ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin kurulması, sözleşmenin konusu, sözleşmenin içermesi gereken zorunlu bilgiler, sözleşmenin hükümleri, tarafların hak ve borçları, borca aykırılık halleri ve sonuçları irdelenmeye çalışılacaktır. Çalışma dört bölümden oluşmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde, ön ödemeli konut satışı kavramı ve tarihi gelişimden kısaca bahsedilerek, eTKHK md. 7’de düzenlenen kampanyalı konut satışları hükümleri ile karşılaştırılma yapılacak ve ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusu olan konut kavramı dar ve geniş anlamda ele alınacaktır. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusuna TKHK md. 50 gereği devre mülk taşınmazlar da girmekle beraber, bu konu TKHK md. 40-46 arasında düzenlenmediğinden, tez çalışmasının dışında tutulmuştur. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tarafları olan satıcı ve tüketici ise ayrı ayrı incelenecektir.

¹ Öz, Turgut, 6502 Sayılı Kanunda İnşaat Sektörü Bakımından Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler, 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, 3.Baskı, Ankara 2015, s. 102.

Çalışmanın ikinci bölümünde, ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinin tanımı, unsurları, hukuki niteliği, tipi, şekli, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin diğer sözleşmelerden farklılıkları, satış bedeli ve sözleşmede bulunması gereken zorunlu içerik, tek tek ve çeşitli ihtimaller de gözetilerek ele alınacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, tarafların hak ve borçları incelenecek, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin yapılabilmesi için sözleşme öncesi satıcının yerine getirmesi gereken şartlar açıklanacaktır. Bu bağlamda, satıcının tüketiciyi sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü, yapı ruhsatı alınması yükümlülüğü ile teminat sağlama yükümlülüğünden bahsedilecek ve bu şartların yerine getirilmemesinin sözleşmeye olan etkisi her bir konu açısından ayrı ayrı ele alınmaya çalışılacaktır. TKHK md. 42 ile getirilen ve yeni bir düzenleme olan satıcının teminat yükümlülüğü ve uygulamada sıkça rastlanacağını tahmin ettiğimiz “bina tamamlama sigortası” ise detaylı olarak anlatılacaktır. Satıcının tüketiciden peşin ödeme alma ve tüketiciyi borç altına sokan belge alma yasağı, sözleşmede öngörülen şartların tüketici aleyhine değiştirilmesi yasağı ile konutun hiç veya zamanında teslim edilmemesinden veya ayıplı teslim edilmesinden dolayı sorumluluğu da ayrı ayrı incelenecektir. Tüketicinin ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile borçlandığı edim olan ve sözleşmenin sona erme nedenlerinden birini oluşturan tüketicinin satış bedelini ödeme borcu ve temerrüdünün sonuçları araştırılacak, erken ödemede bulunulması konusu ele alınacaktır.

Çalışmanın son bölümünde ise, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin sona erme nedenleri incelenecektir. Bu anlamda, TKHK md. 43’de düzenlenen tüketicinin cayma hakkı inceleme konusu yapılacak ve aynı kanununun 45. maddesi ile tüketiciye tanınan dönme hakkı etraflıca açıklanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI KAVRAMI, KONUSU, TARAFLARI

§ 1. ÖN ÖDEME KAVRAMI VE TARİHİ GELİŞİM

I. Ön Ödeme Kavramı

Ön ödeme kavramı hukukumuzda ilk olarak, 25.05.1995 tarih ve 21940 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan “Taksitli, Kampanyalı ve Kapıdan Satışlar Hakkındaki Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ”in “Tanımlar” başlığını taşıyan 2. maddesinde kullanılmıştır. Buna göre, ön ödeme, “*Malın tüketiciye tesliminden önce tüketici tarafından satıcıya satış fiyatının, sözleşmede belirtilen oranda ödenen kısmını*” ifade eder. Aynı Tebliğin 6/1 maddesi, “*Sözleşmelerde aksine hüküm konulmadıkça ön ödeme tutarı malın satış fiyatının %40’ından fazla olamaz*” şeklindedir².

Bir tanıma göre ön ödeme, sözleşmede yer alması zorunlu olan ve tarafların mal veya hizmetin teslim ve ifasından önce semene mahsup olmak üzere ödenmesini kararlaştırdıkları bedeldir³. Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik (ÖÖKSHY) md. 4/g’ye göre ön ödeme, konutun tesliminden önce tüketici tarafından ödenen toplam tutarı ifade eder. Türk Borçlar Kanunu ise, ön ödemeli satış kavramını “ön ödemeli taksitle satış” başlığı altında tanımlamıştır⁴. Ön ödemeli satış kavramı ise,

² 25.05.1995 tarih ve 21940 sayılı Resmi Gazete, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, TRGKM-94/2-3 no’lu tebliğ.

³ Atasoy, Ömer Adil/Taşkın, Mustafa/ Acar, Hakan, Tüketiciyi Koruma Hukuku, Eskişehir 1997, s. 152.

⁴ Gümüş’e göre “ön ödemeli taksitle satış” kavramının TBK 264. maddesi başlığı altında tanımlanması hatalıdır; zira söz konusu tanım, eİBK md. 227a/1’deki “*irad tarzı ön ödemeli satışta alıcı taşınır eşyaya ilişkin satış bedelini kısmi edimlerle öder ve satıcı eşyayı satış bedeli ödendikten sonra teslim eder*” şeklindeki tanım ile karşılaştırıldığında TBK tanımındaki “tamamen” ifadesi ön plana çıkmakta ve ön ödemeli satışın varlığı için teslimden önce satış bedelinin kısmi ödemesinin tamamının tamamlanmış olması gerektiği yönünde bir “yanlış” kanıya sebebiyet vermektedir. Ön ödemeli satışta ön plana çıkan olgu, satış bedeline ilişkin kısmi edimlere dayalı ödemelerin belirli bir miktara ulaştıktan sonra “veya” tamamı ödendikten sonra alıcıya teslim edilmesidir. TBK md. 253’deki taksitle satış sözleşmesi tanımı göz önüne alındığında ise ön plana çıkan olgu, satış konusunun alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim edilmesidir. Bu haliyle TKHK md. 40/1’deki konutlara

TBK’da taksitli satışlardan hemen sonra, 264 vd. maddeleri ile hüküm altına almıştır. Bu düzenlemeye göre, “*Ön ödemeli taksitle satış, alıcının taşınır bir malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlendikleri satıştır*”. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, tanımda yer alan ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin konusunu taşınırın oluşturmasıdır. Halbuki, TKHK md. 40/1’de verilen tanımındaki ön ödemeli satışın konusu “konut ve tatil amaçlı” taşınmazlardır⁵.

Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin karşılığı olarak öğretide farklı terimler tercih edildiğine rastlanmaktadır. Doktrinde “tasarruf suretiyle satım (ön ödeme suretiyle satım)”⁶, “taksitler halinde ödenen peşin tediye satış”⁷, “ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi”⁸ ve “ön ödemeli satım sözleşmesi”⁹ gibi terimler kullanılmaktadır. Bir görüşe göre, taksitle satış sözleşmesinde “bugün al, yarın öde” düşüncesi hakimken, ön ödemeli satışlarda “bugün öde, yarın satın al” düşüncesi hakimdir¹⁰.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 17/1 maddesine göre, “*Taksitle satış sözleşmesi, satıcı veya sağlayıcının malın teslimi veya hizmetin ifasını üstlendiği, tüketicinin de bedeli kısım kısım ödediği sözleşmelerdir*”. İlgili hüküm, ödemelerin kısım kısım yapılmasını temel almış, ancak malın ne zaman devredilmesi gerektiğini belirtmemiştir. Diğer bir deyişle, TKHK 17 vd. maddelerinin uygulanması için malın ne zaman teslim edildiği önemli olmayıp, ödemelerin kısım kısım yapılıp yapılmadığı önem arz etmektedir. Ödemeler kısım kısım da yapılırsa, malın devrinin ödemeler

ilişkin “ön ödemeli satış” yasal tanımının “*satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra... devir ve teslimden*” bahseden lafzı daha uygundur. Gümüş, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, İstanbul 2014, s. 250.

⁵ Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir.

⁶ Feyzioğlu, N. Feyzi, Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. I, 4. Baskı, İstanbul 1980, s. 34.

⁷ Zweifel, Von Paul, Kısmi Ödemeli Satışların Yeni Tanzim Şekli, (Çev. Bedî Eğilmezler), AD, S. 1-2, 1963, s. 1306, (Akçaal, s. 60, dn. 10’ dan naklen).

⁸ Aslan, İ.Yılmaz, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. Bası, Bursa 2015, s. 328-329.

⁹ Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, 3.Bası, İstanbul 2013 s. 186.

¹⁰ Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 155. Aynı yönde, Gümüş, Borçlar Özel, s. 187.

tamamlandıktan sonra yapıldığı hallerde ön ödemeli satış sözleşmesi söz konusu olur. Bu durumda, taksitli satışlara ilişkin bu bölüm hükümlerinin, ön ödemeli satışlara da uygulanacağı söylenebilir¹¹.

II. Tarihi Gelişim

A. 4077 Sayılı eTKHK'na Göre Kampanyalı Konut Satışları

Satış sözleşmesinin bir türü olan kampanyalı satış sözleşmesi, hukukumuzda ilk defa 1995 tarihli 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda zikredilmiş ve 06.03.2003 tarihinde 4822 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile “konut” kavramı ilgili kanunun 7. maddesinde düzenlenmiştir¹². Kampanyalı satışların usul ve esaslarını düzenleyen “Kampanyalı Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” ise 13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kampanyalı satış, eTKHK 7. maddesine göre, gazete, radyo, televizyon ilânı ve benzeri yollarla tüketiciye duyurularak düzenlenen kampanyalara iştirakçi kabul edilmesi ve malın veya hizmetin daha sonra teslim veya ifa edilmesi suretiyle yapılan satıştır. Kampanyalı satış sözleşmesinin en önemli unsurlarından biri, kampanyadan ve kampanya koşullarından tüketicilerin haberdar edilmesidir¹³. Kampanyalı satış sözleşmesinin bir diğer unsuru tüketicilere çeşitli araçlarla duyurulan kampanyaya, kampanyayı düzenleyenin iştirakçi kabul etmesidir. Kampanyalı satışta iştirakçi, kampanyaya katılan tüketiciyi ifade etmektedir. Bir başka deyişle, kampanya zamanında kampanyanın sağladığı avantajlardan yararlanarak satış sözleşmesi yapan tüketici ifade edilmektedir¹⁴.

¹¹ Aslan İ.Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Bursa 2014, s. 246.

¹² Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3.Bası, Ankara 2004, s. 219.

¹³ Tokbaş, Hakan, Kampanyalı Konut Satış Sözleşmelerinin Hukuki Durumu, İBD, C. 87, S. 2013/4, Temmuz-Ağustos 2013, s. 107. Baskın, Selim, Kampanyalı Konut Satımında Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s. 7 vd; Ozanoğlu, s. 167.

¹⁴ Makaracı, Aslı, Taşınır Mallara İlişkin Kampanyalı Satım Sözleşmesi, Ankara 2007, s. 35.

Kampanyalı satış, sadece tüketici işlemleri için getirilmiş özel bir sözleşme tipidir. Kampanya yapılarak tüketici sayılmayan kişilere satılan mal veya hizmetler ise kampanyalı satış olarak değerlendirilmemektedir. Bu durumda aynı metot ile satılmaya çalışılan mal veya sağlanmaya çalışılan hizmet ile ilgili, malın veya hizmetin talepçisinin sıfatı sözleşmenin hukuki niteliğini tamamen değiştirebilmektedir. İştirakçinin tüketici olduğu durumlarda sözleşme kampanyalı satış olarak nitelendirilirken, iştirakçinin tüketici olmadığı durumlarda sözleşme, içeriğine de bağlı olarak “adi ortaklık” veya “satış sözleşmesi” olarak nitelendirilir¹⁵.

Kampanyalı satış temelde bir “ön ödemeli satış” niteliği taşımaktadır¹⁶. Zira satış parasının önceödenmesi, malın ya da hizmetin ise daha sonraki bir tarihte teslim edilmesi koşulu ile yapılan bir satış söz konusudur. Buna göre, ön ödemeli satışların kuruluşuna ait geçerlilik şartları taksitle satışa benzemekte, yazılı şekil aranmakta, alıcıya bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde elverişli koşullarla tek taraflı feshi bildirme hakkı tanınmakta, sözleşme süresi beş yılla sınırlanmakta ve ön ödemeleri teminat altına alan bir düzenleme öngörülmektedir¹⁷.

B. Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Kampanyalı Konut Satışlarından (4077 Sayılı eTKHK md.7) Farkları

Kampanyalı satış sözleşmesinin en önemli unsurlarından biri kampanyadan ve kampanya koşullarından tüketicilerin haberdar edilmesidir. Ön ödemeli konut satış sözleşmesi ise, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir. Yeni düzenlemede konut satışlarının reklam, gazete ilanı veya benzeri enstrümanlarla satılması konusunda bir düzenleme getirilmemiş olduğundan konut satışının hangi yollarla yapıldığının artık bir önemi kalmamıştır.

¹⁵ Tokbaş, s. 107.

¹⁶ Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K.Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2014, s. 98.

¹⁷ Ozanoğlu'na göre, kampanyalı satışlar taksitle satış, ön ödemeli satış ve peşin satış şeklinde yapılabilir. Bkz. Ozanoğlu, s. 167, dn. 247.

4077 sayılı eTKHK zamanında yürürlükte olan “Kampanyalı Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”, kampanyalı satışlarda kampanyayı düzenleyenlerin kampanyalı satış izin belgesini almalarını bir ön şart olarak düzenlemekteydi¹⁸. TKHK 40-46 maddelerinde ise “kampanya” kelimesine dair ya da bu yönde veya buna yakın bir ifade bulunmamaktadır. Kanun koyucunun “kampanya” tarzı bir kelimeyi kanunda zikretmekten özellikle kaçındığını görmekteyiz; bunun nedeni, kampanyalı konut satışlarının “devlet garantisi altında” olduğu izleniminin ortadan kaldırılmaya çalışılmasıdır¹⁹. 27.05.2014 Tarih ve 29188 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik (ÖÖKSHY) md. 17 hükmü, bahsetmiş olduğumuz kampanyalı satışlara ilişkin yönetmeliği yürürlükten kaldırmıştır. Böylece “kampanyalı konut satış izni belgesi” geçerliliğini yitirmiş, kampanyalı konut satışlarının devlet garantisinde olduğu yönündeki yanlış izlenimlerin de önüne geçilmiştir.

Kampanyalı satış sözleşmelerinin şekli ve sözleşmede bulunması gereken unsurlar eTKHK md. 7/5’de düzenlemiştir. Buna göre taksitli satış sözleşmesinde kampanya ile ilgili bilgilere yer verilmesi ile mal veya hizmetin teslim veya yerine getirilme tarih ve şekline dair bilgilerin yazılı olarak tüketiciye verilmesinin yeterli olduğu belirtilmiştir. Aynı hükme göre, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması anlaşılacakla beraber, sözleşmenin resmi şekilde yapılacağına dair bir hüküm yoktur. Bu sonuca göre, kampanyalı konut satış sözleşmelerinin “adi yazılı” şekilde yapılması sözleşmenin geçerliliği için yeterli sayılmaktaydı. Bir görüşe göre, konusu konut teslimi olan kampanyalı satış sözleşmelerinde “gayrimenkulün aynına ilişkin geçerli olan” kuralları aramak ve sözleşmeyi “gayrimenkul satış vaadi” sözleşmesi olarak nitelendirip resmi şekil şartı aramak, kanuna ve kanun koyucunun iradesine aykırı bir durum oluşturmaktaydı²⁰.

¹⁸ İlgili Yönetmeliğin 10. ve 11. maddelerine göre, konut ve tatil amaçlı taşınmazların kampanyalı satışa konu olması durumunda Kampanyalı Satış İzin Belgesinin Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüklerinden alınmasını zorunlu idi.

¹⁹ Aydoğdu, Murat, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, I.Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Ankara 2014, s. 88.

²⁰ Tokbaş, s. 111.

TKHK 41/1 ve ÖÖKSHY 6/1 maddesi, ön ödemeli konut satışının tapu sicilinde, satış vaadi sözleşmesinin ise noterde düzenleme şeklinde yapılmasını düzenlemektedir. Resmi şekilde yapılmayan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi kesin hükümsüz sayılarak, kampanyalı satışlardan farklı bir düzenleme getirilmiştir. Ancak buradaki kesin hükümsüzlük klasik anlamda bir kesin hükümsüzlük olmayıp, şekle aykırılığın sadece tüketici tarafından öne sürülebileceği özel bir hükümsüzlük hali düzenlenmiştir. TKHK md. 41/1, şekle aykırılığı sadece tüketicinin öne sürebileceğini hüküm altına almıştır²¹.

Tüketicinin yapacağı ödemeler hakkında eTKHK md. 7'de herhangi bir düzenleme bulunmamakta idi. Sadece sekizinci fıkrada, tüketicinin ödemeye ilişkin tüm edimlerini yerine getirmesi durumunda, malın teslimi ya da hizmetin ifası, ödemenin bitmesini takiben en geç bir ay içinde yapılması zorunluluğundan bahsedilmekte idi (eTKHK md. 7/8). TKHK 41/2 maddesi ise satıcının, geçerli bir sözleşme yapılmış olmadıkça tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasını veya tüketiciyi borç altına sokan herhangi bir belge vermesini isteyemeyeceğini düzenlemektedir.

eTKHK md. 7/8'de ise, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, ön ödeme tutarının, mal veya hizmetin satış bedelinin yüzde kırkıdan fazla olamayacağı düzenlenmekteydi. TKHK'da böyle bir düzenleme bulunmamakta, ön ödemenin miktarı konusunda tarafları serbest bırakmaktadır. Ön ödemeli konut satışları hakkındaki yönetmeliğin 7. maddesinin 1. fıkrasının, 8 bendinde ise, sözleşmenin zorunlu içeriğinde ön ödeme tutarının ne kadar olacağının yazılması zorunlu kılınmaktadır. Yeni düzenlemeyle, (eskisinden farklı olarak), tüketiciden geçerli bir sözleşme yapılmadan hiçbir şekilde ödeme yapması talep edilememektedir (TKHK md. 41/2).

Konut ve tatil amaçlı taşınmazların teslim süresi için eTKHK md. 7/7'de otuz aylık bir süre öngörülmekteydi. TKHK md. 44 ise, ön ödemeli konut satışlarında devir veya teslim süresini sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren otuz altı ay olarak sınırlandırmıştır. Hüküm emredici nitelikte olduğundan taraflar istese dahi bu süreyi

²¹ Şekle aykırı yapılan sözleşmenin geçersizliği hakkında daha geniş bilgi için bkz. § 8, II.

uzatma şansına sahip değildir²².

Tüketicinin kampanyadan ayrılmaya karar vermesiyle, kampanyayı düzenleyen, mal veya hizmetin tüketiciye teslim tarihini geçmemek şartıyla tüketicinin o ana kadar ödediği tüm bedeli ödemekle yükümlü olduğunu eTKHK md. 7/4’de düzenlenmekteydi. TKHK’nın 43 ve 45. maddeleri ise tüketicinin cayma ve sözleşmeden dönme haklarını ayrıntılı bir şekilde hüküm altına almış, bu hakların kullanılması konusunda tüketicinin bilgilendirilmesini, hatta, bunlarla da yetinmeyip tüketicinin bilgilendirildiğinin ispat yükünü satıcıya yüklemektedir. (TKHK md. 43/1, ÖÖKSHY md. 5/4).

4077 sayılı eTKHK teminat ve sorumluluk konusunda da sınırlı bir düzenleme getirmekteydi. Kampanyalı Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (KSİUUEHY) md. 8/2 “Satıcı veya sağlayıcı mal veya hizmeti teslim veya ifa edeceği tarihe kadar olan tüketicinin toplam ödemelerinin karşılığını sigorta ettirmek veya banka teminat mektubu vermek zorundadır” şeklindeki hükmün yanında, eTKHK 7/3 maddesi, ilan ve taahhüt edilen mal veya hizmetin teslimatının veya ifasının hiç ya da gereği gibi yapılmaması durumunda, satıcı, sağlayıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici, ithalatçı ve kredi verenin müteselsilen sorumlu olacağını düzenlemişti. İlan ve teslimi taahhüt edilen konutun teslimatının hiç veya gereği gibi ya da zamanında teslim edilmemesi durumunda, md. 10/B-9’a göre kredi veren konut finansmanı kuruluşu, satıcı, sağlayıcı, bayi, acente, imalatçı-üretici, ithalatçı ile birlikte, kullandığı kredi miktarı kadar, müteselsilen sorumluluğuna başvurulabilmekte idi. Bu düzenlemeye göre, satıcı, tahsil ettiği miktarın karşılığını sigorta yaptıran kadar veya banka teminat mektubu verene kadar, tüketici üstlendiği ödemeleri yerine getirmekten haklı olarak kaçınabilecek ve bu durum satıcı tarafından haklı fesih sebebi olarak ileri sürülememekte idi.²³

TKHK md. 42 ve ÖÖKSHY md. 12 vd. ile getirilen hükümler, yukarıda zikredilen maddeleri değiştirmiştir. Buna göre, eTKHK’da bulunmayan ve yeni bir düzenleme olan “Bina Tamamlama Sigortası” ile birlikte “Banka Teminat Mektubu”, “Hakediş

²² Konutun devir ve teslimi konusunda açıklamalar için bkz. § 14, II.

²³ Tokbaş, s. 112-113.

Sistemi” gibi teminat türleri düzenlenmiş, satıcıya bu teminat türlerinden farklı olarak, kendi önerdiği teminatı da teklif edebilme olanağı getirilmiştir²⁴.

“Bağlı Kredi ile Teminat” müessesesi ise, ÖÖKSHY 16. maddesi ile hüküm altına alınarak, eTKHK dönemine benzer bir düzenlemedir. Buna göre, konut finansman kuruluşu konutun hiç veya zamanında teslim edilmemesinden ya da ayıplı teslim edilmesinden dolayı satıcıyla birlikte (müteselsilen) sorumludur. Konut finansman kuruluşunun bu sorumluluğu sağlamış olduğu kredi miktarı ile sınırlı olup, bu sınırı aşan tutar için satıcı ayrıca teminat sağlamalıdır. (ÖÖKSHY md. 16/2)²⁵.

III. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinin Kanunda Düzenlenme İhtiyacı

Günümüzde inşaat firmaları agresif pazarlama yöntemleri ile taşınmaz satışları yapmakta, alacağı konut hakkında tam olarak bilgi sahibi olmayan ve hatta kararsız tüketiciler saldırgan pazarlama yöntemleri ile konut satın almaya ikna edilmektedir²⁶. Özellikle gereğinden lüks ve abartılı döşenen örnek daireler, proje slayt gösterimleri, kataloglar, broşürler ve maket gibi araçlarla etkilenen tüketici, konutu satın almakta ve henüz ortada olmayan bu konut için ödeme yapmaya başlamaktadır. Taşınırılar için önemini yitiren ön ödemeli satışların, TKHK 40-46 maddeleri ile yeniden ve özel hükümler çerçevesinde düzenlenmiş olması nedenlerinden biri, maketten satış olarak tabir edilen ve ortada henüz bir konut inşaatına başlanmadan (veya inşaatı devam eden) yapılan konut satış sözleşmesi sonucunda tüketicilerin uğraması muhtemel zararları önlemektir.

Tüketici, örneğin taksitle satış sözleşmesinde, satış bedelinin tümünü ödemedi hatta daha taksit ödemeye dahi başlamadığı halde (taksit atlatma), o mal veya hizmeti elde etmekte, satış bedelini ise zamana yayılan bir süreçte geri ödemektedir. Halbuki, ön ödemeli satışlarda tam tersi bir durum söz konusudur. Ön ödemeli satışlarda tüketici

²⁴ Satıcının teminat yükümlülüğü hakkında daha fazla bilgi için bkz. § 12.

²⁵ Bu konu hakkında daha geniş bilgi için bkz. § 12, II, D.

²⁶ Bir satış yönteminin saldırgan nitelik taşıyıp taşımadığı somut olaya göre ve tüketicinin karar alma özgürlüğünün kısıtlanması ile sıkı bağlantılıdır. Bu konu hakkında geniş açıklama ve örnekler için bkz. Karamanlıoğlu, Argun, Tüketici Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Ankara 2016, s. 67-68.

öncelikli ifa yükümlüsü olup, malın tesliminden önce satış bedelini ödemeye başlamakta, hatta uzun bir süre bu ödemelerini yapmak suretiyle ileri bir tarihte satışa konu mal veya hizmete kavuşabilmektedir²⁷. Özellikle eTKHK dönemindeki kampanyalı satışlardan dolayı yaşanan mağduriyetler de bu düzenlemeyi gerekli kılmıştır. İflas eden, inşaatı yarım bırakıp giden müteahhitlere uygulamada sıkça rastlanması, tüketicilerin müteahhitlere ödemiş oldukları meblağın koruma altına alınmasını zorunlu hale getirmiştir. Bu nedenle, konut satış sözleşmelerinde, satıcıların belirli kampanyalar düzenleyerek, konut yapımı için yüzlerce tüketici ile sözleşme akdetmeleri ve çok yüksek tutarda meblağları piyasadan toplamaları tüketici açısından tehlikeli görülmüştür. Esasen sadece bankalara verilmiş olan bu yetkinin, ön ödemeli sözleşme yapısı içinde dolaylı olarak satıcılara verilmesi, ya tüketicilerin ödemelerini yaptıkları konutları edinmelerini ya da ödedikleri meblağı güvence altına alacak bir koruma sağlamayı gerektirdiği, aksi takdirde satıcının iflası ile birlikte ödemede bulunan tüketicilerin ciddi şekilde mağdur olması tehlikesinin mevcut olduğu belirtilmektedir²⁸.

TKHK md. 40 gerekçesinde, “*Piyasada maketten satış veya sat-yap olarak adlandırılan bu tür sözleşmelerde, henüz ortada bir konut olmadan tüketicilerin para ödemeye başlaması nedeniyle özel bir koruma ihtiyacının bulunmakta*” olduğu belirtilmektedir. Gerçektende uygulamada bazı kötünietli satıcıların, tüketicilerden ödemeleri tahsil ettikten sonra projeyi yarım bırakarak kaybolmaları veya tapu devrini daha sonra yapacağını vaad ederek, birden fazla kişiye satış yapıp, devir zamanında tapuyu devretmekten kaçtıklarına rastlanılmaktadır²⁹. Türk Medeni Kanunu md. 706, Türk Borçlar Kanununun md. 237 ve Tapu Kanununun 26. maddesine göre taşınmaz satış sözleşmeleri resmi olarak yapılmadığı sürece geçerli değildir. Çoğunlukla maket veya proje aşamasında olan bu tür konutlar adi yazılı şekilde hazırlanmış bir sözleşme ile satıldığından tapu sicilinde devir imkanı bulunmamakta ve bu durum tüketici

²⁷ Atamer, Yeşim, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2016, s. 214.

²⁸ TKHK md. 42 gerekçesi.

²⁹ İnal, Tamer, Ön Ödemeli Konut Satışı, Milli Şerh (Edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), İstanbul 2016, s. 625.

mağduriyetlerini ortaya çıkarmaktadır³⁰.

Gerçekten, kanun koyucunun ön ödemeli konut satışı sözleşmelerini düzenleme nedenlerinden biri de, bu sözleşmelerin uygulamada adi yazılı şekilde yapılması ve uyuşmazlık çıkması halinde tüketicinin bu sözleşmeye dayanarak konutun mülkiyetini edinmemesidir. Taşınmaz satışları bakımından adi yazılı şekilde yapılmış olan bir sözleşme kesin hükümsüz sayılmakta ve satıcının konutu devretmemesi halinde tüketici, sadece ödemiş olduğu bedeli isteyebilmekte idi³¹. Tüketici bu alacağını da ancak “Denkleştirici Adalet İlkesi”ne göre talep edebilme hakkına sahiptir.

Yüklenicilerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile arsa sahibine karşı yükümlülüklerini yerine getirmeden, sözleşme gereğince kendilerine isabet eden bağımsız bölümün tapusunu alıcıya devretme imkanı bulunmadığına göre tapuda satış yapılması olanağı da yoktur. Bu durumda tüketici ile yapılacak sözleşme, noterlikçe düzenlenen satış vaadi sözleşmesi olacaktır. Ancak, noterlikte yapılan bu sözleşme, tüketiciye ek bir masraf getirdiğinden, tüketiciler bu külfete katlanmamak adına sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılmasına rıza göstermektedirler³². Satış vaadi sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması da tüketiciyi mağdur eden diğer sebeplerden biridir.

Ön ödemeli satışların bir amacı da, tüketicileri tasarruf yapma konusunda yönlendirme düşüncesidir. Doktrinde “tasarruf sözleşmesi” ya da “çeyiz sözleşmesi” olarak ifade edilmiş olan bu tip sözleşmelerin gayesi, özellikle 1940’lı yıllarda evlenme çağındaki gençlerin çeyizleri için satıcıya aylık bir miktar para aktarmak suretiyle tasarruf yapmalarını sağlamaya yöneliktir³³. Gerçekten de, günümüzde konut sahibi olabilmek özellikle büyük şehirlerde ciddi bir meblağın ödenmesini gerektirmektedir. Tüketicilerin, (tüketen bir toplum haline gelmemiz sonucunda) ihtiyaç duyduklarından

³⁰ Öz, Turgut, 6502 Sayılı Kanunda İnşaat Sektörü Bakımından Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler, 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (Edt: Tokbaş, Hakan/Döner, İsa), 3.Baskı, Ankara 2015, s.104.

³¹ Çabri, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016, s. 658, dn. 35.

³² Kaya, Sevtap, 28.05.2014 Tarihinde Yürürlüğe Girecek 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’da Taşınmaz Alımlarında 4077 Sayılı Yasa’ya Göre Getirilen Yenilikler, İBD, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, Özel Sayı 1, 2014, s. 123.

³³ Giger, Hans, Besondere Arten des Kaufes, in: Berner Kommentar, 1999 (Naklen, Atamer, s. 214).

ziyade ihtiyaç duymadığı malları satın alması, yeni çıkan teknolojik ürünlere olan talepler ailelerin mali gücünü zorlamakta ve hatta kazandıkları gelirin daha fazlasını harcamalarına neden olmakta, bu harcamaların sonucu olarak da bireyler konut satın alacak birikimi sağlayamamaktadır. Bunun yanında arsa birim fiyatlarının sürekli artış göstermesi, yüksek inşaat maliyetleri ve müteahhitlerin aşırı kâr etmek istemeleri gibi sebeplere bağlı olarak konut fiyatları özellikle batı illeri ve büyük şehirlerde ciddi oranlarda artmış, dar ve orta gelirli tüketicilerin sağlıklı ve yaşanabilir bir konut sahibi olması neredeyse imkansız hale gelmiştir³⁴. İşte bu denli yüksek seyreden konut fiyatları günümüzde, tüketicinin tasarruf yapmasını artık zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, ön ödemeli konut satışların Kanunda düzenlenmiş olması isabetli olup, (umulur ki) tüketicileri tasarruf yapmaya teşvik edecektir.

§ 2. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

I. Genel Olarak Konut Kavramı

Sözlük anlamı “bir ya da birkaç ev halkının yaşaması için yapılmış, insan yaşamasının gerekli kıldığı uyuma, yemek pişirme, soğuktan ve sıcaktan korunma, yıkanma ve ayakyolu gibi temel gereksinme konularında kolaylıkları bulunan barınak” veya “insanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer”³⁵ veya “eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği... alan”, “yerleşme amacıyla oturlan yer”³⁶ anlamlarına gelen konut kavramı, günümüzde barınma ihtiyacını karşılayan bir olgu olmanın yanında, sosyo-ekonomik ve kültürel standartların da bir göstergesi haline gelmiştir. Konut, en genel anlamıyla insanların en önemli gereksinimlerinden biri olan barınma

³⁴ T.C. Mekez Bankası İstatistik Genel Müdürlüğünün 28.06.2016 tarihinde yayınlanan ve Nisan-2016 dönemine ait Konut Fiyat Endeksine (KFE) göre, Türkiye’de metrekare başına konut değeri olarak hesaplanan birim fiyatlar 2015 yılı Nisan ayında 1596,09 TL/m² iken, 2016 yılı Nisan ayında 1794,33 TL/m² olarak gerçekleşmiş ve %14.69 oranında bir artış meydana gelmiştir. İstanbul ilinin KFE değeri ise bir önceki yıla göre %18.73 oranında artmıştır. http://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/8c36f435ef5947e6af029f20b9e613e7/KFEHKFE.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKS_PACE8c36f435-ef59-47e6-af02-9f20b9e613e7 (10.07.2016).

³⁵ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (26.10.2016).

³⁶ Bu kavramlar hakkında daha fazla bilgi için bkz. İnal, Şerh, s. 630; Şipka, Şükran, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, (TMK md. 194) İstanbul 2004, s. 77; Kürşat, Zekeriya, “Aile Konutu” Kavramına İlişkin Tespitler, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul 2015, s. 609 vd.

ihtiyacını karşılayan bir araçtır³⁷. Bir başka tanıma göre konut, “etrafı kapalı, tavanı örtülmüş, bir aile veya bir grup insanın diğer fertlerden ayrı olarak yaşamasına imkan sağlayan, doğrudan doğruya sokağa, koridora veya genel bir yere açılan, müstakil bir kapısı olan bina veya binanın bir bölümüdür”^{38 39}.

Barınmanın temel bir gereksinim olduğunun dünya hukuk sistemlerince kabul görmesi, 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 25. maddesinde “herkesin konut hakkına sahip olduğu” düzenlenmesiyle gerçekleşmiştir. Aynı maddeye göre, herkesin kendisi ve ailesinin sağlığı ve iyi yaşaması için yeterli yaşam standartlarına ulaşma hakkı vardır ve bu hak, beslenme, giyim, konut, tıbbi bakım ile gerekli toplumsal hizmetleri kapsamaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 57. maddesine göre devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır ve toplu konut teşebbüslerini destekler. İlgili hüküm gereği devlet, özellikle dar gelirli aileleri dikkate alarak konut projeleri geliştirmeli, toplumdan her kesimin kaliteli ve sağlam konutlara ulaşabilmesini sağlamalıdır. Zira konut üretimi, özellikle ailelerin barınması açısından ziyadesiyle önem arz etmektedir.

Günümüzde gelişen teknoloji, üretimin hızlanması ile artan ekonomik talepler, bireylerin mevduatlarında tasarruf yapmaması, üretim yapan değil de tüketimde bulunan bir toplumu ortaya çıkarmaktadır. Özellikle toplumun, ihtiyaç duyduklarından ziyade ihtiyaç duymadığı malları tüketmesi, her yeni çıkan moda ve teknoloji ürünlerine olan talepler, bireylerin mali gücünü zorlamakta ve hatta kazandıkları gelirin daha fazlasını harcamalarına sebep olmaktadır. Bu harcamaların sonucu olarak da bireyler konut satın alacak birikimi sağlayamamaktadır.

³⁷ Çabri, Finansman, s. 69.

³⁸ T.C. Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü (DİE), 2000 Yılı Bina Sayımı, s. 16, www.turkstat.gov.tr/IcerikGetir.doistabid=64 (06.12.2015).

³⁹ Konut kavramı, TMK md. 704/2 ve KMK md. 2/a düzenlemelerinde kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler olarak ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. Koçak, Duygu, Konut Finansmanı Öncesi ve Sonrası Mortgage, İstanbul 2007, s. 15 vd.

Bireylerin tüm ihtiyaçlarını aynı zaman dilimi içerisinde karşılaması günümüzde artık mümkün değildir. Kısıtlı maddi olanakları bulunan ve aylık kazançları peşin alıma yetmeyenler için ihtiyaçlarını temin edebilme imkanı sunan ön ödemeli satış türü, topluma sürekli gelişen teknolojiden istifade edebilmeyi sunmakla beraber, ihtiyaç duyduklarına daha rahat ulaşabilmeyi de vaad etmektedir. Bu durum, toplumun yaşam standartlarına ve refah seviyesine olumlu bir biçimde katkı sağlar⁴⁰.

İnsanların en temel ihtiyaçlarından olan ve barınmayı sağlayan konut; çok sayıda toplumsal ve ekonomik birimin etkileşimini sağlayan, ekonominin alt sektörleriyle bağlantısı olan ve ailenin iskanını sağlayan, yani aileyi bir arada tutan mekanlar bütünüdür. Sanayi devriminden sonra şehirlere olan göçün yarattığı konut sorunu, sağlıksız ve çarpık yapılaşmayı da beraberinde getirmiştir. Ancak, sanayileşmesini ve gelişmesini hızlı tamamlayan ve gelir düzeyini belli seviyeye çıkaran ülkeler bu sorunları büyük ölçüde çözerken; az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelere şehirlere olan yoğun göç, gecekondulaşma ve kaçak yapılaşma, konut sorununu tehlikeli boyutlara ulaştırmıştır. Gelişmekte olan ülkelere, kırsal kesimde yaşayan insanların daha iyi bir yaşam ve iş bulma arayışı ile şehirlere akın etmesi sonucu, şehirlerin etraflarında derme çatma evlerin oluşturduğu sağlıksız yapılar çağımızın önemli sorunlarından biridir⁴¹.

Konut terimi sadece bir barınak olarak ele alınıp değerlendirildiğinde yetersiz bir tanımlama yapılmış olur. Konutun bir barınak olması yanında kişilere ve ailelere geleceklerinde bir güvence sağlaması, kentsel çevrenin oluşturulmasında kültürel bir araç olması gibi işlevleri de bulunmaktadır. Bu bağlamda konut için üretilen bir meta tanımında bulunulabilir⁴². Aileler ve kişiler için bir güvence kaynağı, bir yatırım aracı ve yaşayacakları çevrenin oluşumunda önemli bir yere sahiptir⁴³. Hatta günümüzde

⁴⁰ Ansay, Tuğrul, Türk Borçlar Kanununa Göre Taksitle Satışlar ve Satıcı, Ankara 1954, s. 5; Atasoy/Taşkın/Acar, s. 133; Akçaal Mehmet, Borçlar Kanununa Göre Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi, TBB Dergisi, S. 110, Ocak-Şubat 2014, s. 58.

⁴¹ Erdönmez, Hilal, Türkiye'de Konut Sorunu ve Konut Finansmanı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2007, s. 1 vd.

⁴² Durkaya, Mehmet, Türkiye'de Konut Piyasasının Talep Yönlü Analizi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, s. 5.

⁴³ Demirci, N.Savaş, Konut Sorunu Bağlamında İpoteğe Dayalı Konut Finansmanı Sistemi ve Türkiyede Konut Finansmanı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler

konut sektörü bireylerin en önemli geçim kaynaklarının başında gelmektedir. Zira, bireyler veya tüzel kişiler malvarlıklarını enflasyon, döviz kurları vb. etkenlere karşı korumak veya daha fazla kazanç elde etmek amacıyla konut alım-satımı yapmaktadırlar. Bu yolla devlet ve yerel yönetimler de önemli bir gelir kaynağı elde etmiş olmaktadır.

Konut sahipliği, ev sahipleri için güçlü bir yatırım aracı ve güvence olurken, kiracılar için de yaşamsal bir işleve sahiptir. Kira fiyatları ve konut arz-talebinin dengede kalması, herkesin sağlam ve sağlıklı bir konutta yaşaması için olmazsa olmazlardandır. Bununla beraber biriktirdikleri kazançları konut sektörüne yatıran bireyler tasarruf etmiş olmakta ve birikimlerini de güvenceye almış bulunmaktadır. İyi işleyen bir konut ve inşaat sektörü ulusal ekonomiyi, finansal piyasaları ve bireylerin yaşam kalitesini pozitif yönde etkiler⁴⁴.

Konut, insanın yaşamını sürdürmesi açısından karşılanması zorunlu temel bir gereksinimdir. İnsan, konut dışındaki diğer ihtiyaçlarını başka yollarla karşılayabilir. Ancak barınma ihtiyacını karşılayan konutun başka eşyalarla ikame edilmesi mümkün değildir. Bu özelliğiyle konut fiziksel bir barınak olarak insanın korunmasına hizmet ederken, insana temel ihtiyaçlarını rahat ve düzen içinde gerçekleştirebileceği özel bir ortam sunmaktadır. Bu niteliğiyle konut, insanın uyuma, yemek yeme, bir araya gelme, aile oluşturma gibi en temel ihtiyaçlarını karşılayan özel bir yapı türüdür⁴⁵.

Türkiye'nin konut ve kentleşme durumuna bakıldığında; özellikle 1945'ten sonra, sanayileşmeyle birlikte başlayan aşırı göç sebebiyle; başta büyük şehirler olmak üzere neredeyse bütün il ve ilçelerimizin tamamında kaçak yapılaşma görülmektedir. Konut sorununa bağlı diğer problemler ise çarpık kentleşme, arsa üretimi ve arsa piyasası, finansman temini, altyapı, ulaşım ve ısınma imkanları, yapı denetimleri ve konut standartları gibi problemlerdir⁴⁶.

Enstitüsü, 2009, s. 5.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Demirci, s. 9 vd.

⁴⁵ Çabri, Sezer, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010, s. 69 vd.

⁴⁶ Erdönmez, s. 2.

Özellikle son yıllarda ülkemizde, sanayi üretiminden ziyade gayrimenkul değerlenmesi (arazi rantı) ve inşaat sektörü üzerinden bir kalkınma modeli söz konusudur. Tüm Türkiye’de arsa ve arazi fiyatlarının aşırı değerlendirildiği hatta büyük şehirlerde bu arsa rantının önüne geçilmez bir hal aldığı aşikârdır. Arsa üretiminin yetersiz kalması da konut fiyatlarının pahalı olmasının başka bir nedenidir. Özellikle yoğun göçlerin yaşandığı büyük şehirlerde “merkez” tabir edilen semtlerde yapılan yeni konutlar sadece yüksek gelirli kişilere hitap etmekte, toplumun büyük kesimini oluşturan dar ve orta gelire sahip bireylerin bu tür konutları satın alması imkansız görünmektedir. Tüm bunlarla beraber, dar ve orta gelirli aileler için yapıldığı ilan edilen konutların bile bu aileler tarafından satın alması zorlaşmıştır

Kanaatimizce bugün konut politikalarındaki en önemli sorun, konutun finansmanı sorunudur. Dar gelire sahip vatandaşların bugünkü şartlarda, kazandıklarından tasarruf edip kaliteli konut alması neredeyse mümkün değildir. Bu konuda eTKHK 10/B maddesi ile getirilen “Konut Finansmanı Sözleşmeleri-mortgage” düzenlemesi önemli bir müessese olarak görülmekle birlikte tam anlamıyla bir çözüm sunduğu söylenemez. Zira tüketiciler bugün hala konut edinmek için kredi yoluna başvurmaktan kaçınmaktadır. Bunun nedeni ise, tüketicilerin hem ekonomik hem de hukuki yönden güçlü olan bankalarla ilişkiye girmek istememeleridir. Özellikle ülkemizdeki piyasa koşulları, kredi kuruluşlarının uzun vadeli kredi vermekten kaçınmalarına neden olmakta; kredi vadelerinin kısa, geri ödeme taksitlerinin yüksek olması ise konut kredilerinin orta ve alt düzey gelir grubunun ödeme gücüne hitap etmesini engellemektedir⁴⁷. Sosyo-ekonomik dengelerinin sağlanması açısından, dar ve orta gelirli ailelerin kaliteli konuta ulaşılabilirliği sağlanmalıdır. Bu da ancak uzun vadeli finansman yollarının çeşitlendirilmesi yoluyla mümkün olabilir.

Bireylerin sağlıklı konuta, rahat ödeme koşullarıyla ulaşabilmelerini hedefleyen eTKHK 7. maddesinde düzenlenen “Kampanyalı Konut Satışları” ise tüketiciyi yeterli ölçüde koruyamamakta ve günün koşullarına göre yetersiz kalmaktaydı⁴⁸. İşte, 6502 sayılı TKHK 40-46 maddeleri ile, bireylerin kaliteli konutlara farklı bir finansman yolu ve

⁴⁷ Çabri, Finansman, s. 2 vd.

⁴⁸ Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. § 1, II.

daha güçlü bir hukuki koruma ile ulaşmasını sağlayabilmek adına “Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi” hükümleri getirilmiştir. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile tüketiciler⁴⁹, arzu ettikleri konutun bedelini, inşaat başlamadan veya inşaat devam ederken kısım kısım⁵⁰ ödemeye başlamaktadırlar. Böylece konutun finansmanı için gereken tasarruf yapılmış olmakta ve teslim süresinin sonuna kadar önemli bir birikim sağlanmış bulunmaktadır.

Konuta ilişkin bir diğer tanıma ÖÖKSHY md. 4/e de verilmiştir. İlgili maddeye göre, “23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa tabi mesken amaçlı kullanılan ya da mesken niteliği taşımamakla birlikte tüketicilerin kullanımına sunulan her türlü bağımsız bölüm” konut kavramı içine girmektedir⁵¹. Hükümde sözü edilen “mesken niteliği taşımamakla birlikte tüketiciye sunulan her türlü bağımsız bölüm” ifadesinden neyin kast edildiği anlaşılammaktadır. Her türlü bağımsız bölüm ifadesinde işyeri niteliğindeki bir yerin de konut olarak kabul edilebileceği akla gelse de, kanun koyucunun bunu kast edip etmediğini kestirmek güçtür⁵².

Yerleşim yeri ile sık sık aynı anlamda kullanılan ancak farklı bir kavram olan mesken kavramı, devamlı yerleşmek amacı gütmeksizin, geçici olarak fiilen oturulan yer anlamında kullanılmaktadır⁵³. Yerleşim yeri için aranan sürekli kalma iradesi şartı, yerleşim yerini fiilen oturulan yer olan meskenden ayırır⁵⁴. Kişilerin doğal ve olumsuz şartlardan korunmak ve yaşamlarını sürdürmek amacıyla kullandıkları ve bu amacın gerçekleşmesinde ihtiyaçları giderecek bölümlere ve asgari niteliklere sahip yapılar

⁴⁹ Ön ödemeli konut satışı sözleşmesine taraf olan tüketicinin tanımını için bkz. § 3, II.

⁵⁰ Satış bedeli konutun devir veya teslim edilmesinden önce toptan (peşin) olarak da ödenebilir. Bu durumda da yine TKHK md. 40 vd. hükümleri uygulanacaktır.

⁵¹ İlgili maddede sözü edilen “mesken niteliği taşımayan her türlü bağımsız bölüm” ifadesinin eleştirisi hakkında bkz. Özmen, E. Saba/Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, İstanbul 2016, s. 23-24; Acar, s. 14 vd.

⁵² Acar, s. 14 vd.

⁵³ Konut, mesken ve ikâmetgah gibi kavramlar hakkında daha geniş bilgi için bkz. Arpacı, Abdulkadir, Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, İstanbul 2000, s. 82 vd; Meskenin nitelikleri hakkında bkz., Özmen, E.Saba, Devre Mülk Hakkı, Ankara 1988, s. 122 vd.

⁵⁴ Daha geniş bilgi için bkz. Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2016, s. 189 vd.

olarak da tanımlanan meskenin, konut olarak kullanılabilmesi kabul edilmektedir⁵⁵. Bu nedenle, odaları, banyosu, mutfak ve tuvalet gibi bölümlerin bulunduğu yapılar mesken olarak kabul edilmeli, bu bölümlerin bazılarının olmadığı veya hiç bulunmadığı yapılar ise mesken olarak nitelendirilmemelidir^{56 57}.

Bağımsız bölüm, KMK md. 2/a'da, "...anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümleri" şeklinde tanımlanmıştır. Bağımsız bölümün teknik olarak tanımlandığı tek yer bu hükmüdür. Kanun koyucunun ÖÖKSHY md. 4/e de bağımsız bölümü, KMK anlamında mı kullandığı veya bağımsız mülkiyete konu, konut olarak kullanılan her türlü yapıyı mı düzenlediği açık değildir⁵⁸.

Konut kavramına ilişkin kriterlere ise, 11.05.2015 tarihli "Bina Tamamlama Sigortası Genel Şartları"⁵⁹ genelgesinin A.2/3 maddesinde rastlanılmaktadır. Buna göre,

⁵⁵ Koçak, s. 12.

⁵⁶ Özmen, Devre Mülk, s. 122; Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik md. 4/e hükmüne göre, "23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa tabi mesken amaçlı kullanılan ya da mesken niteliği taşımamakla birlikte tüketicilerin kullanımına sunulan her türlü bağımsız bölüm" konut kavramı içine girer.

⁵⁷ TMK md. 19/2, "bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz" ifadesiyle her bireyin ancak tek bir yerleşim yerinin olması gerektiği kuralını getirmiştir. İlgili hüküm gereğince, bir kimsenin birden fazla yerleşim yerinin olması mümkün değildir. Diğer bir söyleyişle, bir kişinin tek bir ikametgâhı olacağından yaşamını sürekli olarak devam ettireceği tek bir konutu olabilir. Bununla birlikte, birden fazla konuta sahip olmanın önünde bir engel bulunmamaktadır. Örneğin, ön ödemeli konut sözleşmesine konu olan konutun bir yazlık, dağ evi veya barınma amaçlı ikinci bir konut olmasının önemi yoktur. Her ne kadar Yargıtay, bu tip konutların tatil amaçlı olduğunu ve aileler için yaşam merkezi olmadığını kabul etse de (Yargıtay 2. HD, 27.3.2003 T., 2003/3071 E., 2003/4352 K.), TKHK md. 40, bu konuda bir sınırlama getirmediğinden bu tür taşınmazlar da ön ödemeli konut satışlarına konu olabilecektir. Hatta, birden fazla tatil amaçlı konut edinilmesinde dahi (örneğin hem Erciyes'de hem de Alaçatı'da) ön ödemeli konut satışından söz edilebilecektir. Zira, bu tür taşınmazlar barınma amaçlı satın alındığı sürece tüketici işleminin var olduğu kabul edilmelidir. Bu konudaki görüşler hakkında bkz. Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, s. 140 vd.

⁵⁸ Kamunun yararlanması amacıyla hizmet veren hastane, sağlık ocağı, poliklinik, sağlık laboratuvarı gibi yerlerin, tapu kütüğünde mesken olarak gösterilen bir bölümde kurulması mümkün değildir. Ancak dispanser, poliklinik veya klinik niteliği taşımayan muayenehaneler bu hükmün dışındadır (KMK md. 24), İnal, Şerh, s. 632 vd. Bununla birlikte, KMK md. 24/3'e göre, (Ek fıkra: md. 13.2.2011-6111/194) "1136 sayılı Avukatlık Kanununda avukatlık büroları ve hukuk büroları faaliyetlerine devam ederler. Bu süre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıldır. Bu hüküm 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda ilgili düzenleme yapılmıyaya kadar meskenlerdeki avukatlık ve hukuk büroları faaliyetlerine devam ederler. Bu süre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıldır. Bu hüküm 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda ilgili düzenleme yapılmıyaya kadar meslek mensupları tarafından açılan bürolar hakkında da uygulanır".

⁵⁹ T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, 11.03.2015 Tarih ve 71065509-302.01(010.99)/8215 sayılı genelgesi.

“Konutun, çatısının kapanmış, iç ve dış sıvaları ile dış ve iç cephe boyalarının yapılmış, merdiven ya da asansörünün kullanıma hazır, bağımsız bölüm elektrik, su ve ısıtma tesisatı ile mutfak, banyo ve sıhhi tesisatının yapılmış, zeminin döşenmiş olduğu” konutlar oturmaya elverişli taşınmaz olarak tanımlanmıştır.

II. Taşınmaz Mülkiyetine Konu Olarak Konut

A. Taşınmaz Mülkiyetine Konu Olan Konutların Niteliği

Aynı hakların konusu maddi mallar, diğer bir ifadeyle, eşyadır. Eşya üç halde ortaya çıkar. Bunlar, yalın eşya, bileşik eşya ve eşya topluluğudur⁶⁰. Bütünleyici parça ise TMK md. 684/2’de tanımlanmıştır. Buna göre, bütünleyici parça, yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır. Bu düzenlemeden, bir şeyin diğer bir şeyin temel unsurunu teşkil ederek onun bütünleyici parçası haline gelmesinin iki şarttan birinin gerçekleşmesine bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki, bir şeyin asıl şeye sıkı maddi bir bağ ile bağlanması ve asıl şeyden ayrılmasının ancak asıl şeyin yok olması, zarara uğraması veya yapısının değiştirilmesi ile mümkün olmasıdır. İkinci olarak, maddi bağlantı sıkı değildir ancak yerel âdetler bağlanan şeyi, asıl şeyin temel unsuru saydığı için kanun onun bütünleyici vasıf kazandığını kabul etmektedir⁶¹. Amacı ne olursa olsun, toprağa sıkı surette bağlanmış, yıkılmadan, yok edilmeden veya zarar verilmeksizin araziden söküp götürülmesi güç olan yapılar, bütünleyici parça niteliğindedir⁶².

⁶⁰ Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 55-56.

⁶¹ Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2013, s. 291; Erman, Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, 3.Basım, İstanbul 2013, s. 60 vd; Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 46 vd; Ertaş, s. 8, 214; Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 229; Şengül, Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul 2011, s. 25 vd; Aydoğdu, Murat, Taşınmaz Satış Sözleşmesi, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları (Edt: Tokbaş, Hakan/Kurşun, Ali Suphi), İstanbul 2016, s. 30. TMK md. 684’e göre, “bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur” şeklindedir. Bu nedenle, asıl şey üzerinde bir kişinin, bütünleyici parça üzerinde başka bir kişinin mülkiyet hakkının bulunması imkansızdır.

⁶² TMK md. 728’e göre, “başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir. Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tâbi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez”. İlgili hüküm gereğince, herhangi bir arazide

Bütünleyici parça açısından önem taşıyan eşya türü, bileşik eşyadır. Bileşik eşya, birden fazla şey veya parçadan meydana geldiğine göre, bunlardan biri asıl şey, diğeri ise bütünleyici parça olmaktadır. Bu parçalardan hangisinin asıl, hangisinin bütünleyici olacağı, eşyanın ekonomik değerine göre değil, eşyanın getirdiği fonksiyonun önemine ve hukuk düzeni içinde işgal ettiği yere göre belirlenir⁶³.

Bu tanımlamalardan hareketle ve TMK md. 718/2 gereği, arazi ve üzerinde bulunan konut bileşik eşya niteliğindedir. Konut amaçlı kullanılan yapı ile arazi arasında maddi bağlantı da devamlı bir nitelik taşır. Arazi ve üzerindeki yapı, bir bütün olarak ekonomik amaca hizmet etmekte ve arazi ile üzerindeki yapı arasındaki maddi bağlantı sıkı olmasa dahi, yapının barınma amacıyla inşa edilmesi durumunda o yapı, bütünleyici parça olarak nitelendirilebilmektedir⁶⁴. Özetle, ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olan konut, tapuya kayıtlı arazinin bütünleyici parçası olmalı ve barınma ihtiyacını karşılamalıdır.

1. İmar Mevzuatına Göre Konut Kavramı ve Özellikleri

Konut kavramını da kapsayan bir terim olan “yapı” kavramı, İK md. 5’de açıklanmıştır. Buna göre yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir. TMK md. 718/2’ye göre Kanundaki istisnalar⁶⁵ saklı olmak üzere, toprak yüzeyinin üstünde ve altındaki yapılar da arazi mülkiyetinin bütünleyici parçası olur ve taşınmaz mülkiyetin kapsamına girer. İmar Kanunu'nun 5. maddesinde, yapılara ilişkin genel tanımlamalar yapıldıktan sonra aynı maddenin 9. bendinde, bina tanımlaması da

seyyar tuvalet, geçici konteyner, vb. eklentiler konut sayılmayacak, dolayısıyla da ön ödemeli konut satışı sözleşmesi söz konusu olamayacaktır. Bununla birlikte, karavan, yat, vb. araçların barınma amaçlı kullanılması halinde ön ödemeli konut satışı sözleşmesi söz konusu olmaz. Zira, bu araçlar yeryüzü parçasına bağlı değildir ve hareket edebilmektedirler. Her ne kadar bu tip araçların konut olarak nitelendirilmesi akla gelse de sicil kayıtları, teminat olabilme yapıları farklıdır. Ancak bu tür araçların satın alınması ve bunlar için yapılan finansman sözleşmeleri için Kanunda öngörülen diğer şartlar da varsa, yapılan sözleşmeyi, tüketici işlemi olarak kabul etmek mümkündür. Daha fazla bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 736 vd; Acar, Hakan, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, FÜHFD, C.3, S.1, 2015, s. 15 vd; Erman, Eşya Hukuku, s. 97 vd.

⁶³ Eren, Mülkiyet, s. 57 vd.

⁶⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 292 vd; Erman, Eşya Hukuku, s. 61 vd; Akipek/Akıntürk, s. 536.

⁶⁵ Bu istisnaların ilki taşınmaz yapılar, diğeri ise üst hakkıdır.

yapılmıştır. Bina; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır (İK md. 5/9). Bu iki tanım birbirinden farklı olmakla birlikte, yapı kavramı, bina kavramını da kapsayan “üst” bir kavramdır⁶⁶.

Bir yapının ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olabilmesi için İmar Kanununa uygun şekilde inşa edilmiş olması gerekir. İmar planında konut olarak belirlenen bir yer için yapılan taşınmaz satış sözleşmesi, tüketici işlemidir. Bazı durumlarda bir taşınmaz imar planında “konut+ticaret” şeklinde düzenlenmiş olabilir. Yani taşınmazın hem konut hem de ticari bir faaliyet için kullanılabilmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda yapılan işlemin nitelendirilebilmesi için konutu satın alanın niyetine bakılmalıdır. Eğer satılan konut barınma amaçlı olarak kullanılacaksa yapılan işlem TKHK kapsamında kalacak, ticari veya mesleki bir faaliyet için satın alınıyor ise TKHK kapsamında olmayacaktır. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi bakımından her ne kadar imar mevzuatı gereği yapı ruhsatı alınması emredici nitelikte ise de, yapı ruhsatının alınmamış olması sözleşmeyi geçersiz hale getirmemektedir⁶⁷.

2. Tüketici Hukukunda Konut Kavramı ve Özellikleri

6502 sayılı TKHK 3/h maddesi, “*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*” “mal” olarak tanımlamıştır. İlgili düzenleme, dünyadaki genel eğilimin aksine, konut veya tatil amaçlı taşınmazları da, tüketiciye sunulan “mal” kavramı içerisine almış ve taşınmazlarla ilgili yapılan işlemleri de (unsurları olduğu sürece) tüketici işlemi olarak kabul etmiştir⁶⁸. Ancak, ilgili maddede ifade edilen “mal” kavramına Eşya Hukuku kapsamındaki bütün taşınmazlar dahil değildir. Tüketici hukukuna konu olan taşınmaz kavramı, dar anlamda ele alınmış,

⁶⁶ Aydemir, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2012, s. 447 vd; Şengül, s. 28; İnal, Şerh, s. 630 vd. Ayrıca bkz. Öz, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2016, s. 1 vd.

⁶⁷ Bu konu hakkında geniş açıklamalar için bkz. § 11, IV.

⁶⁸ Sınırlı olsa da, taşınmazların tüketici işlemi niteliğinde olması Türk hukukuna özgü bir durumdur. Bkz. Akipek Öcal, Şebnem, Akipek Şerhi, Milli Şerh, (Edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), İstanbul 2016, s. 54; Gümüş, s. 28.

bunun sonucunda, sadece barınma gayesiyle edinilen konut ve tatil amaçlı taşınmazlar TKHK çerçevesinde “mal” olarak kabul edilmiştir⁶⁹.

B. Taşınmaz Mülkiyetine Konu Olan Konut Türleri

1. Müstakil Yapı Niteliğindeki Konutlar

Müstakil yapı kavramına KMK md. 58/2’de rastlanmaktadır. İlgili madde, “*Devre mülk hakkı ancak mesken nitelikli, kat mülkiyetine veya kat irtifakına çevrilmiş yahut müstakil yapılarda kurulabilir*” şeklindedir. Buna göre, bir parsel üzerinde inşa edilmiş, kat mülkiyetine veya kat irtifakına konu olmayan yapılar müstakil yapı olarak adlandırılmaktadır⁷⁰. Müstakil yapının özelliği, kat mülkiyetine konu olmaksızın arazinin bütünleyici parçası niteliğinde olan bir veya birden çok yapıyı bulundurmasıdır. Burada yapının büyüklüğü, kaç kat olduğu, nitelendirme bakımından önem taşımaz. Müstakil yapı, birden çok kattan oluşsa veya müstakil yapıda bulunan bölümler bağımsız olarak kullanılmaya elverişli olsa bile, bu tür yapılardaki bağımsız yerlerin tek başına satış sözleşmesine konu olması söz konusu değildir. Bunun nedeni, arazi ile bütünleyici parça olan binanın, birleşik eşya olarak bir bütünlük teşkil etmesi ve bu nitelik devam ettiği sürece bunların ayrı ayrı tasarruf işlemine konu olamamasıdır⁷¹. Üzerinde müstakil bir yapı bulunan ve tapu kütüğüne kayıtlı bir taşınmazın ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olabilmesi mümkündür. Bunun için müstakil yapının konut olarak kullanılmaya elverişli olması yeterlidir⁷².

⁶⁹ Aydoğdu, Taşınmaz, s. 26; Makaracı, Aslı, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Der: İnceoğlu, Murat), İstanbul 2015, s. 242; Akipek Öcal, Şebnem, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulaması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Ankara 2016, s. 17-18.

⁷⁰ Akipek/Akıntürk, s. 58-59.

⁷¹ Çabri, Finansman, s. 78; Çelik, s. 19 vd.

⁷² Çabri, Sezer, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, (Edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2015, s. 208. Yargıtay, villa satışı ve bu satış sözleşmesinin feshine dair uyumsuzluğun eTKHK kapsamında olduğu yönünde kararlar vermiştir. Bkz. Yargıtay 13 HD. 05.04.2004 T., 2003/14485 E., 2004/4678 K. www.kazancı.com (09.12.2016).

2. Kat Mülkiyeti Kapsamındaki Konutlar

Taşınmaz mülkiyetinin özel bir türü olan kat mülkiyeti, tamamlanmış bir yapının (binanın) kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, depo gibi ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümleri üzerinde kurulan müstakil bir mülkiyet hakkıdır⁷³. KMK md. 2/a'ya göre kat mülkiyeti bağımsız bölüm üzerinde kurulabilen bir mülkiyet türüdür⁷⁴. Kat mülkiyetine her kat malikinin sahip olduğu arsa payı ile ortak yerler üzerindeki paylı mülkiyet hakkı da bağlanmıştır. Bu suretle kat malikleri bağımsız bölümler üzerinde tek kişi mülkiyetine sahipken, arsa ve ortak yerler üzerinde paylı mülkiyet hakkına sahiptir⁷⁵.

Türkiye'de halen kadastro işlemlerinin tamamlanmadığı veya devam ettiği bilinen bir gerçektir. Kadastro faaliyetlerinin yapılmadığı veya tamamlanmasının uzun süreceği bölgeler açısından, kadastro işleminin bitmesi beklenmeden bazı taşınmazların zabıt defteri ile kayıt alınmasına imkan tanınmıştır (KMK md. 11/2, TST geçici md. 1). Buna göre, henüz kadastro gelmemiş yerlerde, kat mülkiyeti kütüğü yerine zabıt (kayıt) defterinin tutulacağı hüküm altına alınmıştır. Kadastro çalışması yapılmamış araziler üzerinde bulunan yapılar (KMK hükümlerine göre) tarih sırasına göre zabıt defterine kayıt edilir⁷⁶. Her ne kadar, kadastrosu yapılmamış bir bölgede imar planı yapmak mümkün değilse de⁷⁷, kat mülkiyeti zabıt defterine kayıtlı olan bağımsız bir bölüm ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusu olabilir.

⁷³ Sungurbey, İsmet, Kat Mülkiyetinin Temel Sorunları, Medeni Hukukun Temel Sorunları, İstanbul 2003, s. 716 vd; Eren, Mülkiyet, s. 144; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 606 vd; Erman, Eşya Hukuku, s. 128; Akipek/Akıntürk, s. 416; Ertaş, s. 415.

⁷⁴ KMK md. 2'ye göre, kat mülkiyetine konu olan gayrimenkulün bütününe anagayrimenkul, yalnız esas yapı kısmına anayapı, anagayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup, KMK hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerine bağımsız bölüm, bir bağımsız bölümün dışında olup, doğrudan doğruya o bölüme tahsis edilmiş olan yerlere eklenti, bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyet hakkına kat mülkiyeti ve bu hakka sahip olanlara kat maliki denilmektedir. Kat mülkiyetinin tek kişi mülkiyeti ile paylı mülkiyetin bir arada bulunduğu toplu bir mülkiyet şekli olduğu görüşünde, Akipek/Akıntürk, s. 417. İlgili madde eleştirisi için bkz. Özmen, Saba/Kır, Hafize, Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, İstanbul 2010, s. 3 vd. Kat mülkiyetinin niteliği hakkında bkz. Eren, Mülkiyet, s. 147 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 607 vd.

⁷⁵ Eren, Mülkiyet, s. 146; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 445; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 609 vd; Erman, Eşya Hukuku, s. 129; Akipek/Akıntürk, s. 417; Ertaş, s. 419.

⁷⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 147 vd; Daha fazla bilgi için, Ertaş, s. 112-141.

⁷⁷ İmar planı konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kalabalık, Halil, İmar Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 353.

Günümüzde nitelikli konuta duyulan ihtiyacın artması, inşaat ve mühendislik tekniklerinin gelişmesi ile birlikte klasik, “tek parsel üzerinde tek bina (dikey kat mülkiyeti)” yapılaşma türü terk edilmiştir. Farklı yapılaşma türleriyle birlikte, bir parsel üzerinde birden fazla yapı yapabilmek mümkündür. Toplu yapı kavramı olarak karşımıza çıkan bu tür yapılaşma türü de iki kısma ayrılmaktadır. Bunların ilki, tek parsel toplu yapı, ikincisi, birden fazla parsel üzerinde toplu yapılardır. Tek parsel toplu yapıların temel özelliği, parselde dağılmış birden fazla bağımsız bölümlü yapıların bulunması mecburiyetidir. Birden çok parsel üzerindeki toplu yapılar ise, birden fazla imar parseli üzerinde birbiriyle bağlantılı birden çok yapının inşa edilebilmesini ifade eder⁷⁸.

Kat mülkiyetine konu olan yapılar, barınma ve mesken amaçlı kullanılmaya en müsait yerler olup, uygulamada ön ödemeli konut satışı sözleşmesine en çok konu olacak taşınmaz türüdür. Günümüzde satılan konutların neredeyse tamamı kat mülkiyetine konu olan konutlardan oluşmaktadır. Barınma ihtiyacını karşılayan ve bu yönde kullanıma uygun kat mülkiyetine konu bir taşınmazın satın alınması, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin de konusunu oluşturur. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin en geniş uygulama alanı bulacağı bu tür konutların inşa halinde olması veya inşasına henüz başlanmamış olmasının önemi yoktur ve kat irtifakına konu olabilecek, proje aşamasındaki bir konut da TKHK md. 40 vd. kapsamındadır⁷⁹.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi bakımından bir konutun tek parsel üzerinde toplu yapı ya da birden fazla imar parseli üzerindeki toplu yapı olarak inşa edilmesi bir fark yaratmaz. Dikkat edilmesi gereken, sözleşme konusu olan yapının barınma ihtiyacını karşılamak üzere satın alınmış olup olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, inşa edilen konut barınma amacıyla inşa ediliyor ve tüketici bu konutu barınma amacıyla satın alıyorsa, kat mülkiyetinin hangi türden olduğunun bir önemi yoktur.

⁷⁸ Akipek/Akıntürk, s. 431 vd; Eren, Mülkiyet, s. 329-340; Özmen, Kat İrtifakı, s. 233 vd; Çabri, Finasman, s. 82 vd; Bu konu hakkında daha geniş bilgi için bkz. Şengül, s. 50 vd.

⁷⁹ Kat irtifakı hakkında daha geniş bilgi için bkz. § 8, I, A, 3.

3. Bağımsız ve Sürekli Hakka Konu Olan Konutlar

a. Genel Olarak Bağımsız ve Sürekli Haklar

TMK md. 704/2, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli hakları, taşınmaz mülkiyetinin konusu olarak kabul etmiştir. TMK md. 998/2 ise, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli hakların tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilebileceğini düzenlemiştir. Gerçekte taşınmaz olmadığı halde taşınmaz kabul edilerek tapu kütüğünde bağımsız sayfa açılan bu hakların irtifak hakları olduğu kabul edilmektedir⁸⁰. İrtifak haklarının taşınmaz olarak kabul edilip işlem yapılabilmesi için öncelikle tapu siciline kayıtlı olması lazımdır. Tapuda ayrı bir sayfaya kayıt edilen irtifak haklarının iki özelliği vardır. Bunlardan ilki, bağımsızlık, diğeri ise sürekliliktir. İrtifak hakkının bağımsız olmasının anlamı, bu hakkın devredilebilmesi veya intikale olanak sağlamasından gelmektedir. İrtifak hakkının sürekli olmasının anlamı ise, bu hakkın süresiz ya da asgari otuz sene ile kurulması gerekliliğini ifade eder (TMK md. 826/3, 998/3)⁸¹. Çalışmamızı ilgilendirmesi açısından bu haklardan sadece üst hakkı konusu ele alınacaktır.

b. Üst Hakkına Konu Olan Konutlar

Dünyada hızla yükselen nüfus artışıyla beraber, turizm hareketlerinin yoğunluğu vb. sebeplerden yeni ve büyük yapılaşma ihtiyacı git gide artış göstermektedir. Bununla birlikte, imarlı arsa üretiminin yetersiz olmasından dolayı konut yapılacak yapı parselleri değerinin çok üzerine satış bedelleriyle el değiştirmektedir. Konut imal etmeyi düşünen kişiler bir yapı inşa etmeye yönelik gerekli birikime sahip olmakla birlikte, bu yapının inşa edileceği arsayı satın alacak sermayeyi bulmakta çoğu zaman zorlanmaktadır. İşte bu durumdaki kişi, üst hakkından yaralanmak suretiyle arsanın mülkiyetini satın alma zorunluluğundan kurtulmakta, arazisinde inşaat yapamayacak durumda olan arazi sahibi de, mülkiyeti devretmeden gelir elde etme şansına sahip

⁸⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 775 vd; Akipek/Akıntürk, s. 458; Eren, Mülkiyet, s. 365; Ertaş, s. 507.

⁸¹ Köprülü/Kaneti, s. 166; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 374; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 785 vd; Eren, Mülkiyet, s. 365 vd; Akipek/Akıntürk, s. 458-459; Erman, Eşya Hukuku, s. 150 vd.

olmaktadır. TMK md. 726/1 ve 826-836 hükümleri arasında düzenlenen üst hakkı, bir kişiye başka bir kişinin arazisi üzerinde veya altında inşaat yapmak ve bu yapının maliki olmak veya esasen yapılmış bir yapıyı muhafaza etmek yetkisini veren bir irtifak türüdür⁸². İrtifaka esas olan resmi senetteki hükümler çerçevesinde üst hakkı sahibinin inşaat yapmasına katlanan arazi malikinin mülkiyet hakkı devam etmekle beraber, bu arazinin mülkiyetini istediği zaman devretme veya rehin verme imkanına sahiptir⁸³.

Üst hakkına konu olan yapı, barınma amaçlı kullanılıyorsa ve bu hak için tapuda bağımsız ve sürekli hak olarak ayrı bir sayfa açılmışsa (TMK md. 998/1-2), bu tip konut satışlarında (unsurlarını da taşıması halinde) TKHK 40-46 maddeleri uygulanacaktır. Bir görüşe göre, ayrı sayfaya kaydedilemeyen üst hakkının da (amaçsal yorum ilkesi gereği) TKHK kapsamında olduğu kabul edilmelidir⁸⁴. Ancak, üst hakkına konu konut niteliği taşımayan yapılar ve barınma amaçlı kullanılmaya müsait olmakla birlikte, bu amaçla kullanılmayan yapıların ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olması mümkün değildir.

C. Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Arazi Üzerindeki Yapılar

TKHK md. 40/1 incelendiğinde, taşınmazın tüketiciye devir “veya” tesliminden bahsedildiği görülecektir. Bu ifade, bahsi geçen düzenlemenin tapusuz taşınmazlara ilişkin akdedilen ön ödemeli satışlarda uygulanabileceğini akla getirebilir. Ancak ön ödemeli konut satışı sözleşmesi için resmi şekil şartı arayan TKHK md. 41/1 hükmü, bu düşüncenin önündeki engeldir⁸⁵.

TMK md. 992 ele alındığında, mülkiyet karinesinin mevcut olmadığı taşınmazlar açısından ön ödemeli konut satışı sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının mümkün olamayacağı görülecektir. Çünkü, taşınmazda mülkiyet karinesi yoksa yapılacak devir, malik sıfatı ile zilyetliğe dayanacaktır. Zilyetliğin ivazlı devrine ilişkin borçlandırıcı

⁸² Eren, Mülkiyet, s. 364; Köprülü/Kaneti, s. 158 vd; Erman, Eşya Hukuku, s. 158; Ertaş, s. 507 vd; Bkz. Gürsoy/Eren/Cansel, s. 587; Akipek/Akıntürk, s. 539, 704; Gürzumar, Osman B., Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, İstanbul 1998, s. 187 vd.

⁸³ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 856 vd.

⁸⁴ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 23.

⁸⁵ Gümüş, s. 252.

işlem ise isimsiz bir sözleşme olduğundan, TBK md. 207 anlamında bir satış sözleşmesi meydana gelmeyecektir⁸⁶. Bununla beraber, hukuken tabii niteliği ne olursa olsun maddi bir malın taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturabilmesi için devre elverişli olması ve tapu kütüğünün belirli bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilmiş olması gerekir⁸⁷. Bu nedenle, arazi üzerinde bulunan bir yapı, barınma amaçlı kullanılmaya elverişli bir konut olsa dahi tapu kütüğüne kayıtlı değilse, TKHK md. 40-46 kapsamında olması mümkün değildir.

III. Konutun Kullanım Amacı

Tüketicinin satın alacağı taşınmazı konut amaçlı kullanması gerektiği TKHK md. 40/1'de açık olarak hüküm altına almıştır. Biz de bu çalışmanın birçok yerinde ön ödemeli satışa konu olan konutun sadece barınma amacına yönelik olarak kullanılması gerektiğini belirttik. Bu nedenle, en başından tekrarlar ifade etmek gerekir ki, barınma amacı dışında satılan hiçbir taşınmaz, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusu olamaz. Tüketiciler sözleşmeye konu olan konutu sadece yaşamlarını idame ettirme amacıyla satın almış olmalıdır.

TKHK md. 40 vd. hükümleri incelendiğinde, bir tüketicinin ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile birden fazla konutu satın alabilmesinin önünde herhangi bir sınırlama yoktur. Tüketici, dilerse satın almış olduğu konutu sürekli yerleşim yeri amacıyla kullanabileceği gibi, dilerse tatil amaçlı ya da geçici süreli olarak da kullanabilir. Örneğin, tüketicinin birden fazla tatil amaçlı konut edinmesi durumunda (örneğin hem Bodrum'da hem de Uludağ'da) yapılan işlem TKHK kapsamında olacaktır. Zira, tüketici bu tür taşınmazları kazanç elde etmek için değil, barınma amaçlı kullanacağı için TKHK md. 40-46 uygulama alanı bulur.

Yukarıda belirttiğimiz örnekler dışında, birden fazla konutun ön ödemeli olarak satılması halinde bu konutların, TKHK korumasından faydalanıp faydalanamayacağı ya da bu işlemin bir tüketici işlemi niteliği taşıyıp taşımadığının tespiti önem arz eder.

⁸⁶ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 21.

⁸⁷ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 579 vd; Şengül, s. 20-21.

Öncelikle, konut satın alma işleminin ön ödemeli konut satışı sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için konutu satın alan kişinin TKHK md. 3/k anlamında tüketici, konutu satan ise TKHK md. 3/i ‘de tanımlanan satıcı olmaları gerekir. Bununla birlikte tüketici konutu satın alırken, kendisi ve ailesinin barınma ihtiyacını karşılamayı amaçlamış olmalıdır. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olan konut daha sonradan satılmak veya gelir getirmesi için satın alınıyorsa bu işlem TKHK md. 3/l anlamında bir tüketici işlemi olmayacak ve TKHK md. 40-46 hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak bu ifadeden tüketicinin barınma amaçlı satın aldığı konutu tekrar satışa koyamayacağı çıkarılmamalıdır. Zira tüketicinin ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile satın aldığı konutu çeşitli sebeplere dayanarak tekrar satışa koymasının önünde bir engel yoktur. Yeter ki tüketici bu konutu barınma amaçlı olarak satın almış olsun. Ancak, tüketicinin bu konutu satın alırken hangi niyetle hareket ettiğinin tespiti kolay değildir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bir tüketici (alıcı), konut alıp satmayı “sürekli bir faaliyet” haline getirmiş ve bundan gelir elde etmeyi meslek edinmişse, artık yapılan bu işlemin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi, dolayısıyla da ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin söz konusu olması mümkün değildir⁸⁸.

Bir kişi toplu bir yapıdan (toplu konut, site gibi) veya bir binadan birden fazla konut almak isteyebilir. Böyle bir durumda birden fazla satın alınan bu konutların nasıl nitelendirileceğinin açıklanması gerekir. Tüketicinin birden fazla konut aldığı bu ihtimalde, malın (konutun) kullanan tarafından “tahsis edildiği amaç” kriterine göre hareket edip tespitinde bulunmak doğru görünmektedir⁸⁹. Buna göre, bir tüketici (alıcı), herhangi bir projeden bir konutu kendisi için, diğerini çocuklarının yaşaması için ve üç adet konutu da kira getirisi ya da ileride kâr etme amacıyla satın alması halinde, satın alınan konutların tümü tüketici işlemi olarak nitelendirilemez. Barınma ihtiyacı dışında satın alınan üç konut, “yatırım malı” olarak nitelendirilmelidir⁹⁰. Buna göre, alıcı,

⁸⁸ Öz, Eser, s. 214 vd.

⁸⁹ Bu konu hakkında açıklamalar ve daha fazla bilgi için bkz. İnal, Tüketim malı, s. 161-204.

⁹⁰ Bir kişinin işi ve mesleği ile ilgili olmayan, özel amaçlarına dönük mallar tüketim malları olarak değerlendirilirken, kişinin işi ve mesleği ile ilgili olan ve mesleki amaçlara hizmet eden mallar yatırım malı olarak kabul edilmektedir. İnal, tüketim malı ile yatırım malı arasındaki ayrımın satın alınacak konutun sayısına göre veya harcama limitine göre ya da kanunla belirlenecek azami bir bedele göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, alıcının kendisi ve yakınlarının konut ihtiyaçlarını aşan sayıdaki satın alma işlemleri tüketici işlemi sayılmamalıdır. Yazarın diğer önerisi ise, kanunla belirlenecek azami satış bedeli üzerindeki işlemlerin tüketici işlemi olarak kabul

kendisi ve ailesi için satın almış olduğu iki konutu barınma amacıyla kullanacağından tüketici sıfatını kazanacak, yatırım amaçlı aldığı diğer üç daire için ise, tüketici olma vasfını kazanamayacaktır^{91 92}.

Bir kişinin mimari projede (dükkan, mağaza gibi) ticari alan olarak tasdik edilen bir yeri barınma amaçlı kullanacağını ileri sürmesi halinde, yapılacak sözleşmenin ön ödemeli konut satışı sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği görüşündeyiz⁹³. Çünkü uygulamada, satın alınan bir ticari alanın konut amaçlı kullanılıp kullanılmadığının tespiti oldukça zor ve suistimale açık bir konudur. Ticari amaca tahsis edilmiş bir taşınmazın TKHK hükümlerinden faydalanmasını kabul etmek, mahkemelere ağır bir iş yükünün bindirilmesinin yanında, sonucu tartışmalı kararların ortaya çıkması tehlikesini de taşır. Bu nedenle, mimari projede ticari alan olarak tasdik edilen taşınmazların satışında ön ödemeli konut satışı sözleşmesi söz konusu olamaz.

Son zamanlarda inşa edilen konut projelerinin hemen hepsinde ortaya çıkan konut ve ticari alanların (alışveriş merkezi, dükkan vs.) birlikte bulunduğu yapıların ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olup olamayacağının da açıklanması gerekir. Örneğin, aynı parselde inşa edilmiş ve alt katları ticari alan olarak adlandırılan alışveriş merkezi, üst bölümlerin ise konut amaçlı kullanıldığı karma yapılardan işyeri alan kişinin tüketici sıfatını kazanması mümkün değildir. Zira, satın alan kişinin bu dükkanı ticari veya

edilmemesidir. Yatırım malı-tüketim malı ayrımı hakkında daha fazla bilgi için bkz. İnal, Tüketim Malı, s. 161 vd. Karşı görüşte, Öz, Eser, s. 216. Yazara göre, yürürlükteki TKHK hükümleri karşısında sözleşme konusu konutların sayısına ve değerine göre tüketici işlemlerinin sınırlandırılması mümkün değildir.

⁹¹ Aydoğdu, Taşınmaz, s. 28. Kara'ya göre, bir kişi ne kadar yüksek sayıda konut alırsa alsın veya inşa ettirirse ettirsin, eğer bir kazanç sağlama faaliyeti yoksa tüketici sayılmalıdır. Bkz. Kara, s. 273. Yargıtay 13. HD 10.07.2012 T., 2012/10605 E., 2012/17689 K. sayılı ilamında, davacının üç adet bağımsız bölüm satın almış olması dolayısıyla, satın alınan dairelerin sayısal çokluğunun davacıyı kanunda belirtilen tüketici tanımının dışına çıkarmadığını içtihat ederken, aynı dairenin, 17.01.2012 T., 2011/15055 E., 2012/354 K. sayılı ilamında ise, tasarruf yapmak ve geleceğini garanti altına almak maksadıyla yapılan alım-satış işlemi, tüketici işlemi sayılmamıştır. İlgili kararlar için bkz. Kara, s. 272.

⁹² TMK md. 19/2, "bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz" ifadesiyle her bireyin ancak tek bir yerleşim yerinin olması gerektiğini düzenlemiştir. TMK md. 19/3'e göre, bu ilkenin istisnasını ticari ve sınai kuruluşları oluşturmaktadır.

⁹³ Aynı yönde, Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 26. Aksi görüşte, Çabri, s. 207. Yazara göre, konut amaçlı kullanılacak tüm yapılar ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Yapılan hukuki işlem bir tüketici işlemi ise, sözleşme konusunun konut veya işyeri olmasının bir önemi yoktur. Bkz. Acar, s. 15. Aynı yönde, İnal, Şerh, s. 632.

mesleki bir amaçla kullanacağından ön ödemeli konut satışı sözleşmesi söz konusu olamaz⁹⁴.

Bir taşınmaz, başlangıçta mesleki amaçlarla edinilmiş ancak sonradan konut olarak kullanılmaya başlanmışsa, bu taşınmaz için başlangıçta yapılan hukuki işlem, sonradan tüketici işlemi haline gelmez. Örneğin, muayenehane kurma amaçlı satın alınan bir konut daha sonra barınma için kullanılsa dahi bu işlem tüketici işlemi haline gelmez. Hatta, satın alınan konut muayenehane olarak hiç kullanılmadan, konut amacıyla kullanıma özgülense bile, kanaatimizce, sonuç değişmeyecektir. Zira, bu noktada nazara alınması gereken an, işlemin yapıldığı andır⁹⁵.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olan konut, uygulamada çoğunlukla bağımsız bir parsel üzerindeki müstakil bir yapı veya kat mülkiyetine konu olacak bağımsız bölüm olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, “maketten satış” veya “temelden girme” şeklinde tabir edilen bu satışlar, konutu daha az maliyetle edinmek isteyen tüketicilerin tercih nedenidir. Bir görüş, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusunu sadece, gelecekte inşa edilecek konutlar ve halk arasında “sıfır” olarak tabir edilen inşaatı bitmiş ancak kullanılmamış konutlar olabileceğini öne sürmüştür, diğer bir ifadeyle kullanılmış, yani ikinci el konutların ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olamayacağını iddia etmiştir⁹⁶. Karşı görüş ise, konutun sıfır olmasıyla ikinci el olması arasında farkın bulunmadığını ifade etmiş, bir inşaat şirketinin inşa ettiği bir konutu belli bir süre kiraya verdikten sonra ön ödemeli konut satışı sözleşmesiyle satabilmesinin önünde bir engel bulunmadığını örnek göstermiştir⁹⁷. Başka bir görüş, tamamlanmış ve kat mülkiyetine geçmiş bir konutun sıfır ya da ikinci el olarak satılması fark etmeksizin, tüketicinin yapmış olduğu işlem nedeniyle korunması gerektiğini

⁹⁴ Öz'e göre, ortaya çıkan bir uyumsuzluk (müteahhidin temerrüdü gibi) hem konut, hem işyerlerini ilgilendiriyorsa bu uyumsuzluğa TKHK hükümleri uygulanmalı ve uyumsuzluğa Tüketici Mahkemeleri bakmalıdır. Bkz. Öz, Eser, s. 212.

⁹⁵ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 27.

⁹⁶ Gümüş, s. 251. Aynı yönde, Acar, s. 21.

⁹⁷ Çabri, s. 208, dn. 13. Aynı yönde, Yeniocak, Umut, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Şekli, Terazi Hukuk Dergisi, C.10, S. 102, Şubat 2015, s. 44.

belirtmiştir⁹⁸.

Kanaatimizce, bir konutun kullanılmış olması, yapılan sözleşmenin ön ödemeli konut satışı sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel olmamalıdır⁹⁹. TKHK md. 40-46 arasında veya ÖÖKSHY’de bu konu hakkında sınırlayıcı bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Kaldı ki TKHK md. 12/2 “... *ikinci el satışlarda satıcının ayıplı maldan sorumluluğu bir yıldan, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda ise üç yıldan az olamaz*” şeklindedir. Bu hükme dayanarak, kanun koyucunun ikinci el konut satışlarını da TKHK md. 40-46 kapsamında kabul ettiği rahatlıkla söylenebilir. Bu nedenle, bizim de katıldığımız görüşe göre, tamamlanmış bir konutun kullanılmamış veya kullanılmış olmasının önemi yoktur. İster kullanılmış ister kullanılmamış olsun, satışa konu olan konut barınma amaçlı olarak satılıyor ve unsurlarını taşıyor ise, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir.

Günümüzde, daha çok büyük şehirlerde satışa sunulan barınma amaçlı konutların karma kullanım için satın alındıklarına sıklıkla rastlanmaktadır. Halk arasında “Home-Ofis” olarak adlandırılan ve evden serbest çalışanlara yönelik tasarlanmış bu tip konutlarda, dairenin belli bir bölümü, kişinin uğraştığı iş veya mesleğe paralel olarak düzenlenmekte, diğer kısımlar ise barınma amaçlı olarak kullanılmaktadır. Karma amaçlı olarak kullanılan bu tür konutları satın alan kişinin tüketici sıfatını kazanıp kazanmayacağı, yapılan işlemin bir tüketici işlemi olup olmayacağı konusunda öğretide bir fikir birliği yoktur. Bir görüş, karma amaçlı kullanımlarda, ön plana çıkan amaca üstünlük tanınması gerektiğini ve bu nedenle sözleşmenin ön ödemeli konut satışı sözleşmesi olarak nitelendirilmesini savunurken¹⁰⁰, karşı görüş ise bir konutun karma amaçlı satın alınması halinde tüketici işleminden bahsedilemeyeceğini

⁹⁸ Atamer, s. 220 vd.

⁹⁹ TKHK md. 41/1 hükmünün daraltıcı şekilde yorumlanması gerektiğini ve bu nedenle, kat mülkiyetine geçmiş konutların ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olamayacağı görüşünde, Acar, s. 20-21. Her ne kadar, TKHK md. 40 gerekçesinde, “henüz ortada bir konut olmadan” tüketicilerin para demeye başlaması ve bu nedenle korumaya ihtiyaç duyulduğundan bahsedilse de kanaatimizce bu gerekçe daraltıcı yorumlanmamalı, amaçsal yorum ilkesine göre yorumlanmalıdır.

¹⁰⁰ Gümüş’e göre, karma kullanımlarda ön plana çıkan amaç esas alınmalıdır. Bkz. Gümüş, s. 251. Aynı yönde, Çabri, s. 208. Nitekim, yapılan hukuki işlem bir tüketici işlemi ise, sözleşme konusunun konut veya işyeri olmasının bir önemi olmayacaktır. Acar, s. 15. Aynı yönde Kara, s. 59.

savunmaktadır¹⁰¹.

Kanaatimizce, hem ev hem de ofis olarak kullanılmak üzere satın alınan konutun barınma amacına üstünlük tanınarak sözleşmenin ön ödemeli konut satışı olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşü, olması gereken hukuk açısından ve TKHK'nun ulaşmak istediği sonuçla paralellik gösterse de, satın alınan taşınmazın ağırlıklı olarak hangi amaca yönelik kullanıldığının belirlenmesi pratikte sorun yaratacaktır. Zira, hangi kriterlere göre ağırlıklı amacın belirleneceği konusunda uygulama ve doktrinde bir açıklık yoktur. Bu durumun tespiti için mahkemelerin nasıl bir yol izleyeceği ve hangi delilleri (keşif, şahit vs.) esas alacağı belirsizdir. Kaldı ki bu şekilde yapılan bir tespitin ulaşacağı sonuçlar da çoğu zaman tartışmalı olacaktır.

Bize göre, karma kullanım için satın alınan konutlar açısından tüketici işleminden bahsedilemez. Çünkü, konutu satın alan kişi artık satıcıya karşı zayıf konumda değildir. Kaldı ki satın alınan konutta mesleki veya ticari bir faaliyet de yürütüleceğine göre, bu kişinin sadece barınma amaçlı konut satan tüketiciyle aynı korumadan faydalanması hakkaniyetle de örtüşmemektedir¹⁰². Örneğin bir avukatın hem “konut” hem de “avukatlık bürosu” olarak kullanmak istediği bir taşınmazda ağırlıklı amacın nasıl tespit edileceği, hangi kriterlerin uygulanacağı ve ölçütün ne olacağı hukuk güvenliği açısından sorun teşkil eder. Her ne kadar, avukatlık mesleği ticari bir faaliyet olarak nitelendirilmese de¹⁰³, TKHK 3/k maddesine göre tüketici, mesleki olmayan amaçlarla da hareket etmesi gereken gerçek veya tüzel kişidir. Verilen örnekte, bir avukatın satın aldığı konutu mesleki amaçlarla ediniyor olması, onun tüketici sayılmasında engel oluşturmamalıdır. Avukatlık faaliyetinin TKHK anlamında “hizmet sağlama” niteliğinde olduğu ve avukatın da “sağlayıcı” olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü¹⁰⁴ ışığında

¹⁰¹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 27. Aynı yönde, Zevkliler/Aydoğdu, s. 84.

¹⁰² Nitekim bir görüşe göre, gerçek kişinin bir işlemi hem ticari hem de özel bir amaçla yapması durumunda, amacın bölünerek, tüketici sayılması mümkün değildir. Gerçek kişi, kısmen de olsa yapmış olduğu işlemde ticari ve mesleki bir amaç güdüyorsa, artık tüketici sayılamayacaktır. Bkz. Çınar, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 39.

¹⁰³ Avukatlık Kanunu md. 1'e göre, Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest meslektir.

¹⁰⁴ Akipek Öcal, Avukatlık Sözleşmeleri, s. 187-188. Aynı yönde, Yeniocak, Arsa Payı, s. 142. Yargıtay 17. HD 25.12.2014 T., 2014/24250 E., 2014/19620 K. sayılı ilamıyla, avukat ile sözleşme imzalayan müvekkili tüketici olarak kabul etmiş ve yapılan işlemin tüketici işlemi olduğu kararını vermiştir www.kazancı.com (02.10.2015).

karma kullanım amacıyla satın alınmış konutlar TKHK kapsamında olmamalıdır.

Kanımızca, bir görüşü savunurken, sadece olması gereken hukuk değil, uygulamada bunun nasıl gerçekleşeceğinin, hukuk güvenliğinin, mahkemelerin iş yükü ve yoğunluğunun da hesaba katılması gerekir. Bu konuda Kanun'da bir düzenleme yapılması başka bir çözüm olarak akla gelse de, karma amaçlı kullanıma yönelik satın alınan konutlar bakımından ön ödemeli konut satışı sözleşmesi söz konusu olmamalıdır.

§ 3. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

I. Genel Olarak

6502 sayılı TKHK md. 1 vd. maddeleri kapsamına giren sözleşmelere “tüketici sözleşmeleri (consumer contract, Konsumentenvertrag)” ya da “tüketici işlemleri” denir¹⁰⁵. Tüketici işlemi kavramı, tüketici sözleşmeleri teriminden daha geniş bir anlama sahiptir. Zira tüketici işlemi kavramı, tek taraflı işlemler yanında iki taraflı bir işlem olan sözleşmeleri de kapsar¹⁰⁶. Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olduğunu kabul etmek ve 6502 sayılı kanun maddelerini uygulayabilmek için sözleşmenin iki taraflı olması ve bir tarafın Kanun'da bahsedilen “tüketici” sıfatını taşıması gerekmektedir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Vogel, Alexander V., Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht, Berlin 2006, s. 4; Heiderhoff, Bettina, Gemeinschaftsprivatright, München 2007, s. 88-89; Özel, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2014, s. 46; Karadağ, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 104; Kara, s. 58-59.

¹⁰⁶ Akipek Öcal, Tüketici İşlemi, s. 16; Aydoğdu, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 58; Ayrıca bkz. İnal, Tamer, Tüketici Hukuku'nda, Tüketim Malı-Yatırım Malı Ayırımının Gerekliği, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, (Edt. Tokbaş, Hakan/ Üçışık, Fehim), Ankara 2015, s. 168 vd; Özel, s. 50-51; Kara, s. 126. Karş. Zevkliler/Aydoğdu, s. 72. Tüketici işleminin ivazlı olması zorunluluğu karşısında tek taraflı hukuki işlemin “tüketici işlemi” niteliği taşıyamayacağı konusunda bkz. Karakocalı, Ahmet/Kurşun, Ali Suphi, Tüketici Hukuku, İstanbul 2015, s. 17.

¹⁰⁷ Yargıtay,13. HD 15.10.2015 T. 2015/27516 E, 2015/30201 K. “... Bir hukuki işlemin sadece 6502 Sayılı yasada düzenlenmiş olması tek başına o işlemde kaynaklanan uyumsuzluğun tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmez. Bir hukuki işlemin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir. Dava konusu olayda davacının arsasını satmak için davalı şirketle anlaşmaya vararak kapora aldığı mahkemece kabul edilmiş ve ancak sözleşmenin ön ödemeli konut satış sözleşmesi kapsamında olduğu, davacının satıcı, davalının ise tüketici sıfatını taşıdığı, görevli mahkemenin Tüketici Mahkemesi olduğu kabul edilerek görevsizlik kararı verilmiştir. Satış sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzlukların 6502 sayılı yasa kapsamında olması için mutlak surette taraflardan en az birisinin tüketici vasfını taşıması gerekir. Somut uyumsuzlukta davalı şirket ve davacı satıcı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tanımlanan

Tüketici sözleşmesi tanımlaması yapılırken başvuru kısıtlardan birisi de sözleşme tarafları arasında bulunması gereken “eşitsizlik” olgusudur¹⁰⁸. Tüketiciler, yapmış oldukları sözleşmenin içeriğini anlayacak hukuki bilgiye sahip olmadıkları ve uygulamada sözleşmenin şartlarını müzakere etme imkanından yoksun oldukları kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, tüketici, satıcının kendisine sunmuş olduğu sözleşme şartlarını değiştirme ve içeriğine etki etmeye gücü yoktur ve satıcıya göre zayıf konumdadır¹⁰⁹.

TKHK md. 3/I, tüketici işlemi tanımlamıştır. Buna göre, tüketici işlemi “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” ifade etmektedir¹¹⁰. Madde metni incelendiğinde, yasa koyucunun eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeleri de tüketici işlemi kavramına dahil etmesi, tüketici işlemi kavramının geniş olarak yorumlanması gerektiğinin bir göstergesi olarak kabul edilmelidir¹¹¹. Madde metninde sayılmayan ancak tüketici işlemi sayılması muhtemel diğer sözleşmelerin de Kanun kapsamında olacağı, ilgili maddede belirtilen “benzeri sözleşmeler” ifadesinden anlaşılmaktadır. Yani bir hekim veya avukattan hizmet alan ve tüketici sıfatına sahip birisi veya isimsiz

tüketici ve satıcı kapsamında olmadığından, taraflar arasındaki ilişkinin 6502 sayılı yasa kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki uyumsuzluk, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamı dışında kaldığına göre davaya bakma hususunda genel mahkemeler görevlidir. Eldeki davada Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında bulunmadığından mahkemenin işin esasına girerek hasıl olacak sonuca uygun karar vermesi gerekir. Mahkemece, değinilen bu yön gözetilerek ve işin esasına girilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” www.kazancı.com (08.11.2016).

¹⁰⁸ Özel, s. 46.

¹⁰⁹ Daha fazla bilgi için bkz. Kara, s. 136 vd.

¹¹⁰ Gümüş’e göre, ilgili maddede “hukuki işlem ve “sözleşme” terimlerinin beraber zikredilmesi gereksizdir. Zira, “sözleşme” terimi “hukuki işlem” teriminin alt kavramıdır. Bkz. Gümüş, s. 9.

¹¹¹ Yargıtay, tüketici işlemi kavramını ilgili Kanun öncesinde dar anlamda nitelendirme eğiliminde idi. Akipek Öcal, Tüketici İşlemi, s. 17-18. Örnek karar için bkz. Yargıtay HGK 24.9.2003 T., 2003/15-498 E., 2003/493 K. Yargıtay 20. HD 22.6.2016 T., 2016/5799 E., 2016/7427 K. sayılı ilamı ile, TKHK’nun kapsamının esaslı biçimde genişletildiğini kabul etmiştir. İnal ise, tüketici işlemi kavramının gereğinden fazla genişletildiğinden bahisle, sınırlama getirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. İnal, Tüketim Mali, s. 179. Sözleşme yapısının ani edimli, sürekli borç doğuran, ard arda teslimli vb. bir sözleşme olması tüketici sözleşmesini nitelendirmede önemli değildir. Bkz. Kara, s. 59.

sözleşmeye taraf olan tüketici de genel hükümlerle birlikte TKHK hükümlerinden faydalanabilecektir¹¹². Bunun en önemli sonucu, müvekkil sıfatına haiz olan tüketicinin de hizmeti sunan avukatın da sözleşmeye dair bir uyuşmazlıkta tüketici mahkemelerinde dava açabilecek olmalarıdır¹¹³. Başka bir anlatımla, vekalet temelli sözleşmeler ile eser sözleşmesi ve taşınmaz satışları da tüketici işlemi niteliğinde sayılmış, böylelikle tüketici işleminin kapsamı genişletilmiştir¹¹⁴.

Bir hukuki işlemin tüketici işlemi olup olmadığının belirlenmesinde üç kriterin göz önünde bulundurulur. İlk olarak, taraflardan biri TKHK md. 3/k anlamında tüketici sıfatını taşımalıdır. İkinci olarak, karşı tarafın TKHK kapsamında satıcı, sağlayıcı ya da kredi veren vb. sıfatına sahip tüzel veya gerçek kişi olmalı ve son olarak, tüketiciye yönelik TKHK anlamında bir mal veya hizmet sunulmuş olmalı ve bu mal veya hizmet, mesleki veya ticari bir amaç dışında talep edilmiş olmalıdır¹¹⁵. Bu duruma verilebilecek en iyi örnek, bir müvekkilin ticari ve mesleki kapsamda olmayan bir boşanma davası

¹¹² Akipek Öcal, Tüketici İşlemi, s. 18. Buna karşılık öğretide, ticari karakter arz etmeyen, kişisel ilişkilere dayalı özellikle taraflar arasında güvene dayalı (vekalet sözleşmesi gibi) hukuki işlemlerin tüketici sözleşmesi kapsamı dışında tutma eğiliminin bulunduğu da ifade edilmektedir. Bkz. Özel, s. 48. Avukatlık faaliyetinin TKHK anlamında “hizmet sağlama” kapsamında olduğu ve avukatın da “sağlayıcı” olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünde, Akipek Öcal, Şebnem, Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Tüketicinin Korunması, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016 (Edt. Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehmi), Ankara 2016, s. 187. Aynı yönde, Yeniocak, Arsa Payı, s. 142; Havutçu, Ayşe, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, I.Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Kasım 2014, s. 16. Yargıtay 17. HD 25.12.2014 T., 2014/24250 E., 2014/19620 K. sayılı ilamında, Avukat ile müvekkil arasında imzalanan sözleşmede müvekkili tüketici olarak kabul etmiş ve yapılan işlemin tüketici işlemi olduğu kararını vermiştir. www.kazancı.com (09.11.2016).

¹¹³ Akipek Öcal, Avukatlık Sözleşmeleri, s. 188.

¹¹⁴ Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 18; Gümüş, s. 9; Havutçu, Sempozyum, s. 17. Yargıtay HGK 05.2.2014 T., 2013/14-470 E., 2014/57 K., Yargıtay 20. HD 15.6.2016 T., 2016/5349 E., 2016/7013 K. “Somut olayda davacı kendisine ait olan taşınmazların satımı için davalı ...'e vekalet verdiği ve davalının vekalet ilişkisini kötüye kullanarak taşınmazları diğer davalıya rayiç değerinin altında sattığını idda etmektedir. Davalı 6502 Sayılı TKHK’da tanımlanan satıcı veya sağlayıcı olmadığı, ticari ve mesleki olarak hareket etmediği anlaşılmaktadır. TKHK kapsamında bulunmayan uyuşmazlığın HMK’nun 2. maddesi uyarınca genel hükümlere göre, Gaziantep 6. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir”. www.kazancı.com (09.11.2016).

¹¹⁵ Akipek Öcal, Tüketici İşlemi, s. 16; Özel, s. 47-50; Aydoğdu, Ders, s. 58; Akipek Öcal, Şerh, s. 58. Kara’ya göre, sözleşmenin bir tarafı tüketici, diğer tarafı kazanç elde etme amacıyla hareket eden müteşebbis ise, yapılan sözleşmenin çeşidi ve niteliğinin herhangi bir önemi yoktur. Bkz. Kara, s. 137. Havutçu’ya göre, sözleşmenin hangi tipte olduğu, tipik-atipik sözleşme olduğu ya da hangi yasa düzenlendiği, o sözleşmenin tüketici sözleşmesi sayılmasında belirleyici değildir. Tüketici sözleşmesi olarak vasıflandırılan sözleşmede ortaya çıkan sorun, tüketicinin korunması ihtiyacı ile ilgili alanda tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeler getirilmiş olması yeterlidir. Bkz. Havutçu, Sempozyum, s. 16.

nedeniyle verdiği vekalet sonrası çıkabilecek uyuşmazlıkta görevli mahkeme Tüketici mahkemesi iken, bir tacir veya ticari iş niteliğinde olan bir dava nedeniyle verilen vekalet dolayısıyla çıkacak uyuşmazlıkta genel mahkemelerin görevli olmasıdır. Örneğin, bir futbolcunun mesleki faaliyeti kapsamında alacağı ücret veya bir işçinin fabrikadan alacağı ücret için imzalanan avukatlık sözleşmesinden çıkacak uyuşmazlık halinde genel mahkemeler görevli olacaktır¹¹⁶.

Bir hukuki işlemin tüketici işlemi sayılmasının en önemli sonucu, bu işleme öncelikle TKHK hükümlerinin uygulanacak olmasıdır. Ancak taraflar arasında yapılan sözleşmeye ilişkin TKHK’da düzenleme bulunmaması halinde, TKHK md. 83/1 gereği, genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bir hukuki işlemin tüketici işlemi olduğu konusunda tüm bu kriterlere rağmen hala bir şüphe varsa, bu durumda “tüketici lehine yorum” ilkesi paralelinde tüketici sözleşmesinin varlığının kabulü gerekir.

II. Tüketici

A. Kavram

Yukarıda belirtildiği üzere, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesi için gereken ilk koşul, yapılan sözleşmenin tüketici işlemi niteliğinde olması gerektiğidir. Bir hukuki işlemin tüketici işlemi sayılmasının ilk şartı da taraflardan birinin TKHK anlamında tüketici olmasıdır¹¹⁷. TKHK md. 3/k ve ÖÖKSHY md. 4/1’ya göre tüketici “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır¹¹⁸. Tüketici için öğretide birçok tanımlama

¹¹⁶ İlgün, Candaş, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Avukatlık Sözleşmelerine Etkisi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016 (Edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2016, s. 200.

¹¹⁷ Yargıtay birçok kararında, bir hukuki işlemin sadece 6502 sayılı yasada düzenlenmiş olmasını tek başına o işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmediğini ifade etmiştir. Bir hukuki işlemin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin aynı zamanda tüketici olması gerekir. Örnek karar için bkz. Yargıtay 13. HD 15.10.2015 T., 2015/27516 E., 2015/30201 K. www.kazancı.com (09.11.2016).

¹¹⁸ Aslan’a göre, eTKHK’da tüketicinin tanımında yer verilen “edinen, kullanan veya yararlanan” ifadesinin TKHK’da “hareket eden” şeklinde değiştirilmesinin sebebi, tüketicinin sadece bir sözleşmenin tarafı olarak değil, sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yapıldıktan sonra da koruma ihtiyacının ortaya çıkmasıdır. Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 5.

yapılmıştır¹¹⁹. Ancak kısaca tüketiciyi, ticari veya mesleki faaliyeti dışında ya da şahsi ihtiyacı için sözleşme yapan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlayabiliriz¹²⁰. Bu tanımdan, tüketici kavramının iki unsuru olduğu anlaşılmaktadır. Bunlar, bir mal veya hizmetin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinilmiş olması ve tüketicinin gerçek ya da tüzel kişi olmasıdır.

Gerçek ya da (şirketler hariç) tüzel kişi, bir mal veya hizmeti, kendi kişisel ihtiyaçları için, mesleki olmayan bir amaçla, kâr elde etme amacı gütmeyen ve bir başkasına satma amacı olmadan ediniyorsa tüketici olarak adlandırılacak ve TKHK'nın tüketiciye sağladığı korumadan faydalanacaktır. Eğer bu mal, tüketim limitlerinin üzerinde satın alınıyorsa bu durumda satın alan taraf, tüketici olarak adlandırılmayacaktır¹²¹. Bununla birlikte, bir mal veya hizmet başka birine hediye (bağışlama) edilmek arzusuyla satın alınıyorsa burada da mesleki veya ticari bir amacın olmadığı kabulü gerekir.

Bir hukuki işlemin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinilip, edinilmediğinin tespiti nasıl olacaktır? Bir görüşe göre, alıcının tacir olmadığı durumlarda TTK md. 19/1 hükmü kıyasen uygulanmalı ve alıcının ticari amaçla mı yoksa şahsi amaçla mı hareket ettiği belirlenmelidir. Aynı görüş, bir karine (tüketim karinesi) olarak alıcının ticari olmayan amaçla yani tüketici sıfatıyla hareket ettiği bütün sözleşmelerin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹²².

Başka bir görüş ise, girişimci sıfatına sahip olmayan herkesin tüketici sayılmayacağını belirtmekte ve TKHK md. 3'de belirtilen "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etme" düzenlemesinin aynen lafzında ifade edildiği gibi anlaşılması gerektiğini

¹¹⁹ Tüketici hakkında doktrindeki tanımlamalar için bkz. Karakocalı/Kurşun, s. 18-19.

¹²⁰ Tanımlar hakkında bkz. Aydoğdu, Ders, s. 59; Özel, s. 41 vd; Ozanoğlu, s. 6; Çabri, Finansman, s. 48; Kara, s. 123-124; Akipek, Tüketici Kredisi, s. 54-57; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 16; Akipek, Şebnem, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, s. 111 vd; Altop, Atilla, Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı, İKÜHFD, C.3, S.1-2, s. 10 vd; Akipek Öcal, Şerh, s. 55-56; Karadağ, s. 108; Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 2 vd.

¹²¹ Bir tüketici bir malı tüketim harcaması limitlerinin üzerinde satın alıyorsa, malı satın alan kişi iktisadi olarak satıcı kadar kuvvetlidir ve TKHK korumasına alınmamalıdır. Yaşayacağı konutun dışında üç tane daha konut alan kişi ya da kendisi ve evinin ihtiyacından çok daha fazla kolilerce temizlik maddesi alan kişi, bu duruma örnektir. Daha fazla bilgi ve açıklamalar için bkz, İnal, Tüketim Malı, s. 169.

¹²² Aydoğdu, Ders, s. 62; Kara, s. 59.

öne sürmektedir¹²³. Diğer bir görüş ise, satın alınan malın eTKHK md. 3/f’de ifade edildiği gibi “nihai olarak kullanma” amacı göz önünde bulundurularak, TKHK hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir¹²⁴.

Bir mal veya hizmetin ticari veya mesleki amaçla edinilip edinilmediğinin tespitinde kullanılacak kriterlerden bir diğeri, malın kullanılmasındaki amaçtır. Malın tahsis edildiği amaç ve kullanım amacı tüketmek ise, sözleşmeyi yapan kişi tüketicidir. Buna karşılık bir mal veya hizmet, mesleki amaçlarla ediniliyorsa, burada “yatırım malı” edinildiği anlaşılmalıdır¹²⁵. Bir mal veya hizmet karma amaçlı olarak kullanılıyorsa bu durumda nasıl bir nitelendirme yapılacağı hususunda doktrinde görüş birliği yoktur. Malı kullanacak olan kişinin hukuki işlemi yaparken, hangi amaca yönelik mal veya hizmeti satın aldığından hareketle bir sonuca ulaşmak ise tartışmalı sonuçlar yaratabilir. Zira, satın alınan malın, kişinin özel amaçlarına dönük olarak kullanması halinde ayrı, mesleki amaçlarla kullanması halinde ayrı bir sonuca ulaşılması muhtemeldir¹²⁶. Bu duruma verilebilecek örneklerden ilki, kişinin bir vasıta satın almasıdır. Özellikle günümüzde gittikçe yaygınlaşan ve ticari araç olarak adlandırılan sınıfa ait vasıtaların kullanımında karma bir amacın varlığı su götürmez bir gerçektir. Kişiler bu araçları hem özel kullanım için hem de ticari işletmelerinin işlerinde kullanma amacıyla satın almaktadırlar. Diğer bir örnek ise, karma kullanım amaçlı (home-ofis) satın alınan konutlardır¹²⁷. Böyle bir durumda, sözleşmede alıcı olan kişinin tüketici olarak nitelendirilmesinin hangi kıstaslara göre belirleneceği önem arz eder.

¹²³ Bu duruma örnek olarak, ikinci el bir plağın başka birine kâr etme amacıyla satacak bir fabrika çalışanı ile aynı plağı sahip olduğu dükkanında satışa sunmak için alan kişi arasında tüketici sıfatına sahip olamama arasında bir farklılık yoktur, her ikisi de tüketici sayılmaz. Çünkü her ikisi de kazanç elde etmeye yönelik bir amaçla hareket etmektedir. Bkz. Gümüş, s. 30. Aynı yönde, Akipek Öcal, Şerh, s. 56; Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 3.

¹²⁴ İnal, Tüketim Malı, s. 167; Erbek, Özge, Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2010, s. 139.

¹²⁵ Kuntalp, Erden, Finansal Kiralama Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketim ve Yatırım Malı Ayrımı, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 308 (Naklen, İnal, Tüketim Malı, s. 167, dn. 17).

¹²⁶ İnal, Tüketim Malı, s. 168. Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım), Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 671-672.

¹²⁷ Karma kullanım amaçlı konutlar hakkında geniş bilgi için bkz. § 2, III.

Bir görüşe göre, karma amaçlı kullanımlar bakımından, TKHK anlamında bir tüketici sözleşmesi söz konusu olmadığı gibi, bu sözleşmeyi yapan da tüketici kabul edilmez. Zira karma amaçlı satın almalarda muhasebe tekniği açısından bölünme mümkün olmadığı için ticari amaç ağır basmaktadır. Dolayısıyla, genel hükümler uygulama alanı bulmalıdır¹²⁸. Gerçek kişi, sadece kendisi veya ailesinin ihtiyacı için hareket ediyorsa tüketici sayılabilir. Buna karşın, kısmen de olsa yapmış olduğu işlemde ticari ve mesleki bir amaç güdüyorsa, artık tüketici sayılmayacaktır¹²⁹.

Başka bir görüşe göre, satın alınan mal veya hizmetin maliyetinin geri dönüp dönmediğine bakılmalı ve buna göre hareket etmek gerektiği belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, malların maliyetlerinin işletme kayıtlarına geçip geçmediğine bakmak gerekir. Örneğin bir doktor, satın aldığı otomobili işletmesine kaydettirmişse mesleki amaçla, kaydettirmemiş ise özel amaçla malı edinmiş sayılmalıdır¹³⁰.

Diğer bir görüşe göre, satın alınan mal veya hizmetin ticari olmayan amaçla alınan kısmı, ticari amaçla alınan kısımdan miktar, sayı ya da ölçü olarak ayrılabiliriyorsa bu kısma TKHK uygulanmalı, ticari amaçla alınan kısma ise genel hükümler uygulanmalıdır. Bu şekilde bir ayırım yapılması mümkün değil ise, durumun özelliğine ve dürüstlük kurallarına göre tamamen TKHK ya da tamamen genel hükümler uygulanmalıdır. Diğer bir söyleyişle, ticari amaçla alınan kısım, ticari olmayan amaçla alınan kısımdan ekonomik açıdan daha değerli ise tamamen genel hükümler, ticari olmayan amaçla alınan kısım ekonomik açıdan daha değerli ise, tamamen TKHK hükümleri uygulanmalıdır¹³¹. Karma amaçlı işlemlerde hangi amacın hakim olduğuna bakılarak ve yapılan işlemin şartları da dikkate alınarak belirlemenin yapılması gerektiğini öne süren görüşler de vardır¹³².

Tüketici kavramının ikinci unsuru, tüketicinin gerçek ya da tüzel kişi olabilmesidir. Kanun koyucu, çeşitli Avrupa ülkeleri ve AB'nin bazı yönergelerinden farklı olarak,

¹²⁸ Zevkliler/Aydoğdu, s. 84; Ozanoğlu, Tüketici, s. 682; Erbek, s. 140. Karş. Çınar, s. 38, dn. 75.

¹²⁹ Çınar, s. 39.

¹³⁰ Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 3.

¹³¹ Aydoğdu, Ders, s. 62-63.

¹³² Karakocalı/Kurşun, s. 28, dn. 82.

tüzel kişilerin de tüketici sıfatına sahip olabileceğini düzenlemiştir¹³³. Ancak TTK md. 19/1'e göre, tüzel kişi tacirlerin tüm işlemleri bir karine olarak ticari nitelikte varsayılmıştır. Bu nedenle, ticari şirketlerin ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket etmeleri mümkün değildir ve hiçbir zaman ticari şirketler “tüketici” sıfatını kazanamazlar¹³⁴. Ancak, alıcı gerçek veya (şirketler dışındaki) tüzel kişi tacir ise, bu konuda (TKHK md. 83 gereği), TTK md. 19 kıyasen uygulanmalı ve alıcı tacir olsa dahi, tüketici sıfatıyla hareket ediyorsa ve yaptığı hukuki işlemin kendi ticari işletmesiyle alakasının olmadığını diğer tarafa bildiriyorsa ve işin mahiyetinden de bu durum anlaşılıyorsa, TKHK md. 1 vd. hükümleri uygulanmalıdır.

Tüzel kişiler açısından ticari ve mesleki olmayan amaç, “tüzel kişiliğin kuruluş amacına uygun olarak olağan ve zorunlu ihtiyaçlarının karşılanması” olarak ifade edilebilir¹³⁵. Bununla beraber, kâr amacı gütmeyen ve kamu yararına çalışan tüm özel ve kamu kurum ve kuruluşlarının da (işlem tüketici işlemi niteliğinde ise) ticari ve mesleki amaçla hareket etmediğinin kabulü gerekir¹³⁶. Ancak bir dernek, vakıf ya da kamu yararına çalışan bir tüzel kişilik (Kızılay gibi), kazanç sağlamak için bir ticari işletme işletiyorsa, bu işletmeler için yapılan işlemlerin TKHK kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Sonuç olarak, ticari şirketlerin tüketici olabilmesi mümkün değil iken, vakıf veya dernekler ile kamu tüzel kişileri, sınırlı da olsa, (işin mahiyetine uygun düştüğü durumlarda), tüketici sıfatını kazanabilirler¹³⁷.

¹³³ AB Konseyi 2008/48/CE yönergesi Art. 3/a'ya göre tüketici, “bir hukuki işlemi (ilgili yönerge kapsamında) ticari ve mesleki faaliyetler dışında yapan gerçek kişi” olarak tanımlanmıştır. İsviçre Tüketici Kredisi Hakkında Federal Kanun (FLCC), Art. 3, Fransa Tüketici Kanunu (Code de la Consommation) Art L311-1/2° de aynı yönde tüketiciyi gerçek kişi olarak kabul etmiştir. Alman BGB § 13'de ise tüketici “natural-natürliche-doğal” kişi olarak tanımlanmış ve gerçek kişi olabileceği düzenlenmiştir.

¹³⁴ Akipek Öcal, Şerh, s. 56; Gümüş, s. 31; Zevkliler/Aydoğdu, s. 30; Akipek, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, s. 197; Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 5; Erbek, s. 138; Battal, Ahmet, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998, s. 313, 329 vd.

¹³⁵ Çınar, s. 38; Karakocalı/Kurşun, s. 27.

¹³⁶ Zevkliler/Aydoğdu, s. 81. Gümüş ise, kamu tüzel kişilerin tüketici sıfatına sahip olmaması gerektiği görüşündedir. Bkz. Gümüş, s. 30.

¹³⁷ Özellikle kâr amacı gütmeyen, toplum yararına çalışan bazı tüzel kişilikler açısından tüketici sıfatının kabul edilmesi isabetli olmuştur. Bkz. Aydoğdu, Ders, s. 61-62; Ünlütepe, s. 316; Karakocalı/Kurşun, s. 25; Karadağ, s. 112. Yargıtay 20. HD 11.5.2016 T., 2016/2858 E., 2016/5357 K. “ ... Somut olayda davacı vekili, müvekkili ile davalı dernek arasında 36869 ada 1 parseldeki camii inşaatında yapılacak imalatlar konusunda sözleşme imzalandığını, müvekkilinin sözleşmeyle üstlendiği işleri zamanında

B. Gerçek Kişi Tüketici

Yukarıda belirtilen açıklamalar paralelinde, bir şahıs, bir malı kazanç elde etmek veya mesleki bir amaç dolayısıyla satın alıyorsa bu işlem tüketici işlemi değildir, dolayısıyla da satın alan taraf da tüketici sayılmaz. TKHK md. 40/1'de, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için "konut" amaçlı bir taşınmazın varlığının gerektiği düzenlenmiştir. Bu tanımlamalardan yola çıkarak, ön ödemeli konut satışı sözleşmesine taraf olan tüketici, satın alacağı konutu, mesken (barınma) amaçlı olarak satın almalıdır. Barınma amacı dışında her ne sebeple olursa olsun satın alınan bir taşınmaz ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusu olamaz.

Tüketici, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile satın aldığı konutta sürekli ikamet etmek zorunda değildir. TKHK md. 40 veya ÖÖKSHY, bu anlamda bir sınırlama getirmemiş, sadece barınma amaçlı kullanılacak taşınmazları, bu sözleşmenin konusu olarak düzenlemiştir. Yani tüketici isterse satın almış olduğu konutu sürekli yerleşim yeri amacıyla kullanabileceği gibi, isterse tatil amaçlı (yazlık-kışlık) ya da geçici süreli ikametgah olarak da kullanabilir. Yeter ki, bu konutu tekrardan kazanç sağlama ya da yatırım amaçlı satın almasın. Diğer bir ifadeyle, yerleşme amaçlı olmayıp, gelir elde etmek gayesiyle, örneğin, birikimini değerlendirmek yada al-sat yapmak amacıyla satın alınan konutlar için yapılan satışlarda alıcı, tüketici sıfatını kazanamaz. Ancak bu anlatımdan, tüketicinin sahip olduğu konutu tekrar satışa koyamayacağı anlamında bir ifade çıkarılmamalıdır. Burada anlatılmak istenen, tüketicinin konutu tekrar satamayacağı değil, ticari bir amaçla edinilmemiş olması gerektiğini vurgulamaktır¹³⁸.

Bununla birlikte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciden alacağın temlik (adi yazılı belgeyle) yoluyla veya arsa sahibinden bağımsız bölüm satın

bitirdiğini ve eksiksiz olarak teslim ettiğini, davalının sözleşme bedelinin 65.000,00.-TL olmasına rağmen 54.300,00.-TL ödeme yaptığını, eksik kalan 10.700,00.-TL'yi ödemediğini, alacağını tahsil edemeyen müvekkilinin icra takibine giriştiğini, davalı borçlunun bakiye alacağı ve ferilerine itiraz ederek, takibin durdurulmasını sağladığını, söz konusu itirazın iptaline, takibin devamına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Buna göre, taraflar arasında inşaat yapım sözleşmesi mevcut olup; davalı dernek 6502 sayılı Kanun kapsamında "tüketici" sıfatına haiz bulunmadığından, uyuşmazlığın genel hükümlere göre asliye hukuk mahkemesinde çözümlenmesi gerekmektedir" www.kazancı.com (11.11.2016).

¹³⁸ İnal, Şerh, s. 631.

alanların işlemleri, 6502 sayılı Kanun kapsamındadır¹³⁹. Arazisini arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle verip, karşılığında onlarca konut sahibi olacak birinin TKHK korumasında olup olamayacağı sorusunun da cevaplanması gerekir.

Arsa sahibinin arazisi karşılığında kendisine kalacak birçok konutu kendisi için kullanacağını düşünmek, hayatın olağan akışına terstir. Bu konutların en azından bir kısmını satacak veya kiraya verecek birini TKHK anlamında zayıf taraf olarak görmek, Kanunun kolaylıklarından faydalandırmak, ilk bakışta ters görünebilir. Ancak, konut yaptıranın elde edeceği kazanç dikkate alınarak getirilecek sınırlamalar, hukuk güvenliğini sağlayacak bir ölçüte nasıl bağlanacaktır? Diğer bir ifadeyle, arsa sahibinin kaç konuttan fazla edinmesi onu tüketici olmaktan çıkaracaktır? Bunun sayısı belli değildir. Kaldı ki, bu miktarı tespit ederken, arsa sahibinin kişisel ihtiyacı, ekonomik durumu ve aile fertlerinin ihtiyacı dikkate alınacak mıdır? Alınacaksa hangi kriterlere göre olacağı sorularına yanıt vermek mümkün değildir. Bu durumda uygulanacak çözüm, arsa sahibinin birden fazla defa arsa edinmek suretiyle inşaat yaptırap yaptırmadığının tespit edilmesidir. İş sahibi, arsa satın alıp üzerinde inşaat yaptırmayı sürekli olarak yapmakta ve bu durum kazanç elde etme faaliyeti haline gelmiş ise, TKHK hükümleri uygulanmayacaktır¹⁴⁰.

C. Tüzel Kişi Tüketici

Tüketim işleminden bahsedildiğinde, tüketmenin sadece insanlar için kullanılan bir terim olduğu akla gelse de TKHK, tüzel kişileri, AB ve diğer bazı ülkelerden farklılaşarak bazı durumlarda “tüketici” olarak kabul etmektedir¹⁴¹. Tüzel kişi tüketicilerle kastedilen, dernekler, vakıflar, meslek odaları ve birlikleridir. TTK anlamındaki şirketler (Anonim, Limited vb.) bu kapsama girmez¹⁴². Yasa koyucu tüzel kişileri de tüketici olarak kabul ettiğine göre, hangi durumlar ve hangi kriterlere göre tüketici sıfatının kazanılacağına tespit edilmesi gerekir.

¹³⁹ Aydoğdu, Taşınmaz, s. 26.

¹⁴⁰ Öz, Eser, s. 213-214.

¹⁴¹ Bu konu hakkında açıklamalar için bkz. § 3, I.

¹⁴² Yargıtay 15. HD 28.11.2002 T., 2002/4013E., 2002/5619 K. Yargıtay 13. HD 10.1.2011 T., 2010/9727 E., 2011/15 K. Bu görüşün gerekçesi, tüzel kişi tacirin özel ihtiyaçlarının olamayacağıdır. www.kazancı.com (12.11.2016).

Tüzel kişiliklerin yapmış oldukları işlemde, ticari veya mesleki olmayan bir amaçla hareket edildiğinin tespiti halinde tüketici sıfatını kazanabilecekleri kabul edilmelidir. Ticari ve mesleki olmayan amaçlarla mal veya hizmetin kullanımı veya yararlanmadan maksat, mal veya hizmeti edinen kimsenin, bu mal veya hizmeti herhangi bir şekilde ticari hayata geri döndürmemeyi ve bunun için ödenen maliyetin geri kazanılmamasıdır¹⁴³.

Günümüzde dernek, vakıf ya da meslek odalarının eğitim, sağlık, barınma ve insani yardım gibi amaçlar doğrultusunda mal satın aldıkları ve bu malları da aynı amaçla kullandıklarına sık rastlanmaktadır. Aynı şekilde, bir dernek veya vakıf, kâr amacı gütmeyen gerçekleştireceği bir faaliyet için ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yapabilir. Bu nedenle, kamu tüzel kişilikleri de dahil olmak üzere, ticari ve mesleki olmayan ve fakat barınma amaçlı olarak satın alınacak bir konut için ön ödemeli konut satışı sözleşmesi söz konusu olabilir. Diğer bir ifadeyle, tüzel kişilikler, kendi ticari faaliyetleri ile alakalı olmayan ve barınmayı amaçlayan taşınmaz satışlarında tüketici olarak kabul edilmelidir. Örneğin, Türk Eğitim Vakfı'nın, öğrenim gören öğrencilerin barınması amacıyla satın aldığı bir konut veya Kızılay tarafından evsiz bir ailenin barınması için satın alacağı bir daire ya da evini yangında, depremde vs. kaybetmiş bir aileye barınması amacıyla bir konut satın alınıyorsa, bu durumda ticari ve mesleki bir amaçla hareket edildiğinden bahsedilemez.

III. Satıcı

A. Kavram

Bir tüketici işleminde taraflardan biri tüketici ise, karşı tarafın da satıcı veya sağlayıcı olması şarttır. Tüketici sözleşmelerinde sözleşmenin karşı tarafını oluşturan ve tüketicinin mal edindiği (satıcı, sağlayıcı gibi) kişiler için kullanılan kavram konusunda, terim birliği yoktur¹⁴⁴. TKHK md. 3/1'ye göre sağlayıcı, "*Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın*

¹⁴³ Karakocalı/Kurşun, s. 27.

¹⁴⁴ Çınar, s. 39.

adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanunun 3/i maddesi ve ÖÖKSHY md. 4/h’ye göre 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 kişi” olarak düzenlenmiştir.

Bu tanımlamalardan hareketle, satıcı veya sağlayıcının “ticari veya mesleki amaçlarla” hareket etmesi ve tüketiciye sundukları mal veya hizmet sırasında asgari bir örgütlenmeye dayalı sürekli ticari ve mesleki faaliyet gerçekleştiriyor olması gerekmektedir¹⁴⁵. Diğer bir ifadeyle, mesleki faaliyette bulunan kişi esnaf veya tacir olmalıdır¹⁴⁶. Bununla beraber tacirler açısından kazanç elde etme unsuru da aranmaktadır. Ancak, serbest meslek sahipleri için kazanç sağlama unsurunun aranması gerekmez. Çünkü, serbest meslek sahipleri, belirlenen asgari ücret tarifesine göre ücret almak zorunda olsalar da aldıkları bu ücreti kazanç elde etme amacıyla alıp almadıklarının tespiti mümkün değildir. Kaldı ki, belirlenen asgari ücreti alsa da kâr elde edememe ihtimali söz konusudur. Bu nedenle, serbest meslek sahipleri denilince ilk akla gelen doktor, avukat, mimar gibi kişilerin faaliyetleri açısından kazanç sağlama unsuru aranmaz¹⁴⁷.

İlgili düzenleme ile, karşı tarafın tüketici olması halinde kamu tüzel kişileri de satıcı-sağlayıcı olarak kabul edilmektedir. Bunun sonucunda, örneğin satışa koyduğu konutlar nedeniyle TOKİ’de satıcı-sağlayıcı olarak kabul edilmelidir. Satıcı, tüketiciye ticari veya mesleki amaçlı bir mal sunarken, sağlayıcı ise tüketiciye bir hizmet sunma gayesiyle hareket eden gerçek veya tüzel kişidir. Satıcı veya sağlayıcı mal veya hizmet sunma faaliyetini kâr elde etme amacıyla sürdürmelidir. Meslekleri olmayanlar veya tacir sayılmayan kişilerin, satışa sundukları mal veya sundukları hizmet faaliyetleri nedeniyle satıcı sayılamayacağı kabul edilmelidir. Bu kişiler tüketici ile eşit konumda olduklarından, sözleşmenin karşı tarafı tüketici sıfatına sahip olsa bile yapılan işlem tüketici işlemi sayılmaz. Örneğin, kullanmış olduğu buzdolabını bir arkadaşına satan

¹⁴⁵ Gümüş, s. 15; Akipek Öcal, Şerh, s. 55; Kara, s. 126; Çınar, s. 41; Çabri, Şerh, s. 44; Karakocalı/Kurşun, s 28; Karadağ, s. 111; Aydoğdu, Kılavuz, s. 22.

¹⁴⁶ Aydoğdu, Ders, s. 64.

¹⁴⁷ Çınar, s. 41.

kişinin yaptığı satış işlemi, bir tüketici işlemi değildir¹⁴⁸.

B. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesine Taraf Olan Satıcı

Bir meslek ve ticari faaliyet olarak tanımlanan “yüklenici/müteahhit” kavramı, aynı zamanda eser sözleşmesinin, eseri meydana getirme borçlusu için de kullanılmaktadır. Bir konut, işyeri, altyapı gibi inşaatları yapmayı meslek haline getirmiş kişi, yüklenici/müteahhit olarak adlandırılmaktadır. Mesleki veya ticari faaliyet anlamında müteahhit/yüklenicinin imal ettiği konutları para karşılığı pazarlaması, satış sözleşmesini oluşturur ve böylece bir tüketici sözleşmesi olan ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde “satıcı” olan taraf haline gelir¹⁴⁹.

Bazı durumlarda konutu imal edenle, pazarlamasını yapan kişiler farklı olabilmektedir. Halk arasında “emlakçı” olarak adlandırılan gayrimenkul komisyoncuları (simsarlar, gayrimenkul tellalı) tarafından pazarlanan bir konutun satın alınması halinde yapılan satış işlemi de bir tüketici işlemi sayılmalıdır. Çünkü, gayrimenkul komisyonculuğu, bir meslek olarak kabul edilen, kendine ait bir meslek odası bulunan ve kazanç elde etmeye yönelik ticari ve mesleki bir faaliyettir. Bu kişi, mal alıp satmayı gelir elde etmek için sürekli yapıyorsa, bir ticaret veya oda siciline kayıtlı olmasa dahi, TKHK md. 3/k anlamında ticari maksatla hareket etmiş sayılmalıdır¹⁵⁰.

Bir taşınmaz satışı, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin unsurlarını taşıyor olsa da, taşınmazı satan taraf mesleki veya ticari anlamda faaliyette bulunmuyor veya kâr elde

¹⁴⁸ Bu konu hakkında daha geniş bilgi için bkz, Akipek Öcal, Şerh, s. 54 vd; Aydoğdu, Ders, s. 63 vd; Karakocalı/Kurşun, s. 28 vd; Kara, s. 126 vd.

¹⁴⁹ Öz, Eser, s. 206.

¹⁵⁰ Öz, Eser, s. 212 vd. Yargıtay 20. HD 09.06.2016 T., 2016/5011 E., 2016/6745 K. “... 6502 Sayılı Kanuna göre, davalı tüketici taraflar arasında yapılan simsarlık (tellallık) sözleşmesi ise, kanunun tanımladığı anlamda tüketici işlemidir. ...Dosya kapsamından; davacı vekilinin, taraflar arasında, bir arsanın satın alınması amacıyla, davacı tarafından arsanın peşinat ve simsarlık (tellallık) bedeli olarak davalıya muhtelif tarihlerde 40.000.-TL, 25.000.-TL ve 75.000.-TL olarak toplamda 140.000.-TL ödendiği, davalının sözleşme şartlarını yerine getirmemesi sonucunda davacının ödenen bedelin davalıdan tahsili amacıyla yaptıkları icra takibine davalının itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptaline karar verilmesi istemiyle dava açtığı, dava tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olan 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3, 73/1 ve 83/2 maddeleri uyarınca bu tür davalara bakma görevinin tüketici mahkemelerine ait olduğu nazara alındığında uyumsuzluğun tüketici mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir”. TBK md. 520/3 gereği, gayrimenkul tellallığı akdi yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli değildir. Ayrıca bkz. İnal, İnşaat, s. 208. Yargıtay 13. HD 14.2.2013 T., 2012/24788 E., 2013/3356 K. www.kazancı.com (15.11.2016).

etme amacını taşıyorsa yapılan sözleşme TKHK kapsamında olmayacak, genel hükümlere tabi olacaktır. Yani kendi oturduğu bir evi ön ödemeli olarak satan kişinin ileride yapacağı satış işlemi, tüketici işlemi olarak sayılmayacak, dolayısıyla da ön ödemeli konut satışı sözleşmesi söz konusu olamayacaktır.



İKİNCİ BÖLÜM

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE DİĞER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI

§ 4. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

I. Genel Olarak

Ön ödemeli satış, bir görüşe göre, taksitle satışın satıcı bakımından ortaya çıkardığı sakınca ve riskleri ortadan kaldırmak ve taksitle satış uygulamasında itimada değer olmayan bazı uygulamalara tepki göstermek amacıyla ortaya çıkmış bir sözleşme türüdür¹⁵¹. eİBK md. 227a vd. maddelerinde düzenlenmiş olan ön ödemeli satışlar “alıcının taşınır bir malın satın alınması karşılığında satış bedelini, malın tesliminden önce taksitler halinde ödemeye başlaması ve satıcının da satış bedelinin ödenmesine binaen malı alıcıya devretmekle yükümlü olduğu satış” şeklinde ifade edilmiştir¹⁵². Ön ödemeli satışın doğrudan satıcıya veya satıcı adına açılan banka hesabına yapılmış olması halinde klasik ön ödemeli satıştan söz edilebilir¹⁵³. Bir diğer tanıma göre ön ödeme, sözleşmede yer alması zorunlu olan ve tarafların mal veya hizmetin teslim ve ifasından önce semene mahsup olmak üzere ödenmesini kararlaştırdıkları bir bedeldir¹⁵⁴. ÖÖKSHY md. 4/g bendine göre ön ödeme, konutun tesliminden önce tüketici tarafından ödenen toplam tutarı ifade eder.

¹⁵¹ İsviçre’de 2. Dünya Savaşı sırasında, Amerikan firmaları tarafından tanıtılan dikiş makineleri ticareti dolayısıyla ortaya çıkan ön ödemeli sistem, daha sonra otomobil ve başka sektörler tarafından da kullanılmaya başlanmıştır. Türkiye’de ise 1980’li yılların başlarında otomobil ve beyaz eşya satışlarında uygulandığı bilinmektedir. Bkz. Ozanoğlu, s. 153; Kuntalp, Erden, Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968, s. 34.

¹⁵² Kuntalp, s. 151; Atasoy/Taşkın/Acar, s. 150 vd; eİBK md. 227a ve devamı maddelerinde ön ödemeli satışların türleri de düzenlenmiştir. Bu türler, uzun süreli ön ödemeli satışlar (überjährike), kısa süreli ön ödemeli satışlar (unterjährike) ve belirsiz süreli ön ödemeli satışlar olarak sıralanmaktadır. Alıcının, satıcı ile ortak (müşterek) hesap açarak bu hesaba ödeme yapması halinde tasarruf suretiyle satış söz konusu olur.

¹⁵³ Kuntalp, s. 35; Ozanoğlu, s. 156; Makaracı, s. 50.

¹⁵⁴ Atasoy/Taşkın/Acar, s. 152.

Bir başka tanıma göre ön ödeme, “*Malın tüketiciye tesliminden önce tüketici tarafından satıcıya satış fiyatının, sözleşmede belirtilen oranda ödenen kısmını*” ifade eder¹⁵⁵. eTKHK 7. maddesinde düzenlenmiş olan ön ödemeli satışlar Türk Hukukunda “kampanyalı satışlar” şeklinde uygulanmıştır. 4077 sayılı eTKHK döneminde ön ödemeli konut satışı sözleşmesi, kampanyalı satışlara ilişkin hükümler çerçevesinde ele alınmaktaydı¹⁵⁶. Kampanyalı satışlar ise temelde bir ön ödemeli satış özelliği taşımaktadır¹⁵⁷. Zira önce satış parasının ödenmesi, malın ya da hizmetin ise daha sonraki bir tarihte teslim edilmesi koşulu ile yapılan bir satış söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, satılan malın bedeli mal teslim edilmeden önce satıcıya kısım kısım ödenmeye başlamakta, satıcı ise malın satış bedelinin belirli bir miktarı veya tamamının ödenmesi ile malı alıcıya devretmektedir. 6502 sayılı TKHK 40-46 maddeleri ile ön ödemeli satışların uygulamadaki bir türü olan “kampanyalı satışlar” yürürlükten kaldırılarak, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi düzenlenmiştir.

Ön ödemeli sözleşmeler hangi şekilde uygulanırsa uygulansın bu sözleşmenin en önemli özelliği “*alıcının belirli bir miktar parayı eşyanın tesliminden önce taksitler halinde ödemesi*”dir¹⁵⁸. Ne var ki, ön ödemeli satış sözleşmelerinde, taksitle satış sözleşmelerinden farklı olarak, mal, taksitlerin tamamen ödenmesinden veya belirli bir miktara ulaşmasından sonra teslim edilmektedir. Dolayısıyla taksitle satış sözleşmesindeki kredilendirme fonksiyonu ön ödemeli satış sözleşmesinde mevcut değildir¹⁵⁹. Diğer bir ifadeyle, ön ödemeli sözleşmelerde satıcı tüketiciye kredi vermez, aksine, tüketici satıcıya kredi verir, yani finansman sağlayan taraf tüketicidir¹⁶⁰. Bu nedenle, taksitle satış sözleşmesinde “bugün al, yarın öde” düşüncesi esas iken, ön ödemeli satışlarda tam tersine “bugün öde, yarın satın al” fikri hakimdir¹⁶¹.

¹⁵⁵ 25.05.1995 Tarih ve 21940 sayılı Resmi Gazetenin, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, TRGKM-94/2-3 no'lu “Taksitli, Kampanyalı ve Kapıdan Satışlar Hakkındaki Uygulama Esasları”na Dair Tebliğ, md. 2.

¹⁵⁶ Yeniocak, s. 43.

¹⁵⁷ Kampanyalı satışlar hem taksitle satış, hem ön ödemeli satış, hem de peşin satış şeklinde yapılabilir. Bkz. Ozanoğlu, s. 167, dn. 247.

¹⁵⁸ Ozanoğlu, s. 155.

¹⁵⁹ Ozanoğlu, s. 155.

¹⁶⁰ Atamer, s. 214; Gümüş'e göre ise ön ödemeli satış sözleşmelerinde de tüketiciye kredi sağlanmaktadır. Bkz. Gümüş, s. 173.

¹⁶¹ Ozanoğlu, s. 155.

Ön ödemeli satışlarla, inşaat şirketlerine daha kolay ve daha az maliyetli kredi sağlandığı söylenebilir. Zira, inşaat şirketleri bir arsa satın almak ve üzerinde proje yapmak için ciddi miktarda mali kaynağa ihtiyaç duymaktadır. Uygulamada inşaat firmaları bunun için bankalardan kredi çekmekte ve yaptıkları konutu satmak suretiyle kredi borçlarını geri ödemektedirler¹⁶². Bu şekilde finansman ihtiyacını karşılayan inşaat firmaları ya da müteahhitler, büyük bir mali külfetin altına girmekte, hatta projedeki konutların satılmaması halinde iflas tehlikesi ile karşı karşıya kalabilmektedirler. Bankalardan alınan kredilerin geri ödemesi maliyetleri arttırdığından şirketlerin kâr oranları düşmekte ve zarar etme ihtimali doğmaktadır. İnşaat firmaları bankalardan kredi kullanmak yerine, tüketici ile ön ödemeli konut satışı sözleşmesi akdederek, neredeyse sıfır maliyetle finansman ihtiyacını karşılayabilmektedir. Zira, tüketici, sözleşmenin yapılmasından itibaren inşaat şirketinin vermiş olduğu taahhüde güvenerek ödeme yapmaya başlamakta veya uygulamada sık görüldüğü üzere, satış bedelini peşin olarak ödemektedir. Tüketici açısından bir konutu ön ödemeli satın almanın avantajı ise, bitmiş bir konuta nazaran daha ucuz maliyetli bir konut satın almış olmaktadır¹⁶³.

Ön ödemeli satışların, kısıtlı maddi imkanları bulunan ve aylık kazançları peşin alıma yetmeyen bireylere ihtiyaçlarını temin edebilme imkanı verdiği ve alıcıların, ön ödemeli satışlar sayesinde sürekli gelişen teknolojiye istifade edebilme imkanına kavuştuğu ve bu nedenle de ekonomiye katkı sağladığı belirtilmektedir¹⁶⁴. Özellikle kısıtlı maddi imkanları olan ve aylık kazançları peşin alıma yetmeyen veya tasarrufta bulunamayan bireylere ihtiyaçlarını temin edebilme imkanı sunan ön ödemeli satış türünün uygulamada yarattığı sakıncalar da vardır. Zira alıcı, sözleşme konusunu teslim almadan bütün satış parasını önceden ödemekle, herhangi bir teminat almaksızın satıcıya önemli bir kredi sağlamak ve böylelikle satıcının ileride gerçekleştirecek ödemedi aczi halinde, kısmen ya da tamamen yapmış olduğu ön ödemeleri kaybetme riskini üstlenmiş olmaktadır¹⁶⁵. Bu riski bir nebze de olsa bertaraf edebilmek için eTKHK md. 7/6

¹⁶² Atamer, s. 219; Kaya, Sevtap, İnşaat Sektöründe Maketten Taşınmaz Satışı ve Uygulamaları, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (Edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2014, s. 559.

¹⁶³ Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 102; İnal, s. 625.

¹⁶⁴ Akçaal, s. 58 vd.

¹⁶⁵ Makaracı, s. 47; Ozanoğlu, 154, dn. 220.

düzenlemesi ön ödeme tutarını %40 oranı ile sınırlandırmaktaydı. Ancak bu sınırlandırma emredici nitelikte olmayıp, sözleşme ile aksi kararlaştırılabiliyordu.

Burada önemle ifade edilmesi gereken nokta, ön ödemeli sözleşmelerin günümüzde artık uygulanmadığı ve sakıncalarının da bulunduğu eleştirileri dikkate alınarak İsviçre Borçlar Kanunun'da taksitli sözleşmelere ilişkin hükümler 2001 yılında, ön ödemeli sözleşmeler hakkındaki düzenlemeler ise 2013 yılında yayınlanan bir kanunla tümüyle kaldırılmıştır¹⁶⁶. Özellikle tüketicimin teşvik edildiği bu dönemde, tüketici kredileri, kredi kartları ve uzun taksitlendirme opsiyonları nedeniyle artık taşınırlar için ön ödemeli satışlara günlük hayatta pek rastlanılmadığı rahatlıkla söylenebilir.

Türk hukukunda ise ön ödemeli taksitle satışlar, TBK'nda 264 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. İlgili maddenin ilk fıkrasına göre, “*Ön ödemeli taksitle satış, alıcının taşınır bir malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlendikleri satıştır*”¹⁶⁷. 818 sayılı eBK'na tabi taksitle satış sözleşmeleri bakımından ön ödeme, sözleşmenin zorunlu unsurlarına dahil değildi. Halbuki, TBK md. 256, “peşinat ödeme borcu” adı altında alıcı için bir ön ödeme yükümlülüğü öngörmektedir¹⁶⁸.

TKHK md. 21/1'e göre, “*Tüketicinin taşınır bir malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı tüketiciye teslim etmeyi üstlendikleri ve ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmeler hakkında Türk Borçlar Kanununun ön ödemeli taksitle satış hükümleri uygulanır*”. TKHK md. 17/1'e göre taksitle satış sözleşmesi, “*satıcı veya sağlayıcının malın teslimi veya hizmetin ifasını üstlendiği, tüketicinin de bedeli kısım kısım ödediği sözleşmelerdir*”. Görüldüğü üzere, İsviçre hukukunda yürürlükten kalkan ön ödemeli satışlara Türk hukukunda yer verilmeye devam edilmektedir.

¹⁶⁶ Türk hukuku açısından getirilen eleştiriler için bkz. Ozanoğlu, s. 154 vd; Atamer, s. 213 vd; İnal, Şerh, s. 625 vd.

¹⁶⁷ Gümüş'e göre, ön ödemeli satışın, “Ön Ödemeli Taksitle Satış” başlığı altında düzenlenmesi hatalıdır. Bkz. Gümüş, s. 250; Yeniocak, s. 43-44 vd.

¹⁶⁸ Gümüş, Borçlar Özel, s. 153.

Yukarıda belirtilen maddeler ışığında, süresi bir yılı geçmeyen ön ödemeli satışlar için, TKHK'nun taksitli satışlara ilişkin md. 17 vd. hükümleri uygulanacak, süresi bir yıldan daha fazla veyahut süresi belirlenmeyen sözleşmelere ise TBK hükümleri uygulanacaktır. Kanun, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden farklı olarak, taksitle satış sözleşmesinde malın taşınır ya da taşınmaz olmasına ve teslimin veya hizmetin ifasının ne zaman yapıldığına önem vermemiş, tüketicinin ödeme şeklini dikkate almıştır¹⁶⁹. Taksitli sözleşmeleri, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile birlikte ele alıp değerlendirmek de doğru görünmemektedir; çünkü tüketici, taksitli ya da kredili satışlarda satın almış olduğu mal veya hizmete hemen kavuşmakta ve adına taksit dediğimiz belirli bir süreye yayılmış, ödenmesi gereken bir borç ile karşı karşıya kalmaktadır. Halbuki ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde tüketici satın aldığı konutu devir veya teslim almamasına rağmen ödeme yapmaya devam etmektedir. Dolayısıyla burada ortaya çıkan ilk farklılık, kredi kullanan tarafın satıcı olması, tüketicinin ise bir nevi kredi sağlayan konumunda bulunmasıdır. Diğer bir farklılık ise tüketicinin korunmasında amaçlanan hedefte ortaya çıkmaktadır. Zira, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile asıl amaçlanan, tüketicinin satıcıya ödemiş olduğu parayı teminat altına almak, bu paranın iflas vb. nedenlerle kaybının önüne geçmektir.

TKHK md. 40-46 hükümleri taşınmazlara yönelik özel bir düzenleme olduğundan, kredili sözleşmeler, taksitli satışlara ilişkin genel hükümler ve menkul malların ön ödemeli satışını düzenleyen TBK md. 264 vd. hükümleri de uygulama alanı bulamaz. Zira, TKHK md. 40-46 maddeleri adeta bu Kanunun özel hükümler kısmını oluşturmaktadır. Bununla birlikte, taksitli satışlara ilişkin TKHK hükümleri ile TBK'nun menkullere ilişkin ön ödemeli satışı düzenleyen maddelerin, ön ödemeli konut satışı hükümlerinin düzenleme getirmediği konularda ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanma imkanı vardır¹⁷⁰. Diğer bir ifadeyle, ön ödemeli konut satışını kapsayan bu özel hükümlerde düzenleme bulunmayan ve bu hükümlere ters düşmeyen durumlarda Kanunun genel hükümleri olarak nitelendirilen maddeler (TKHK md. 17-

¹⁶⁹ Ünlütepe, Mustafa, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Taksitle Satış Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, S.2014/2, s. 297; Yeniocak, s. 43.

¹⁷⁰ Aslan, s. 522; Yeniocak, s. 44; Atamer, s. 41.

21) uygulanabilir¹⁷¹.

II. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinin Tanımı

Halk arasında “maketten satış”, “sat-yap” veya “inşaata temelden girme” olarak adlandırılan ve çoğu zaman henüz ortada olmayan, hatta yapımına dahi başlanmayan konutlar için tüketicilerin ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile ödeme yapmaya başlaması, yukarıda çeşitli defalar bahsedildiği üzere özel bir korumayı gerektirmektedir. İşte, TKHK’nın 40. maddesi bu korumayı sağlamak adına ön ödemeli konut satışı sözleşmesini tanımlamıştır. Buna göre, “*Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketicie devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir*”¹⁷².

İlgili düzenleme incelendiğinde, bu sözleşmenin tüketici ile konutu üreten ve/veya satışını üstlenen arasında yapılan, satış konusunu barınma amaçlı konutun oluşturduğu ve satış bedelinin de tüketici tarafından konutun tesliminden önce ödenmeye başlayan, satıcının da konutu satış bedelinin tamamen ya da kısmen ödenmesine müteakip tüketicie devir ve teslimle yükümlü olduğu bir sözleşme olduğu görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi, barınma amaçlı bir taşınmazın satış bedelinin peşin ya da taksitler halinde, konutun devir ve tesliminden önce ödendiği bir sözleşmedir¹⁷³. Başka bir tanıma göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ticari veya

¹⁷¹ Öz, Turgut, Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, (Edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2015, s. 140-141; Yeniocak, s. 44. İnşaat sektöründe taksitle satışın mümkün olduğu düşüncesi hakkında bkz. Şahin, Turan, İnşaat Sektöründe Taksitle Satış Sözleşmesi, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları (Edt: Tokbaş, Hakan/Kurşun, Ali Suphi), 2. Cilt, İstanbul 2016, s. 237 vd.

¹⁷² TKHK md. 40 düzenlemesinin sadece konut satışını değil, konut satış vaadini de kapsadığından, bölüm başlığının “ön ödemeli konut satışı” olması gerektiği görüşünde, Makaracı, Konferans, s. 241-242.

¹⁷³ Tanımlar için bkz. Çabri, s. 206; Aslan, s. 526; Gümüş, s. 250; Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 102; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 3-4; Atamer, s. 221 vd; Aydoğdu, s. 88; Acar, s. 13; Tutumlu, M.Akif, 6502 Sayılı Kanuna Göre Maketten Konut Satış Sözleşmeleri, 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, (Edt: Tokbaş, Hakan/Döner, İsa), 3.Baskı, Ankara 2015 s. 125 vd; Ceylan, Ebru, 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler, İstanbul 2015, s. 59; Kaya, İBD, s. 123 vd; Kara, İlhan, Tüketici Hukuku, Ankara 2015, s. 883; Makaracı, Konferans, s.

mesleki amaçlarla hareket eden satıcı ile tüketici arasında kurulan, kanunda düzenlenmiş (isimli), satıcıya konutun mülkiyetini tüketiciye devretme borcu yükleyen, tüketicinin ise satış bedelinin bir kısmını konutun devrinden önce ödemekle yükümlü olduğu, real sözleşme niteliğinde, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan bir sözleşmedir¹⁷⁴.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi tüketicinin ödeme edimini önce, satıcının ise edimini daha sonra ifa ettiği bir sözleşmedir. Bu nitelendirmede belirleyici olan, para edimine ilişkin öncelikli olarak ifa borcunun var olmasıdır¹⁷⁵. Sonuç olarak, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için, tüketici satılan konutun satış bedelini önceden kısm kısm veya peşin olarak ödemeyi üstlenmeli ve bu konut barınma amaçlı bir taşınmaz olmalıdır. Satıcı ise, satış bedelinin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı kullanılmaya hazır olarak alıcıya devir ve teslim etme yükümlülüğü altına girmiş olmalıdır.

Satış bedelinin peşin veya taksitler halinde ödenmesi mümkündür, ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, konut tesliminin sonradan (satış bedelinin ödenmesine başlanılmasının ardından) gerçekleşecek olması gerekliliğidir. Satış bedelinin peşin ya da taksitli ödenmesi fark etmeksizin, konutun devir ve teslimi ileri bir tarih için söz konusu ise, TKHK md. 40-46 hükümleri uygulama alanı bulur¹⁷⁶. Tüketicinin satış bedelini tamamen ödemesi ile aynı anda konut teslim ediliyorsa, bu durumda ön ödemeli konut satışından söz edilemez¹⁷⁷. Hatırlanmalıdır ki, eğer satıcı öncelikli bir ifa borcu altındaysa ve tüketici satış bedelini malın (konutun) tesliminden sonra ödüyorsa, burada ön ödemeli bir satış değil, taksitli bir satış vardır¹⁷⁸.

241; Karakocalı/Kurşun, s. 128; Özel, s. 187; Çabri, Şerh, s. 647; İnal, s. 624.

¹⁷⁴ Yeniocak, s. 45.

¹⁷⁵ Atamer, s. 222; Çabri s. 206.

¹⁷⁶ Gümüş, s. 250; Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 102; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 3-4; Aydoğdu, s. 88; Atamer, s. 222; Çabri, Şerh, s. 647; Kara, s. 883; Makaracı, Konferans, s. 241; İnal, s. 624 vd.

¹⁷⁷ Karakocalı/Kurşun, s. 128.

¹⁷⁸ Ünlütepe, s. 301 vd; Atamer, s. 217-218.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tanımlandığı TKHK md. 40’da sözü edilen, “*devir veya teslim*” ifadesinin hatalı olduğu doktrinde çeşitli yazarlar tarafından belirtilmiştir¹⁷⁹. Çünkü, ilgili maddenin lafzından, tüketiciye konutun yalnızca mülkiyetinin devri veya sadece zilyetliğinin devri, borcun ifası bakımından yeterliymiş gibi bir anlam çıkmaktadır. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi özünde, konusu taşınmaz olan bir satış sözleşmesi niteliği de taşıdığına göre, satıcının borcunu tespit edebilmek için TBK md. 207/1 düzenlemesi ışığında sonuca varılmalıdır¹⁸⁰.

TBK md. 207/1 incelendiğinde, satış sözleşmesinin “*Satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği*” sözleşme olduğu görülecektir. İlgili maddede, “*zilyetlik ve mülkiyetin devri*” ibaresi dikkate alındığında satıcının, satılan şeyin hem zilyetliğini hem de mülkiyetini devretmekle yükümlü olduğu görülecektir. Buna göre satıcı, sadece konutun zilyetliğini devretmekle veya sadece konutun mülkiyetini nakletmekle, borcunu tam anlamıyla ifa etmiş sayılmayacaktır¹⁸¹. Diğer bir ifadeyle satıcı, satışa konu olan konutun hem mülkiyetini devretmek hem de teslim etmek yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle, satıcı, tapuda mülkiyeti tüketiciye devretmesine rağmen konutu teslim etmemişse veya konutu teslim etmekle birlikte mülkiyeti devir etmemiş ise, borcun gereği gibi ifa edildiğinden söz edilemez¹⁸². Sonuç olarak, TKHK md. 40 hükmünde yer alan “*devir veya teslim*” ifadesindeki “veya” kelimesine düzeltici yorum uygulanarak, “ve” şeklinde kabul edilmelidir¹⁸³.

¹⁷⁹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 5-6; Makaracı, Konferans, s. 241; Gümüş, s. 250, 252 vd.

¹⁸⁰ Bu konu ile ilgili açıklamalar için bkz. § 14.

¹⁸¹ Gümüş, s. 252 vd; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 5-6.

¹⁸² Bununla birlikte, sözleşmeye konu konutun teslim süresini düzenleyen TKHK md. 44’ün gerekçesi incelendiğinde, devir veya teslim için zilyetliğin devri ile birlikte kat irtifak tapusunun da tüketiciye verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

¹⁸³ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 6. TKHK md. 40/1’deki konutlara ilişkin “ön ödemeli satış” yasal tanımının “*satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra... devir ve teslimden*” bahseden lafzı daha uygundur. Gümüş, s. 250, 252 vd. TKHK md. 44 gerekçesi ise, “*Devir veya teslim için asıl olan tüketiciye kat mülkiyeti tapusunun verilmesidir. Ancak, piyasa şartlarında bazı durumlar nedeniyle tüketiciye kat mülkiyeti tapusu verilmese bile fiili olarak konut teslim edilebilmektedir. Tüketici zilyetliği devredilen bu konutu kullanabilmekte olduğu için otuz altı ay olan teslim veya devir süresi hesaplanırken bu durumda dikkate alınmalıdır. Ancak zilyetliğin devri ile birlikte kat irtifak tapusunun da tüketiciye verilmesi gerekmektedir. Ancak, bu husus konutun sözleşmede belirlenen zamanda veya nitelikte teslim edilmemesi halindeki tüketicilerin haklarını aramalarının önünde bir engel olarak yorumlanmamalıdır*” şeklindedir.

Bir görüŖe göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin yapılmasına müteakip konut mülkiyetinin tüketiciye ilk başta devredilmesi ve teslimin sonraki bir tarihte gerçekleşmesi mümkündür. Burada dikkat edilecek husus, konut tesliminin ileride gerçekleşecek olmasıdır. Buna göre, ilgili hükümdede bahsedilen “devir” ifadesi ile mülkiyetin devri, “teslim” ifadesi ile de zilyetliğin devri kastedilmektedir. Bu nedenle tarafların, sözleşmenin başında, konutun mülkiyetinin devredilmesi ve tesliminin ileri bir tarihte gerçekleşmesi konusunda anlaşma yapmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır¹⁸⁴.

Aşağıda belirtileceği üzere, doktrinde bazı yazarlar ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tapu müdürlüğünde mülkiyetin devri şeklinde yapılması halinde, ön ödemeli bir satışın söz konusu olamayacağını belirtmişlerdir.

Bir görüŖe göre, ön ödemeli satışın özeliği, satış bedelinin tamamı veya büyük bir kısmının ödenmesinden sonra mülkiyet ve zilyetliğin devredilmesidir. Oysa ilgili düzenlemede, satış bedelinin ödenmesinden önce de mülkiyetin devri mümkün olduğuna göre, bu durumda ön ödemeli satış sözleşmesinin tanımına aykırı bir durum söz konusudur¹⁸⁵.

Bir diğere görüŖe göre ise, ön ödemeli sözleşmenin mantığı tescilin son aşamada gerçekleşecek olmasıdır. Diğere bir ifadeyle, sözleşmenin akdi anında mülkiyetin nakli söz konusu olmamalıdır. Böyle bir durumun varlığı halinde ön ödemeli bir sözleşmenin varlığından söz edilemez, zira sözleşmeyle amaçlanmış olan mülkiyetin devri, zaten başından gerçekleşmiş olur¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Çabri, s. 206. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tapu sicil müdürlüğünde yapılması hakkında geniş bilgi için bkz. § 8, I, A.

¹⁸⁵ Makaracı, Konferans, s. 241. Yazar, sözleşme yapılmasına müteakip konut mülkiyetinin baştan devredilmesi halinde artık ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden bahsedilmemesi gerektiğini öne sürmektedir.

¹⁸⁶ Atamer, s. 217. Aynı yönde Gümüş, s. 250. Aydoğdu’ya göre, özellikle yeni inşa edilecek konutlarda, ön ödemeler bitmeden konutun tescilinin yapılması güçtür. Ön ödemeli sözleşmelerin mantığında “önce öde sonra teslim al (tescil et)” ilkesi var olduğundan ön ödemeli satışlar çoğunlukla satış vaadi şeklinde uygulanacaktır. Bkz. Aydoğdu s. 89.

Kanaatimizce, ilgili düzenleme, kanun koyucunun tüketiciyi koruma gayesiyle, bir önceki başlıkta anlatmış olduğumuz klasik ön ödemeli satış tanımından farklı olarak, ödemelerin tamamının değil de bir kısmının bile konutun devir ve tesliminden önce ödenmiş olmasını ön ödemeli konut satışı için yeterli görmüştür¹⁸⁷. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu (ülkemiz koşullarını da gözetererek) klasik ön ödemeli satışın niteliklerinde değişiklik yapmak suretiyle farklı bir düzenleme getirmiştir. Uygulamada konut teslimi, bazen belli bir miktar ödeme yapılmasının ardından bazen de tüm ödemelerin bitmesine müteakip yapılmaktadır. Konutun teslimi sonrasında bir kısım satış bedelinin kalması (ödemenin devam etmesi) halinde, klasik anlamda ön ödemeli satışın var olmadığı şeklinde görüşler de vardır¹⁸⁸. Ancak kanun koyucu, ön ödemeli konut satışını doğru olarak tanımlama amacından ziyade, tüketiciyi koruma amacı güttüğünden, piyasa gerçeklerine uygun şekilde fiili bir düzenleme yolunu tercih etmiştir¹⁸⁹. Bu nedenle, tüketici tarafından, konutun tesliminden önce satıcıya, zamanı ve miktarı fark etmeksizin herhangi bir ödemede bulunulmuşsa, sözleşmenin hangi şekilde yapıldığına bakılmadan, TKHK md. 40-46 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

TKHK md. 40 düzenlemesinin ilk etapta sadece ön ödemeli konut satış sözleşmesine uygulanacağı akla gelse de TKHK md. 41/1 ve md. 45/1 ile ÖÖKSHY md. 6/1'in¹⁹⁰ lafzından kanun koyucunun aslında iki tür sözleşmeyi düzenlemiş olduğunu görmekteyiz. Bu sözleşmelerin ilki, (ileride bahsedileceği üzere), tapu sicil

¹⁸⁷ İBK'da yer alan tanıma göre "taksitler halinde ön ödeme suretiyle satışta, alıcı, menkul bir mal için, satış parasını önceden kısmi ödemeler şeklinde ödemek ve satıcı eşyayı satış parasının ödenmesinden sonra alıcıya devretmekle yükümlüdür". Bkz. Ozanoğlu, s. 154-155. Aynı yönde, Aslan, s. 526; Çabri, Şerh, s. 647-648.

¹⁸⁸ Aslan, s. 526. Klasik anlamda ön ödemeli satışın tanımı için bkz. Makaracı, s. 50; Kuntalp, s. 35; Ozanoğlu, s. 154 vd.

¹⁸⁹ Aslan, s. 526. Bu konu hakkında ayrıca bkz. Sirmen, Lale A., Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler Özel Sayısı, S.8, C.3, İzmir 2013, s. 2465 vd.

¹⁹⁰ TKHK md. 41/1: Ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi, satış vaadi sözleşmesinin ise noterde düzenleme şeklinde yapılması zorunludur.

TKHK md. 45/1: Ön ödemeli konut satışında, devir veya teslim tarihine kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı vardır. Sözleşmeden dönülmesi durumunda satıcı; konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar tazminatın ödenmesini isteyebilir.

ÖÖKSHY md. 6/1: Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte yapılacak yazılı bir sözleşme şeklinde veya noterliklerde düzenleme şeklinde yapılan satış vaadi sözleşmesi ile kurulur.

müdürlüğünde yapılan ön ödemeli konut satışı sözleşmesi, diğeri de ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesidir¹⁹¹.

III. Ön Ödemeli Konut Satış Vaadi Sözleşmesinin Tanımı

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ya da kısmen ödenmesinden sonra konutu tüketiciye devir ve teslim etmekle yükümlü olduğu sözleşmedir¹⁹². Ön ödemeli konut satışı sözleşmesine ilişkin satış vaaadinin noterlerde düzenlenebileceği TKHK md. 41/1 ve ÖÖKSHY md. 6/1 maddeleri ile ayrıca hüküm altına alınmıştır.

Uygulamada sıkça rastlanan ve “maketten satış” veya “inşaata temelden girme” olarak karşımıza çıkacak bu tür satışlarda, ortada henüz bir konut bulunmamakta ve ileride ortaya çıkacak kat mülkiyetine çevrilebilir bağımsız bölümlere ilişkin bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılmaktadır. Özellikle inşaat şirketleri (satıcı), bu sözleşmeyle mülkiyeti en başından tüketiciye devretmeyerek, tüketicinin ileride satış bedelini ödemedede temerrüde düşmesi ihtimaline karşı kendilerini bir nevi teminat altına almış bulunmaktadır. Satıcı, satışa konu olan konutun mülkiyetini, sözleşmenin kurulmasına müteakip tüketiciye devretmek istemediğinden dolayı uygulamada ön ödemeli konut satışlarının, satış vaadi sözleşmesi şeklinde gerçekleştiği görülmektedir¹⁹³.

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesiyle satıcı, tüketiciye karşı ileride taşınmaz satış sözleşmesini yapmayı borçlanmaktadır. Doktrinde ağırlıklı görüş, satış vaaadini bir ön sözleşme¹⁹⁴ olarak görmekte, bunun bir satış sözleşmesi olmadığını kabul etmektedir¹⁹⁵.

¹⁹¹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 36; Gümüş, s. 250; Çabri, s. 206; Makaracı, Konferans, s. 249-250; Aydoğdu, Murat, Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi, İstanbul 2014, s. 117.

¹⁹² Çabri, Şerh, s. 648.

¹⁹³ Yeniocak, s. 50, dn. 59; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 36. Nitekim İstanbul ili, Esenyurt, Bahçeşehir, Bakırköy-Ataköy ve Beylikdüzü ilçelerinde incelenen on iki yeni konut projelerinin tümünde ön ödemeli konut satışları, satış vaadi şeklinde gerçekleşmektedir.

¹⁹⁴ eBK md. 22’de “akit yapma vaadi” olarak da adlandırılan ön sözleşme, tarafların gelecekte borçlandırıcı bir sözleşme kurma konusunda yaptıkları anlaşma olarak tanımlanmaktadır, Ayrancı, Hasan, Ön Sözleşme, Ankara 2006, s. 40-48; Von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, İstanbul 1952 (Çev. Cevat Edege), s. 276; Akipek Öcal, Şebnem, Taşınmaz Mülkiyetini Nakil Borcu Doğuran Sözleşmelerde Geçerlilik Şartları ve Şekil, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku

TKHK md. 41/1, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde¹⁹⁶ yapılabileceğini hüküm altına almıştır. Not.K'nun 60/3 maddesine göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini yapmak noterlerin görevleri arasındadır. Bununla beraber, esas sözleşmeyi yapacak tapu memurlarının da taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenleme yetkisi bulunduğunu kabul etmek gerekir¹⁹⁷.

Tüketici ile satıcı arasında yapılan taşınmaz satış vaaadinin konusu, satıcının sahibi olduğu tamamlanmış bir konut olabileceği gibi ileride inşa edilecek kat mülkiyetine ya da kat irtifakına konu bir konut da olabilir. Sözleşmenin kurulmasından belli bir süre sonra konutun mülkiyetinin devri, devirden belli bir süre sonra da konutun teslimi kararlaştırılabilir. Taraflar, aralarındaki anlaşmaya göre ödemelerin teslimden sonra da devam edebileceğine karar verebilir. Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için konutun devir veya tesliminden önce satış bedelinin tamamının ödenmesi gerekmez¹⁹⁸. Hatta taraflar belli bir miktarın ödenmesine müteakip konutun devir ya da teslimine kadar geçecek sürede herhangi bir ödeme yapılmamasına dahi karar verebilirler. Bu konu, sözleşmede tarafların serbestçe kararlaştırabileceği bir husustur.

Uygulamaları (Edt: Tokbaş, Hakan/ Kurşun, Ali Suphi), İstanbul 2016, s. 14. Nitekim Yargıtay'da bir kararında ön sözleşmeyi "taraflardan her ikisinin birbirlerine ya da taraflardan yalnız birinin diğerine karşı ileride üçüncü bir şahısla bir borç sözleşmesi yapmayı taahhüt etmesi" olarak ifade etmiş ve bu sözleşmenin borçlandırıcı işlemler bakımından söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, tasarruf işlemleri bakımından taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılamaz. Yargıtay 14. HD 2005/9207 E., 2006/1921 K. www.kazancı.com (09.08.2015).

¹⁹⁵ Erman, Eşya Hukuku, s. 82; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 67; Eren, Mülkiyet Hukuku, s. 235; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 391; Gürsoy/Eren/Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 490, 690; Yeniocak, s. 50; Gümüş, s. 256; Zevkliler/Gökyayla, s. 67; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, İstanbul 2008, s. 244. Karşı görüşte; Sungurbey, İsmet, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s. 9-13; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu'da Sungurbey'le aynı görüşü paylaşmakta ve noterlerce res'en düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin TBK md. 29 anlamında bir "önsözleşme" niteliğinde olmadığını savunmaktadır. Bkz. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 37, dn. 64. Ayrıca bkz. İnal, İnşaat, s. 207-208.

¹⁹⁶ Not.K. md. 89.

¹⁹⁷ Erman, Eşya Hukuku, s. 82. Aynı yönde, Gümüş, s. 256; Zevkliler/Gökyayla, s. 67. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu ve Yeniocak'ın haklı olarak eleştirdiği üzere, tapu dairelerinin taşınmaz mülkiyetine dayalı devir ve sınırlı ayni hak kurma sözleşmelerini fiilen kanunda olmayan real sözleşme haline sokmaları nedeniyle uygulamada kişilerin noterde sözleşme yapmak dışında bir şansı olmamaktadır. Bkz. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 36; Yeniocak, s. 50.

¹⁹⁸ Gümüş, s. 250; Çabri, s. 206, Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 37.

Tüm bunlarla birlikte, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin, klasik satış vaadi sözleşmesinden bazı farklılıklarına da değinmek gerekir. Bu farklılardan ilki, kendisini sözleşmenin taraflarında gösterir. Gerçekten, klasik satış vaadi sözleşmesinden farklı olarak, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin taraflarından biri olan satıcının tacir olması yani, TKHK md. 3/I-i'de belirtilen şekilde, ticari ve mesleki amaçlarla hareket etmesi gerekmektedir. Konutu satın alacak alıcının ise, tüketici vasfına haiz olması yani, TKHK md. 3/I-k'da belirtildiği üzere, ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden kişi olması gerekir.

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin, klasik satış vaadinden diğer bir farkı kendisini satışa konu taşınmaz açısından göstermektedir. Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesine konu olan taşınmaz sadece konut ve tatil amaçlı olarak kullanılabilen bir taşınmaz olmalı ve tüketici bu taşınmazı mesken edinme gayesiyle edinmelidir¹⁹⁹. Halbuki, klasik satış vaadinde böyle bir sınırlama yoktur. Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin, satış vaadinden bir diğer farkı, satıcının tüketiciye sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğünün bulunmasıdır. Gerçekten de TKHK md. 40/2 ve ÖÖKSHY md. 5/1'e göre satıcı, tüketicilere sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce ön bilgilendirme formunu vermek zorundadır. Son olarak, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi, ÖÖKSHY md. 7'de belirtilen ve sözleşmede bulunması zorunlu hükümleri barındırmak durumundadır.

§ 5. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

I. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesine ilişkin maddeleri, taşınır satışı temel alınarak düzenlenmiştir. TBK 237 vd. maddelerinde taşınmaz satışına ilişkin düzenlemelere rastlanılsa da tarafların borçlarına ilişkin ayrıntılı hükümler mevcut değildir. Kanun koyucu taşınmaz satışının şekli gibi bazı konularda taşınır satışından farklı düzenleme getirmiş olsa da taşınır satışına ait hükümler, niteliğine uygun düştüğü

¹⁹⁹ Yatırım amaçlı bir taşınmazın ön ödemeli konut satış sözleşmelerine konu olamayacağı hakkında bkz. § 2, III.

ölçüde kıyas yoluyla uygulanacaktır.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tanımından anlaşıldığı üzere²⁰⁰, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin TBK md. 207’de düzenlenen satış sözleşmesinin esaslı noktalarından farklı olmadığı görülür²⁰¹. Bu esaslı noktalar; satış konusu, satış bedeli ve tarafların anlaşmasıdır. TKHK md. 40 düzenlemesini ele aldığımızda, taraf iradelerine bağlı ve “*subjektif esaslı nokta-ikinci derece yan noktalar*” olarak adlandırılan hususların ön ödemeli konut satışı sözleşmesine vücut verecek şekilde düzenlendiği görülmektedir²⁰². Sonuç olarak, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin unsurları; satış bedeli, satış konusunun barınma amaçlı bir konut olması ve satış bedelinin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazın tüketiciye devir ve teslim edileceğinin kararlaştırılmış olmasıdır.

II. Tüketicinin Satılana İlişkin Satış Bedelini Önceden Ödemeyi Üstlenmiş Olması

Türk Borçlar Kanunu md. 207’de düzenlenen satış sözleşmesinde, alıcı kendisine teslim edilmesi borçlanılan mal karşılığında satıcıya bir bedel ödeme yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle, satış sözleşmeleri iki tarafa borç yükleyen (*synallagmatique*) sözleşmelerdir. Satış bedeli, sözleşmenin esaslı unsurlarından biridir ve alıcının edimi olan satış bedeli satıcının teslim edeceği malın karşılığını oluşturmaktadır²⁰³.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi TKHK md. 40/1’de, tüketicinin satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşme

²⁰⁰ Yukarıdaki açıklamalarımızda ön ödemeli konut satışı sözleşmesini, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden satıcı ile tüketici arasında kurulan, satıcıya konutun mülkiyetini tüketiciye devretme borcu yükleyen, tüketicinin ise satış bedelinin bir kısmını konutun devrinden önce ödemekle yükümlü olduğu, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan bir sözleşme olarak tanımlamıştık. Bkz. § 4.

²⁰¹ TBK md. 207: Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.

²⁰² Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 5. Bu konudaki açıklamalara bir alt başlıkta yer verilecektir.

²⁰³ Tandoğan, s. 78; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 36; Zevkliler/Gökyayla, s. 35; Erman, Hasan, Medeni Hukuk Dersleri, Gözden Geçirilmiş 4. Basım, İstanbul 2012, s. 70.

olarak tanımlanmıştır. İlgili madde metninden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu, satış bedelinin tümünün değil, belirli bir kısmının konutun devir ve tesliminden önce ödenmiş olmasını yeterli görmüştür. Konutun tesliminden sonra bir kısım ödemenin kalması halinde bu satışın ön ödemeli satış olarak değerlendirilmeyeceğini ifade eden görüşler olsa da bu düzenlemede kanun koyucu ön ödemeli satışı doğru tanımlamayı değil, uygulamayı da göz önüne alarak tüketicinin korunması amacıyla gereken tedbirleri alma yoluna gitmiştir²⁰⁴. Bu düzenlemeyle TKHK, TBK'nın taşınır satışlarını konu alan ön ödemeli taksitle satış ile getirmiş olduğu, satıcının bedelin tamamının ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretme ilkesinden ayrılmıştır²⁰⁵.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde dikkat edilmesi gereken nokta, satış bedelinin ödenme zamanıdır. Tüketici, satış bedelini (satış sözleşmesinden farklı olarak) satıcının ediminden (konutun devir ve tesliminden) önce ödeme yükümlülüğü altındadır ve satış bedelinin bir kısmının ya da tamamının ödenmiş olmasının bir önemi yoktur. Satıcı ise, kendi üzerine düşen edimi, bu ödemeler sonrasında yerine getirecektir²⁰⁶. Diğer bir deyişle satıcı, satış bedelinin en azından bir kısmını tahsil ettikten sonra borcunu ifa etmelidir²⁰⁷. Bu nedenle, Borçlar Hukukunda “*subjektif esaslı nokta*” olarak adlandırılan hususlar, bu sözleşmenin hayat bulmasını sağlar²⁰⁸.

III. Satış Konusunun Konut veya Tatil Amaçlı Bir Taşınmaz Olması

TKHK md. 40/1 hükmüne göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusunu “konut amaçlı taşınmaz” oluşturur. ÖÖKSHY 4/e maddesinde tanımı yapılan konut; 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa tabi mesken amaçlı kullanılan ya da mesken niteliği taşımamakla birlikte tüketicilerin kullanımına sunulan her türlü

²⁰⁴ Aslan'a göre, konutun tesliminden sonra tüketici ödeme yapmaya devam ediyorsa, burada ön ödemeli satıştan söz edilemez. Bkz. Aslan, s. 526. Diğer bir görüşe göre ise, bir satış sözleşmesinin ön ödemeli ya da taksitli satış olduğunun tespiti için üç kriter göz önünde bundurmalıdır. Bunlar; ön ödeme miktarı, malın teslim süresi ve sözleşmenin toplam süresidir. Bkz. Ozanoğlu, s. 161.

²⁰⁵ Acar, s. 16.

²⁰⁶ Satış bedeli, ödeme şekli ve diğer hususlar için bkz. § 10.

²⁰⁷ Makaracı, Konferans, s. 245; İnal, s. 624, 627.

²⁰⁸ Subjektif Sözleşme Noktaları teorisi için bkz. Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015, s. 36; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 5.

bağımsız bölüm olarak belirtilmiştir²⁰⁹. Sözleşmenin konusunu oluşturan konutu tüketici “mesken” ya da “barınma”²¹⁰ amacıyla kullanmak üzere satın almalı, diğer bir ifadeyle, bu konut ticari veya mesleki amaçlarla satın alınmamış olmalıdır. Bu nedenle, konut amaçlı kullanım dışında kalan işyeri, atölye, depo, mahzen ve hatta sığınak gibi yerlerin satışında TKHK 40-46 hükümleri uygulanmaz²¹¹. Bu noktada, bir taşınmazın konut amaçlı kullanılacağı nasıl belirleneceği sorusu akla gelebilir. Bu soruya, KMK md. 12 ve 14. düzenlemeleri ile cevap vermek mümkündür²¹². KMK md. 12/a’ya göre onaylı mimari projede bağımsız bölümlerin hangi amaca özgü olduğu açıkça gösterilmek durumundadır. Buna göre, bir mimari projede işyeri olarak gösterilmiş bir taşınmazın konut amaçlı olarak satın alınmak istenmesi durumunda ön ödemeli konut satışı söz konusu olamaz²¹³. Kat irtifakına konu bağımsız bölümler için de KMK md. 14 dikkate alınarak aynı sonuca ulaşılmalıdır.

Sonuç olarak, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için tüketici, konutu “barınma” amaçlı olarak satın almalıdır. Diğer bir ifadeyle, tüketici, ön ödemeli konut satışı sözleşmesini “mesken” olarak kullanacağı konut için yapmalıdır²¹⁴. Sözleşmenin Tüketici Kanunu kapsamında kalabilmesi için yapılan işlemin tüketici işlemi²¹⁵ niteliğinde olması gerekmekte, yani satıcı bu konutu ticari veya mesleki

²⁰⁹ İlgili maddenin eleştirisi hakkında bkz. Özmen/Vardar Hamacıoğlu, s. 24.

²¹⁰ İnal, s. 627. Bu kavramlar hakkında daha geniş bilgi için bkz. § 2, I vd.

²¹¹ Konutun kullanım amacı ve nitelikleri hakkında daha geniş bilgi için bkz. § 2, III.

²¹² KMK md. 12/a: Ana gayrimenkulde, yapı veya yapıların dış cepheler ve iç taksimatı bağımsız bölüm, eklenti, ortak yerlerinin ölçüleri ve bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleriyle oranlı arsa payları, kat, daire, iş bürosu gibi nevi ile bunların birden başlayıp sırayla giden numarası ve bağımsız bölümlerin yapı inşaat alanı da açıkça gösterilmek suretiyle, proje müellifi mimar tarafından yapılan ve ana gayrimenkulün maliki veya bütün paydaşları tarafından imzalanan, yetkili kamu kurum ve kuruluşlarınca onaylanan mimari proje ile yapı kullanma izin belgesi.

²¹³ Özmen/Vardar Hamacıoğlu, s. 26. Karşı görüşe göre, bir taşınmaz imar planında ticari alan olarak görünse dahi, bu taşınmaz barınma amaçlı satın alınıyorsa ön ödemeli konut satışı hükümleri uygulama alanı bulur. Bkz. Çabri, s. 207-208. Bu konu hakkındaki görüş ve nitelendirme için bkz. § 2, III.

²¹⁴ Gümüüş, s. 251; Acar, s. 13; Makaracı, Konferans, s. 242; Özmen/Vardar Hamacıoğlu, s. 5; Atamer, s. 219 vd; Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 101; Karakocalı/Kurşun, s. 128; Özel, s. 187; Kara, s. 883 vd; Aydoğdu, s. 88; Çabri, Şerh, s. 649 vd. Karma kullanımlı konutlar açısından bkz. § 2, III.

²¹⁵ TKHK md. 3/1-I: Tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder.

amaçla satacak, tüketici de bu konutu ticari veya mesleki olmayan bir amaçla satın alacaktır. Bu nitelikleri taşımayan bir konut satışı, ön ödemeli olarak satılsa dahi, taşınmaz satışına ilişkin genel hükümler geçerli olacak, TKHK md. 40-46 hükümleri uygulanmayacaktır.

IV. Satıcının, Satış Bedelinin Tamamen veya Kısmen Ödenmesinden Sonra Taşınmazı Tüketiciye Devir ve Teslim Etmeyi Üstlenmiş Olması

TKHK md. 40/1'de ifade edilen “*Satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir*” tanımlamasıyla satıcının bu sözleşmeden kaynaklanan asli ediminin satış konusu taşınmazı tüketiciye devir ve teslim etmek olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar ilgili düzenlemede “*devir veya teslim*” olarak ifade edilmişse de yukarıda anlatıldığı üzere, bu maddenin düzeltici yoruma tabi tutularak “veya” kelimesini “ve” olarak kabul etmek gerekir. Zira, (TBK md. 207/1 dikkate alındığında) satıcı, konutun hem mülkiyetini devretmek hem de teslim etmek yükümlülüğü altında olduğu unutulmamalıdır²¹⁶.

Satıcı, ilgili hüküm gereği, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde kararlaştırılan satış bedelinin kendisine kısım kısım ödenmeye başlamasından belli bir süre sonra, satışa konu olan taşınmazın mülkiyetini tüketiciye devretmelidir²¹⁷. Bununla birlikte, satış bedelinin devir ve teslimden önce peşin olarak ödenmesi de mümkündür.

Satıcı, yukarıda bahsedildiği üzere, mülkiyetin devri ile birlikte konutun zilyetliğini de tüketiciye devretmiş olmalıdır ki, borç gereği gibi ifa edilmiş olsun²¹⁸. Zira mülkiyetin

²¹⁶ Bir görüşe göre, ilgili hükümde bahsedilen “devir” ifadesi mülkiyetin devrini, “teslim” ifadesi ile de zilyetliğin devri kastedilmiştir. Bu nedenle tarafların, sözleşmenin başında, konutun mülkiyetinin devredilmesi ve tesliminin ileri bir tarihte gerçekleşmesi konusunda anlaşma yapmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bkz. İnal, s. 624; Çabri, Şerh, s. 647. Bu konu hakkında daha geniş bilgi ve tartışmalar hakkında bkz. § 4, II ve § 14, I, vd.

²¹⁷ İnal, s. 627.

²¹⁸ Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 108; Makaracı, Konferans, s. 256; Gümüş, s. 253; Tutumlu, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 130. Teslim kavramı hakkında ayrıca bkz. Erman, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Basım, İstanbul 2010, s. 33-34; İnal, Emrehan, Sonuca Katılamalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımını İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 228.

devri ayrı, zilyetliğin devri ayrı bir ifaya konudur²¹⁹. Nitekim, TKHK md. 44, “*Ön ödemeli konut satışında devir veya teslim süresi sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemez. Kat irtifakının tüketici adına tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte zilyetliğin devri hâlinde de devir ve teslim yapılmış sayılır*” şeklindedir. İlgili düzenleme, satıcının konut imalatını bitirerek tüketiciye taşınmazın mülkiyet ve zilyetliğin devredilmesi halinde borcun ifa edilmiş olacağını bir karine olarak kabul etmektedir. Kanun koyucu, mimari projeye veya imara aykırı olarak yapılmış bir binanın “iskan belgesi-yapı kullanma izni” alamayacağı ihtimalini göz ardı ederek tüketicinin mağdur olmasına neden olacak bir boşluk yaratmıştır.

Gerçekten de uygulamada sık rastlanan imara aykırı inşa edilen bir bağımsız bölümün tüketiciye mülkiyet ve zilyetliğin devri sonrasında yapı izin belgesi alamaması halinde tüketicinin durumunun ne olacağı belirsizdir. Böyle bir durumun varlığı halinde satıcının konutu teslim ettiği öne sürülebilirse de, hukuki sorumluluğunun (TKHK md. 8-12 hükümlerince) devam ettiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle, satıcının borcunu tamamlamıyla ifa ettiğinden bahsedilemez. Tüketicinin konutu teslim sırasında satıcının ifa borcunu yerine getirdiğini gösteren “konut teslim tutanağı” da satıcıyı ayıba karşı sorumluluktan kurtaramaz²²⁰.

§ 6. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. Borçlandırıcı İşlem Niteliği

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesiyle satıcı, sözleşme konusu taşınmazın mülkiyet ve zilyetliğini devretmekle borçlu iken, alıcı olan tüketici ise, satış bedelini ödeme yükümlülüğü altındadır. Bir görüşe göre, ön ödemeli konut sözleşmesiyle taraflar malvarlıklarının aktifini veya oradaki herhangi bir hakkı doğrudan etkilememekte, sadece işlemi yapan tarafların pasifinde artış meydana gelmektedir. Bu durum, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin borçlandırıcı işlem niteliğindeki karakterini de

²¹⁹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 53.

²²⁰ Atamer, s. 250; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 53-54. Bu konuyla ilgili bkz. § 14, II, A.

ortaya koymaktadır²²¹.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin borçlandırıcı işlem niteliği sonucu, satıcının sözleşme yapıldığı esnada satış konusu taşınmaza malik olması şart değildir. Satıcının ifa anında bu edimine sahip olması ya da edimini temin edip alacaklıya ifada bulunması yeterlidir. Bu nedenle, satıcının sözleşmenin kurulması anında satış konusu olan taşınmaza malik olmaması, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez²²².

Satıcının aynı taşınmaz için birden fazla ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi yapması halinde sözleşmenin geçerli olup olmayacağı sorusu akla gelse de, ön ödemeli konut sözleşmesinin borçlandırıcı işlem niteliğindeki karakteri göz önüne alındığında, akdedilen tüm sözleşmelerin geçerli olacağı rahatlıkla söylenebilir. Satıcının birden fazla yaptığı bu sözleşmeler arasında değer yüksekliği veya tarih önceliği gibi bir öncelik bulunmamaktadır. Satıcı yapmış olduğu birden fazla borçlandırıcı işlemin tümünü (kaç tane olduğuna bakılmaksızın) ifa etmekle yükümlü olup, gereği gibi ifa edemediği her işlem (sözleşme) için sorumluluğu söz konusudur²²³.

II. Rızai Bir Sözleşme Olması

Bir sözleşmenin kurulması ve sonuçlarını meydana getirmesi için sadece tarafaların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yeterli olduğu sözleşmeler rızai sözleşmeler olarak adlandırılır²²⁴. Bu tür sözleşmelerde real sözleşmelerden farklı olarak satış konusu eşyanın teslimi gerekmez²²⁵. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin

²²¹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 6; Karakocalı/Kurşun, s. 131. İki tarafa borç yükleyen sözleşme ve diğer kavramlar için bkz. Erman, Medeni Hukuk, s. 72; Eren, Borçlar Genel, s. 171; Erman, Eşya Hukuku, s. 80; Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2015, s. 114; Erman, Medeni Hukuk, s. 73-74.

²²² Tandoğan, s. 79; Antalya, s. 114; Eren, Borçlar Genel, s. 172; Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012, s. 53; Erman, Medeni Hukuk, s. 72.

²²³ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 7; Antalya, s. 114; Eren, Borçlar Genel, s. 211. Satıcının aynı konut için birden fazla ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi yapması halinde tüketicinin dönme hakkı konusunda detaylı bilgi için bkz. § 20, IV, D, 5.

²²⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 223.

²²⁵ Bir görüşe göre, TKHK madde 41/1'deki düzenleme ile kanun koyucu, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin (borçlandırıcı işlem) tapu müdürlüğünce resmi olarak düzenlenmesini kafi görmemiş, bunun yanında taşınmazın mülkiyet devrini de adeta zorunlu kılmıştır. Diğer bir ifadeyle, ön ödemeli konut satışı sözleşmesine dayalı olarak yapılan tasarruf işlemini (devir) bu sözleşmenin "kurucu

kurulması, taraf iradelerinin birbirlerine uygun biçimde ve sözleşmenin esaslı noktalarını kapsayacak şekilde olmasına bağlıdır. Sözleşmenin hüküm ifade edebilmesi için sözleşme konusu taşınmazın mülkiyetinin ya da zilyetliğinin devrine ihtiyaç yoktur.

III. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi nitelik olarak klasik taşınmaz satış sözleşmesinin özelliklerini taşıyan ve tam iki tarafa borç yükleyen (*synallagmatique*) bir sözleşmedir²²⁶. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tarafları, yapmış oldukları bu sözleşme ile karşılıklı edimleri borçlanmış olmakta ve her iki edim değer yönünden birbirinin karşılığını oluşturmaktadır. İki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edim daima varlığını korur. Bu sözleşme ile hem satıcı hem tüketici borç altına girmekte, taraflardan her biri diğer tarafın aynı zamanda hem alacaklısı hem de borçlusu olmaktadır. Bu sözleşmeyle taraflardan birinin edimi, diğer tarafın ediminin borç ve karşılığını oluşturur. Edimler arasında tam anlamıyla bir karşılıklık (*synallagma*) söz konusudur.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesiyle satıcı, taşınmazın mülkiyet ve zilyetliğini devretme edimini borçlanıyor iken, tüketici ise, satış parasını ödeme yükümlülüğü altındadır. Burada satıcının edimini teşkil eden taşınmazın devri ile tüketicinin edimini teşkil eden satış bedeli birbirinin karşılığı olup, birbiriyle değiştirilmektedir. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde, klasik taşınmaz satışından farklı olarak “vade” konusu subjektif esaslı unsur (ikinci derece noktalar) olarak karşımıza çıkmakta, tüketicinin

olgusu” haline getirmiştir. Dolayısıyla, tapuda yapılan ve düzenleme şeklindeki bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi real sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır. Bkz. Gümüş, s. 255. Aynı yönde, Yeniocak, s. 47. Başka bir görüşe göre ise, Türk hukukunda, taşınmaz satış sözleşmesi söz konusu ise, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin zamansal olarak ayrılması mümkün değildir. Bu nedenle, borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesinin önce akdedilip, mülkiyetin devrine ilişkin tasarruf işleminin sonradan yapılması söz konusu olamaz. Bkz. Atamer, s. 223. Sözleşmesinin rızai bir sözleşme olduğu hakkında bkz. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 7. Aynı yönde, Çabri, Şerh, s. 647. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden aynı bir hak doğmayacağı görüşü için bkz. Karakocalı/Kurşun, s. 131. Günümüzde Türk hukukunda borçlandırıcı real sözleşmelerin bulunmadığı konusunda bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 223, dn. 67. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tapu siciline “tescil edilmesi” ifadesinin hatalı olduğu hakkında bkz. § 8, I, A, 1.

²²⁶ Gümüş, s. 255; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 6; Çabri, s. 212; Yeniocak, s. 46. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin klasik taşınmaz satış sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği görüşünde, Atamer, s. 223.

satış bedelini ödeme borcu, satıcının edimi öncesinde yerine getirilmesi gereken bir borç özelliği göstermektedir. Bu nedenle, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, tarafların birbirlerine karşı sahip oldukları ödemezlik def'i (TBK md. 97-98) bu sözleşmede, sözleşmenin başlangıcından itibaren satıcı lehine bertaraf edilmiştir²²⁷.

IV. Ani Edimli Olması

Bir sözleşmede borçlanılan edimin zaman içerisinde bir defada, tek bir davranışla yerine getirilmesi durumunda ani edimli bir sözleşmenin varlığından söz edilir²²⁸. Nasıl ki taşınmaz satış sözleşmesi ani edimli bir sözleşme ise, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi de ani edimli bir sözleşmedir. Satıcı ön ödemeli konut satışı sözleşmesiyle borçlanmış olduğu taşınmazın zilyetlik ve mülkiyeti devir borcunu bir defada, tek bir hareketle ifa etmektedir. Buna karşın, tüketicinin satış bedelini ödeme borcunun zamana yayılmış olması, sözleşmenin ani edimli sözleşme olma niteliğini değiştirmez²²⁹.

V. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinin Tipi

A. Genel Olarak

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yukarıda çeşitli defalar ifade edildiği üzere tüketicinin satış bedelini kısmen veya tamamen ödemesinden sonra satıcının edimini ifa ettiği bir sözleşmedir. Tüketicinin üzerine düşen edimi önce, satıcının üzerine düşen edimi ise daha sonra (gelecekte) ifa etmesi, bu sözleşmenin ayırt edici özelliğidir. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile tüketici satış bedeli ödeme yükümlülüğü altında iken, satıcı ise, bir yapı inşa etme ve bu yapıdaki bağımsız bölümlerden birinin

²²⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 6. Tıpkı Bası, İstanbul 2014, s. 98 vd; Antalya, s. 220; Eren, Borçlar Genel, s. 211; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 7; Erman, Medeni Hukuk, s. 76; Oğuzman M.Kemal/Öz, M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 264-268; Gümüş, Borçlar Özel, s. 30; Zevkliler/Gökyayla, s. 30; İnal, s. 633; Çabri, Şerh, s. 647.

²²⁸ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 37; Antalya, s. 52-53; Eren, Borçlar Özel, s. 17, 29; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 8; Gümüş, Borçlar Özel, s. 31; Zevkliler/Gökyayla, s. 31; Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, İstanbul 2013, s. 11; Oğuzman/Öz, s. 9.

²²⁹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 8.

mülkiyetini devretmeyi borçlanmaktadır. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tarafları satıcı ve tüketicidir. Hatırlatmak gerekir ki, konutu satışa sunan satıcı mutlaka tacir sıfatına haiz, yani, inşaat yapıp satmayı meslek edinmiş olmalı, alıcının da tüketici vasfını taşıması gerekmektedir²³⁰. Diğer bir ifadeyle, yapılan işlem TKHK md. 2 anlamında tüketici işlemi olmalıdır, aksi halde ön ödemeli konut satışından söz edilemez²³¹.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusu, inşaatı bitmiş ve teslim hazır bir konut olabileceği gibi, henüz imal edilmemiş veya inşaatı devam eden ve gelecekte bitirilip teslim edilecek bir bağımsız bölüm de olabilir²³². Sözleşme ile beraber satışa konu olan yapı veya bağımsız bölümün teslim hazır olması durumunda taşınmaz satışı sözleşmesinden, buna karşılık sözleşmenin yapıldığı anda bağımsız bölümün henüz inşa edilmemiş veya inşaatı devam eden ve gelecekte bitirilip teslim edilecek bir konutun var olması halinde ise satış sözleşmesi ile birlikte, eser sözleşmesinin de var olup olmadığının tartışılması gerekmektedir²³³. Bu sözleşmeyle, bir yapı imal edilip (meydana getirilip) daha sonra da bu yapıdaki bağımsız bölümlerin mülkiyet ve zilyetliğinin devri söz konusu olduğuna göre hangi sözleşmenin özelliklerini taşıdığı önem arz eder.

İlk olarak, eser sözleşmesi ile taşınmaz satış sözleşmesi arasındaki farkları açıklamak ve hangi hallerde ve hangi kriterlere göre nitelendirme yapılması gerektiğini ortaya koymak gerekir. Zira, eser sözleşmesi ile satış sözleşmesi özelliklerini birlikte taşıması muhtemel bir sözleşmede nitelendirmede bulunulurken zorluk yaşanabilir. Kaldı ki, eser sözleşmesi ile satış sözleşmesi arasında farkın ortaya koyulmasındaki kriterler açısından aşağıda da belirtileceği üzere öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır.

²³⁰ Sözleşmenin tarafları ve tarafların taşıması gereken nitelikler hakkında daha fazla bilgi için bkz. § 3.

²³¹ Yargıtay HGK, 24.09.2003 T., 2003/15-498 E., 2003/493 K. ilamıyla konut yapımını konu alan eser sözleşmelerini önceden eTKHK kapsamı dışında kabul etmekte idi. 6502 sayılı TKHK ile eser sözleşmelerinin de açıkça tüketici işlemi olduğu ifade edildiğinden Yargıtayın bu kararının artık bir önemi kalmamıştır. Bkz. Acar, s. 13. Daha geniş bilgi için bkz. Akipek Öcal, Tüketici İşlemi, s. 16 vd.

²³² Hangi tür yapıların ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olabileceği hakkında bkz. § 2.

²³³ Nitelendirmeler hakkında bkz. Eren, Borçlar Özel, s. 602-603; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 2010, s. 43 vd.

Bir görüşe göre, meydana getirilmesi talep edilen eser, sözleşmenin yapıldığı anda mevcutsa, bunun devrine ilişkin sözleşme, satış sözleşmesidir. Buna karşılık, sözleşme konusu eser, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana getirilecekse, ortada bir eser sözleşmesinin varlığından söz edilmelidir²³⁴. Eser sözleşmesinde yüklenici, faaliyette bulunmak suretiyle bir sonucu gerçekleştirmektedir. Meydana getirme (imal) unsuru eser sözleşmesi ile satış sözleşmesi arasındaki en önemli farktır²³⁵. Satış sözleşmesinde satıcı sözleşmenin yapıldığı sırada hazır olan bir şeyi, eser sözleşmesinde ise yüklenici iş sahibinin siparişi üzerine kendisinin meydana getirdiği şeyi bir bedel karşılığında teslim etmeyi üstlenmektedir²³⁶. Başka bir görüş ise, tarafların, yapılacak eser ve bunun mülkiyetinin nakli için tek bir satış bedeli üzerinde anlaşmaları halinde, burada satış sözleşmesinin var olduğunu kabul eder²³⁷. Karşı görüşteki yazarlar ise, tarafların tek bir fiyat üzerinde anlaşmış olmaları halinde dahi, tarafların iradelerini gerekçe göstererek, satış ve eser sözleşmesinin birlikte (karma) var olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır²³⁸.

Bir diğer görüşe göre, kendi özel taleplerini ayrıca sözleşme hükümlerine koyduran müşteri ile yüklenici arasındaki karma sözleşmede, standart yapının kalitesi veya yüzölçümü hususunda çıkan uyuşmazlıklar satış sözleşmesine dair hükümlere, özel talep konusu olan konuta dair iç döşeme, özel sipariş bir düzenleme işleri bakımından

²³⁴ Eren, Borçlar Özel, s. 602; Tandoğan, C.II, s. 43; Zevkliler/Gökyayla, s. 494; Tunçomağ, Kemal, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 1974, s. 505 vd. Yargıtay HGK'nun 14.05.2014 T, 2013/13-1756 E. 2014/643 K. numaralı kararı dikkat çekicidir. İlgili karara göre, "Somut olayda, ... davalı yüklenici inşaat şirketi anılan sözleşme gereği imal edeceği konutlardan birisini henüz tamamlanmadan davacıyla aralarında kararlaştırılan koşullarda davacıya satıp teslim etmeyi yüklenmiştir. Şu durumda davacıyla davalı inşaat şirketi arasındaki sözleşme hukuksal nitelikçe eser sözleşmesi değil, satım sözleşmesidir. İnşaat tamamlanmadan satuma konu edilmiş olması veya sözleşmede davalı yüklenici şirketin "yapımcı ve satıcı" olarak yazılmış olması eser sözleşmesinin varlığını göstermez". www.kazancı.com (09.10.2015).

²³⁵ Öz'e göre ise, eser ve satış sözleşmeleri arasındaki fark, sözleşmeye konu olan malın sözleşme anında mevcut olup olmadığı değil, bunun imalinin iş sahibi tarafından ısmarlanmış olup olmadığıdır. Bkz. Öz, Turgut, İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları (Edt: Tokbaş, Hakan/Kurşun, Ali Suphi), İstanbul 2016, s. 205-206.

²³⁶ Nitekim, Yargıtay İBK 24.04.1978 T 1978/3 E, 1978/4 K. sayılı ilamının gerekçesinde, sözleşmede emek unsurunun değil de nesne teslimi üstün ise eser sözleşmesi değil, satış sözleşmesinin söz konusu olduğunu belirtmek suretiyle, ayırt edici unsurun imal (meydana getirme) olgusu olduğunu vurgulamıştır. Yargıtay HGK 04.12.2013 T, 2013/19-78 E. 2013/1624 K. www.kazancı.com (09.10.2015).

²³⁷ Tandoğan, C.II, s. 43 vd.

²³⁸ Gümüş, Borçlar Özel, s. 6; Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2006, s. 54-56; Atamer, s. 224.

çıkacak uyuşmazlıklar ise, eser sözleşmesi hükümlerine tabi olmalıdır²³⁹.

Yargıtay'ın benimsemiş olduğu görüşe göre ise, eser sözleşmelerinde emek unsuru yoğun iken, satış sözleşmesinde malzeme unsuru önem kazanır²⁴⁰. Diğer bir ifadeyle, malzeme unsuru ön planda ise satış sözleşmesi, emek unsuru ön planda ise eser sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir²⁴¹. Bununla beraber, nitelendirme yaparken, alıcının malın imali sırasında talimat verme yetkisinin veya özel bir talebinin olup olmadığı, hususu da belirleyici olacaktır. Zira eser sözleşmesinde iş sahibi yükleniciye talimat verebiliyor iken, satış sözleşmesinde alıcının satıcıya talimat verme yetkisi bulunmamaktadır²⁴².

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olan konut satışa hazır, inşası bitmiş bir konut olabileceği gibi, ileride inşa edilecek (meydana gelecek) bir konut da olabilir. Bu durumda her ihtimalin ayrı ayrı ele alınıp, buna göre nitelendirmede bulunmak gerekir. Bu nedenle uygulamada üç farklı şekilde konut satışının gerçekleşeceği söylenebilir; Bunların ilki, inşası bitmiş bir projeden bağımsız bölüm veya müstakil bir yapı satışına ilişkin ön ödemeli konut satışı sözleşmesi; ikincisi, inşa edilecek bir projeden ileride ortaya çıkacak bir bağımsız bölümün satış vaadine ilişkin ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ve son olarak, kat irtifakının devredilmesi suretiyle gelecekte kat mülkiyetine çevrilebilir bir proje inşa etmeye yönelik akdedilen ön ödemeli konut satışı sözleşmesidir.

Bu noktada hatırlatmak gerekir ki, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde satıcı ile yüklenici farklı kişiler olabileceği gibi, satıcı aynı zamanda yüklenici de olabilir. Yani satılan konutu hem imal eden hem de satışa sunan kişinin aynı gerçek veya tüzel kişi

²³⁹ Öz, Eser, s. 207.

²⁴⁰ “Davacı, davalının yaptığı inşaatın kalıp, demir ve duvar işçiliğini yaptığını, iş bedeli olarak verilecek daire tapusunun verilmediğini belirterek tapu iptali ve tescil, olmadığı takdirde daire bedeline ilişkin alacak talebinde bulunmuş, davalı işin tam olarak yapılmadığını, ödenmesi gereken daire bedelinin tam olarak ödenmediğini, ... belirterek davanın reddini savunmuştur. Davacı eser sözleşmesine dayalı olarak talepte bulunmuş olup, davacı yüklenici, davalı iş sahibidir. Eser sözleşmesine konu iş bedeli karşılığı daire verileceğinin kararlaştırılması taraflar arasındaki sözleşmeyi satım sözleşmesi haline getirmez”. Yargıtay 15. HD 09.10.2015 T, 2015/4370 E, 2015/4912 K. Ayrıca bkz. 15. HD 03.02.2016 T, 2015/5304 E. 2016/645 K. www.kazancı.com (09.10.2015).

²⁴¹ Yargıtay İBK, 24.04.1978 T, 1978/3 E, 1978/4 K. www.kazancı.com (09.10.2015).

²⁴² Eren, Borçlar Özel, s. 603; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 8.

olması mümkündür. Satıcı ile yüklenicinin aynı kişi olması pratikte bir önem arz etmemekle birlikte, satıcı ile yüklenicinin farklı kişiler olması ileride bahsedileceği üzere tartışılması gereken bir konudur.

B. İnşaası Bitmiş Bir Projeden Bağımsız Bölüm Veya Müstakil Bir Yapı Satışına İlişkin Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin uygulamada karşılaşılabilecek ilk türü, inşaatı bitmiş, kat mülkiyetine geçmiş ve teslim hazır bir konutun var olduğu ihtimaldir. Bu ihtimalde satıcı, konut ya da konutları mimari projeye göre inşa etmiş ve mülkiyeti devir için hazır hale getirmiştir. Tüketicinin inşaatı bitmiş bir konutu satın alması durumunda klasik taşınmaz satış sözleşmesinin varlığı kuşkusuzdur²⁴³. Bu ihtimalde, satılan konutun tüm iç ve dış mimari işleri bitmiş, taşınmaya hazır haldedir. Konutun imal süreci bitmiş olduğundan, alıcı olan tüketicinin yüklenici/satıcıya talimat vermesi, yapılan inşaatı kontrol etmesi söz konusu değildir. Zira, burada konutun zilyetlik ve mülkiyetinin devri unsuru ağır basmaktadır²⁴⁴. Ancak, yukarıda sözleşmenin unsurları kısmında belirttiğimiz gibi, tüketici (konutun inşaatı bitmiş olsa dahi) satış bedelini konutun mülkiyeti kendisine devredilmeden önce ödemeye başlaması ve satıcı da satış bedelinin tamamı veya sözleşmede kararlaştırılan ön ödeme kısmını tahsil ettikten sonra konutun mülkiyetini devrediyor ise, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin varlığının kabulü gerekmektedir. Unutulmamalıdır ki, ön ödemeli sözleşmelerin mantığında “*önce öde sonra teslim al*” ilkesi hakimdir. Diğer bir söyleyişle, eğer tüketici konutun mülkiyetinin kendisine devredilmesinden önce, belirli bir süre ön ödemede bulunmuşsa yapılan bu sözleşmeye TKHK md. 40-46 hükümleri uygulanmalıdır. Çünkü bu ihtimalde TBK md. 237/1 anlamında, taşınmaz mülkiyetini devretme borcunu ortaya

²⁴³ Çabri, s. 212; Gümüş, s. 255. Atamer'e göre, Türk hukukunda taşınmaz satış sözleşmesi söz konusu ise, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin zamansal olarak ayrılması imkansızdır. Dolayısıyla borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesinin önce yapılıp, mülkiyetin devrine ilişkin tasarruf işleminin sonradan yapılması taşınmazlar açısından mümkün değildir. Bu nedenle, inşa edilmiş bir konutun ön ödemeli satışı ancak bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mümkün olabilir. Atamer, s. 223. Kanaatimizce, tüketici ile satıcının tapuda mülkiyeti devir işlemleri öncesinde anlaşarak ve asgari anlaşma şartlarını içeren yazılı bir ön ödemeli konut sözleşmesi yapmalarının önünde engel yoktur. Böyle bir yazılı anlaşma, satıcının ileride konutun mülkiyetini devretmekten kaçınması ihtimaline karşı tüketiciyi koruma işlevi görecektir.

²⁴⁴ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 9.

çıkaran bir sözleşme söz konusudur²⁴⁵.

Taraflar, kendi aralarında, koşullarını belirledikleri ön ödemeli konut satışı sözleşmesini, (borçlandırıcı işlem niteliği gereği, klasik taşınmaz satış sözleşmesinden farklı olarak) satışa konu taşınmazın mülkiyet naklinden önce yapabilir. İleride bahsedileceği üzere, görüşümüze göre, bu sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılmasının önünde bir engel de yoktur. Bu şekilde yapılan yazılı bir anlaşma, satıcının ileride konutun mülkiyetini devretmekten kaçınması ihtimaline karşı tüketiciyi koruma işlevi de görecektir²⁴⁶.

TBK md. 207’de satış sözleşmesinin esaslı unsurları düzenlenmiştir. Buna göre, satış sözleşmesinin esaslı unsurları mal, satış bedeli ve tarafların anlaşmasıdır. Satış sözleşmesinde tarafların esaslı unsurlar dışında sözleşme serbestisi ilkesi gereği sözleşmenin yan (ikincil) unsurlarında değişiklik yapması o sözleşmenin niteliğinde değişiklik yaratmaz. Sözleşmenin esaslı unsurlarında yapılan bir değişiklik varsa, bu durumda sözleşme tipinin değiştiğinden bahsedilebilecektir²⁴⁷. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi de satış sözleşmesinin esaslı unsurlarını barındırmakta, satış sözleşmesinden farklı olarak, satışa konu olan malı taşınmazlar oluşturmaktadır.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin, halk arasındaki ifadeyle “anahtar teslim” ya da “taşınmaya hazır” halde, yani inşaatı tamamlanmış, kat mülkiyetine geçmiş ve yapı kullanım izni alınmış haliyle tüketiciye ön ödemeli satışı durumunda “satış bedeli karşılığında mülkiyetin devredilmesi” niteliğinde taşınmaz satış sözleşmesi vardır. Başka bir ifadeyle, bir projenin tasarımı, planı ve malzemeleri tüketicinin talimat ve istekleri olmadan satışa sunuluyorsa, bu bir satış sözleşmesidir ve “gelecekteki malın satışı” niteliğindedir. Eğer tüketici, müteahhitle anlaşp, özel bir istek ya da siparişte

²⁴⁵ Karakocalı/Kurşun, s. 133.

²⁴⁶ Her ne kadar bazı yazarlar, TKHK md. 41/1’de, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tapu siciline tescil edilmesi gerekliliği ifadesinden, bu sözleşmenin real bir sözleşme olarak ortaya çıktığını belirtse de kanaatimizce tarafların mülkiyetin naklinden önce aralarında bu sözleşmeyi akdetmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Bkz. Gümüş, s. 255. Aynı yönde, Yeniocak, s. 47. Sözleşmesinin rızai bir sözleşme olduğu görüşünde, Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 7; Çabri, Şerh, s. 647. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden aynı hak doğmayacağı görüşünde, Karakocalı/Kurşun, s. 131. Sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması konusunda açıklamalar için bkz. § 8, I, A, 2.

²⁴⁷ Eren, Borçlar Özel, s. 31.

bulunmuşsa, bu durumda ayrı bir eser sözleşmesi hükümleri de uygulama alanı bulmalıdır²⁴⁸.

Konutun satışa hazır olduğu satış türünde, inşaaataya yönelik tüm süreçler tamamlanmış, iç ve dış mimari projeler bitmiş bulunduğundan, eser sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Kaldı ki, tüketicinin, satıcıya bir talimat vermesi veya yaptığı işleri kontrol etmesi gibi durum da söz konusu değildir. Bu ihtimalde, konutun mülkiyetinin nakli ve zilyetliğinin devri hususu önem arz etmektedir. Nitekim Yargıtay'da mal tesliminin ağır bastığı sözleşmeleri satış sözleşmesi olarak nitelendirmektedir²⁴⁹. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken nokta, klasik satış sözleşmesinde taraflar, alıcının satış bedelini ne zaman ödeyebileceğini istedikleri gibi kararlaştırabiliyor iken, bu sözleşmede tüketicinin satış bedelini ödeme borcu satıcının ediminden önce muaccel olmakta satıcının ifa yükümlülüğü ise tüketicinin satış bedelinin bir kısmını veya tamamını ödemesi ile muaccel hale gelmektedir. Böylece, ödemelik def'i'nin ileri sürülebilmesi de sözleşmenin kurulmasıyla beraber olanaksız hale gelmektedir.

C. İnşa Edilecek Bir Projeden İleride Ortaya Çıkacak Bir Bağımsız Bölümün Satış Vaadine İlişkin Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi

Uygulamada sık rastlanacak olan ikinci ihtimal, inşa edilecek bir yapıdan ileride ortaya çıkacak bir bağımsız bölümün satış vaadine ilişkin yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmesidir²⁵⁰. TKHK md. 41/1 ve ÖÖKSHY md. 6/1, ön ödemeli satış sözleşmesinin noterde satış vaadi şeklinde yapılabileceğini düzenlenmiştir. Satıcı, sözleşmenin başında satış konusu olan yapıya ait arsa payının mülkiyetini tüketiciye devretmek istemeyeceği ve tüketicinin satış bedelini ödemediği temerrüde düşme riskine karşı, mülkiyet payını bir anlamda güvence olarak göreceği ve ön ödemeli konut satış sözleşmesinin noterde

²⁴⁸ Öz, Eser, s. 205-206. Ancak unutulmamalıdır ki, satıcının satılarda taahhüt ettiği nitelik ve vasıflar için eser sözleşmesi nitelendirmesi yapılamaz. Satılarda taahhüt edilen vasıfların buna uygun olmaması halinde ayıplı ifa söz konusu olacaktır. Bkz. Öz, Eser, s. 208.

²⁴⁹ Emek unsurunun ağır bastığı hallerde ise eser sözleşmesi mevcuttur. Yargıtay, İBK 24.04.1978 T, 1978/3 E, 1978/4 K., Yargıtay HGK. 04.12.2013 T, 2013/19-78 E. 2013/1624 K. www.kazancı.com (28.10.2015).

²⁵⁰ İnşaatı tamamlanmış bir konuta ilişkin de ön ödemeli satış vaadi sözleşmesi yapılması mümkündür. Bkz. Çabri, s. 208; Gümüş, s. 251.

yapılması konusunda tüketiciyi yönlendirecektir²⁵¹. Bunun yanında arsadaki mülkiyet hakkını, yapılacak projeye mali kaynak bulmak amacıyla teminat olarak da kullanabilecektir. Bu düzenlemeyi klasik taşınmaz satış vaadinden ayıran hususlar, sözleşmenin tarafları ve sözleşme konusunun üzerinde konut inşa edilmiş ya da edilecek barınma amaçlı taşınmazların oluşturmasıdır.

Doktrinde bir kısım yazarlar, mülkiyetin devri suretiyle yapılan ön ödemeli konut satışı sözleşmesini “asıl sözleşme”, noterlikte yapılan sözleşmeyi ise “asıl sözleşmenin” “ön sözleşmesi” olarak nitelendirmektedirler²⁵². Diğer bir anlatımla, sözleşmenin tarafları, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi ile satışa konu olan taşınmazın gelecekte tapuda resmi olarak mülkiyetinin devrini değil, ileride kurulacak bir “ön ödemeli konut satışı sözleşmesi” yapma borcunu yüklenmiş olduğunu ifade etmektedirler. Buna gerekçe olarak da ön sözleşmenin, kanunda aksi belirtilmedikçe, TBK md. 29/2 anlamında ileride yapılacak olan esas sözleşmenin şekline tabi olması gerektiği ilkesini hatırlatmakta ve ön ödemeli konut satışları bakımından bu genel kuraldan farklı bir düzenleme getirilmiş olduğunu öne sürmektedirler. Farklı bir söyleyişle, burada asıl sözleşmenin şekil şartına bağlı olmayan bir ön sözleşmenin var olduğu ifade edilmektedir²⁵³.

Karşı görüş ise, iki sözleşme (tapuda resmi şekilde yapılan sözleşme ve satış vaadi sözleşmesi) içeriğinin birbiriyle örtüşmediğini ve birinin diğerine nazaran ön sözleşme olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Aynı görüşe göre, noterde yapılan ön ödemeli sözleşmenin amacı, ileride sözleşmeye konu olan bağımsız bölümün mülkiyetinin tapuda devrine ilişkin sözleşmenin ön sözleşmesini yapmaktır²⁵⁴. Kanaatimizce, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin noterde satış vaadi şeklinde

²⁵¹ Bazı yazarlara göre, yeni inşa edilecek konutlarda, ön ödemeler tamamlanmadan taşınmaz mülkiyeti devrinin yapılması güçtür. Ön ödemeli sözleşmelerin mantığında “önce öde sonra teslim al (tescil et)” ilkesi var olduğundan ön ödemeli satışlar çoğunlukla satış vaadi şeklinde uygulanacaktır. Bkz. Aydoğdu s. 89; Yeniocak, s. 52; Makaracı, Konferans, s. 267; Çabri, Şerh, s. 660. Zira uygulamada neredeyse bütün inşaat firmalarının bu şekilde konut satışı yaptığı gözlemlenmiştir.

²⁵² Gümüş, s. 255 vd; Yeniocak, s. 50 vd.

²⁵³ Yeniocak, s. 50 vd. Yazara göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi tapu müdürlüğünde resmi şekilde kurulması gerekirken, sözleşmenin kurulması vaadini içeren ön sözleşmenin noterde kurulması gerekliliği TKHK md. 41/1’de kabul edilmekle, TBK md. 29/2 hükmünden farklı bir düzenleme getirilmiştir.

²⁵⁴ Atamer, s. 222, dn. 504. Ön sözleşmelerde belirlilik ilkesi hakkında bkz. Ayrancı, s. 113 vd.

yapılması halinde bu sözleşmenin klasik satış vaadi niteliğinde bir ön sözleşme olduğu düşünülmelidir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, ön sözleşmeyle amaçlanan, gelecekte imzalanacak bir ön ödemeli konut satış sözleşmesi kurmak değil, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesine konu olan konutun mülkiyetinin gelecekte devrine dair sözleşmenin ön sözleşmesini yapmaktır.

Genellikle yapımına henüz başlanmamış ya da inşaatı devam eden konutlar açısından söz konusu olacak ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinde, satıcı ileride ortaya çıkacak bağımsız bölümleri noterde düzenleme şeklinde yapılacak bir ön ödemeli satış vaadi şeklinde satışa sunacağından, bu durumda, tek başına bir ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin mi ya da eser sözleşmesinin var olup olmadığı tartışılmalıdır.

Öncelikle, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, bir taşınmazın ileride belirli şartlarla belirli bir kişiye satılması borcunu içeren bir ön sözleşme olduğunu ve taraflar arasında aynı değil, nispi sonuçlar doğuran bir nitelik taşıdığını ifade etmek gerekir²⁵⁵. Satıcı ve yüklenicinin aynı kişi olması ihtimali ele alındığında, bir görüşe göre, eğer tek bir fiyat üzerinden anlaşma sağlanmış, yani ortaya çıkacak eser ve mülkiyetin nakli için ayrı ayrı fiyat belirlenmemişse bu durumda satış sözleşmesinin kabulü gerekmektedir²⁵⁶. Başka bir görüşe göre ise, tek fiyat belirlenmiş olsa dahi tarafların iradesi esas alınmalı ve satış ile eser sözleşmelerinden oluşan karma bir sözleşmenin varlığı kabul edilmelidir²⁵⁷.

Bir görüşe göre, ön ödemeli konut satışlarında tüketicinin tek borcu satış bedelini teslimden önce kısmen veya tamamen ödemek iken, satıcı taşınmazın mülkiyetini nakil borcu yanında zilyetliğinin de devri yükümlülüğü altındadır. Zilyetliğin devri ise, satıcının, tüketiciye taahhüt ettiği edimleri tamamıyla yerine getirmesiyle mümkün olabilir. Örneğin, satışa konu konuta takılması gereken klimalar, şömine veya aspiratör gibi cihazların takılmamış olması halinde zilyetliğin devrinden söz edilemez. Böyle bir durumda tüketici, mülkiyetin naklini kabul edebiliyorken, eser sözleşmesine ilişkin

²⁵⁵ Eren, Borçlar Özel, s. 192; Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, 10.Baskı, İzmir 2012, s. 302 vd; Ayrancı, s. 40-48; Von Tuhr, s. 261, 276; Erman, Eşya Hukuku, s. 82; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 391; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 490; Akipek Öcal, Şekil, s. 14.

²⁵⁶ Tandoğan, C. II, s. 47-48 vd.

²⁵⁷ Gümüş, Borçlar Özel, s. 6-8.

edimleri (özel sipariş vs.) kabul etmeme hakkına sahiptir. Bu nedenle, ön ödemeli konut satış sözleşmesi için karma sözleşme tanımında bulunulamaz. Aynı görüş, sözleşmede konuta dair özel sipariş bir edim söz konusu olsa dahi tüketicinin, inşaatın yürütülmesinde talimat verme hakkı olmadığını belirtmektedir. Hatta tüketici, inşaat alanındaki kendi bağımsız bölümüne bile yüklenicinin izni olmadan giremediğine göre, bu tür özel hükümler içeren satışlarda satış ve eser sözleşmesinin birlikte bulunduğu düşünülmemelidir²⁵⁸.

Bir diğer görüşe göre, bu ihtimalde bakılması gereken, inşaat evresindeki yapının tamamlanmasına ilişkin bağımsız bir ifa davasının açılıp açılmayacağını tespitidir. Böyle bir durumda, sadece mülkiyetin nakline ilişkin olarak değil, inşaatın hiç yapılmaması veya gereği gibi yapılmaması ya da geciktirilmesi gibi haller dahil, tüketicinin her biri için ifa davası açma imkanı olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla, burada bir taşınmaz satış vaadi ve eser sözleşmesinden oluşan karma sözleşmenin mevcut olduğunun kabulü ve bu sözleşmelere ilişkin kuralların kıyasen uygulanması gerekmektedir²⁵⁹.

Bir başka görüşe göre ise, sözleşme yapıldığı anda objektif bir imkansızlık bulunmadıkça gelecekteki malların satışı mümkün ve geçerlidir. Henüz inşa edilmemiş yapılardaki müstakbel evler veya bağımsız bölümlerin sözleşmeye konu edilmesi, “üretilecek malın satışı” niteliğinde olduğuna göre, bunların satışı mümkündür. Önceden hazırlanan projeler kapsamında satılan konutların bazı iç ve dış mimari elemanları veya dekorasyonlarının aynı firmaya, tüketicinin kişisel tercihinine göre ısmarlandığı sözleşmeler ise, satış-eser karması sözleşmelerdir. Ne var ki, TBK hükümlerinden farklı olarak, TKHK bakımından satış ve eser sözleşmeleri farklı hükümlere tabi tutulmadığından, bu ayrımın söz konusu kanun çerçevesinde artık bir önemi bulunmamaktadır²⁶⁰.

²⁵⁸ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 10-11 ve dn. 14. Aksi görüşte, Öz, Turgut, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, Şubat 2016, İstanbul.

²⁵⁹ Atamer, s. 224-225.

²⁶⁰ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 140.

Kanaatimizce, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi kapsamında, gelecekte inşa edilip teslim edilecek bir konut söz konusu ise, satış ve eser sözleşmelerinden oluşan karma bir sözleşmenin var olduğu kabul edilmelidir²⁶¹. Her ne kadar, bu sözleşme ağırlıklı olarak bir taşınmaz satışı niteliğinde görünmekte ise de²⁶², sadece taşınmazın mülkiyetinin devri değil, satıcının inşaata hiç başlamaması veya geciktirilmesi ihtimallerinin de göz önünde bulundurulması ve tüketicinin buna bağlı bir talep hakkının varlığı kabul edilmelidir. Aksi görüşün benimsenmesi halinde, konutun tamamlanmaması veya sözleşmeye uygun şekilde teslim edilmeme durumlarında, tüketicinin, konutu inşa eden yüklenicinin sorumluluğuna başvurması belirsiz hale gelebilir²⁶³. Bu durum, ön ödemeli konut satışı sözleşmesini ayakta tutmak isteyen tüketiciyi hem mağdur edecek hem de Kanun'un ortaya koymak istediği amaca da (amaçsal yorum ilkesine) aykırılık oluşturacaktır. Bu konuyla ilgili ayrıntılı inceleme iki alt başlıkta etraflıca yapılacağından şimdilik oraya atıf yapmakla yetiniyoruz^{264 265}.

²⁶¹ Kombine tipli sözleşmelerde taraflardan birinin borcu, birden çok yasal sözleşmenin esaslı unsurunu, asli edimini içermektedir. Ancak, bu edimler arasında bağımlılık değil, az çok birbirine eşitlik, denklik olmalıdır. Buna karşılık, taraflardan üstlendiği edimlerden biri diğerine bağımlı ve ondan çok daha az değer taşıyorsa, karma sözleşmeden bahsedilemez. Bkz. Eren, Borçlar Özel, s. 875-876; Erman, Arsa Payı, s. 5 vd.

²⁶² İnşaat sektöründe tüketici işlemi olarak ortaya çıkan sözleşmelerin büyük bir çoğunluğunu satış sözleşmeleri oluşturmaktadır. Bkz. Öz, Eser, s. 205. Aynı görüşe göre, uygulamada iş sahibinin tüketici olduğu konut inşasına ilişkin eser sözleşmelerine çok nadir rastlanacağı; diğer bir ifadeyle, bir tüketicinin bireysel olarak yüklenici ile anlaşmak suretiyle satın alacağı konutun özelliklerini kendisinin belirlediği ısmarlama bir ev inşaatına sık rastlanmayacağı belirtilmiştir. Bkz. Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 140. Ayrıca bkz. Akipek Öcal, Tüketici İşlemi, s. 16 vd. Karş. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 8-11.

²⁶³ Nitekim, Özmen/Vardar Hamamcıoğlu'na göre, satıcının aynı zamanda yüklenici olmadığı ihtimalde, borç ilişkisinin nispliği ilkesi gereği tüketicinin muhatabı satıcı olmaya devam edecek, yüklenici sadece satıcı/iş sahibine karşı eser sözleşmesi nedeniyle sorumlu olacaktır. Bkz. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 9.

²⁶⁴ Bkz. § 6, V, E.

²⁶⁵ Sözleşmenin karma nitelikte olmasının kabulü sonucunda tüketici, inşa edilecek yapıya ilişkin (örn. yapının kalitesi, metrekaresi, yüksekliği gibi) uyumsuzluklarda satış sözleşmesi hükümlerine, satıcıya vermiş olduğu özel sipariş isteklerinden (özel şömine, ithal mermer, akıllı ev sistemleri, iç veya dış dekorasyona dair özel istekler) çıkabilecek sorunlar için ise eser sözleşmesi hükümlerine göre talepte bulunmalıdır. Tüketici sözleşmeye ilişkin taleplerini öncelikle TKHK ve ilgili yönetmeliklere göre isteyecek, burada bir düzenleme bulunmaması halinde (TKHK md. 83/1 gereği) TBK'nun satış ve eser sözleşmesine ilişkin hükümleri (TBK md. 237 vd.- 470 vd.), burada da bir düzenleme bulunmaması halinde genel hükümlere göre talepte bulunacaktır.

D. Kat İrtifakının Devredilmesi Suretiyle Gelecekte Kat Mülkiyetine Çevrilebilir Bir Proje İnşa Etmeye Yönelik Akdedilen Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi

Uygulamada nadir rastlanacağını düşündüğümüz bir diğer ihtimal ise, kat irtifakının devri suretiyle, gelecekte kat mülkiyetine çevrilebilir bir yapı inşa etmeye yönelik yapılan ön ödemeli konut satışı sözleşmesidir²⁶⁶. ÖÖKSHY md. 6, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin kat irtifakının devredilerek tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle kurulabileceğini düzenlemiştir²⁶⁷. İlgili maddeye göre, üzerinde bina inşa edilecek ve ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusu olan bağımsız bölüme isabet eden arsa payı mülkiyetinin, satıcı tarafından tüketiciye devredilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Dikkat edilirse bu olasılıkta, satıcının ileride ortaya çıkacak bir mülkiyeti nakil borcu kalmamaktadır. Bu nedenle, arsa payına bağlı bir kat irtifakına sahip olan tüketici diğer ihtimallere nazaran daha güvenli bir konumdadır. Zira, binanın tamamlanmasına müteakip kat mülkiyetine geçilmesi ile tüketici satışa konu olan konutun sahibi olacaktır.

Bir görüşe göre, bu ihtimalde de aynı satış vaadi sözleşmesine bağlı inşaat borcunda olduğu gibi yine karma bir sözleşmenin varlığını kabul etmek gerekir. Kat irtifakının devredilmiş olmasına karşın, satıcının eser tesis etme borcu devam ettiği için, buna bağlı olarak tüketicinin ifa davası açma hakkı vardır ve işin niteliğine uygun düştüğü şekilde bu ihtimalde de eser ve satış sözleşmesinin kuralları kıyasen uygulanmalıdır. Aynı görüşe göre, inşaatı yapacak yüklenici ve satıcının farklı kişiler olması halinde, yüklenici, satıcının yardımcı kişisi konumunda olduğundan tüketici, konutun inşasına ilişkin taleplerini yükleniciye karşı da yöneltebilecektir²⁶⁸.

Karşı görüşe göre, satıcı aynı zamanda konutu imal eden konumunda ise ve toplu yapı niteliğinde birden çok bağımsız bölüm inşa ediyorsa, satış sözleşmesi ayrı, eser sözleşmesi ayrı olarak nitelendirme yapılması gerekir. Çünkü satıcı, mimari projede bir

²⁶⁶ Kat irtifakının tanımı, kurulması ve hükümleri konusunda bkz. § 8, I, A, 3.

²⁶⁷ Yönetmelikte her ne kadar kat irtifakından söz edilse de, üzerinde müstakil yapı bulunan parselin de ön ödemeli konut satışına konu olması mümkündür. Bkz. Çabri, s. 213.

²⁶⁸ Atamer, s. 220, 225-226. Karma sözleşme hakkında tanım ve görüşler için bkz. Uzun Kazmacı, Özge, Faktoring Sözleşmeleri, İstanbul 2014, s. 51 vd.

değişiklik yapmadan, tüketicinin özel istekleri doğrultusunda (örn. özel bir şömine, ithal mermer vs.), tapuda yapılan kat irtifakı resmi senedinde yer almayan ve bedeli ayrıca saptanan bir eser sözleşmesiyle tüketicinin özel isteklerini taahhüt edebilir²⁶⁹. Böyle bir özel sipariş veya isteğin söz konusu olması durumunda tüketici yapılan işleri kontrol ederek, işlerin kendi arzusuna göre yapılıp yapılmadığını denetleme imkanına sahip olduğu için ön ödemeli konut satışından ayrı bir eser sözleşmesinin varlığı tartışılmalıdır²⁷⁰. Burada tüketicinin edimi sadece satış bedelini kısmen veya tamamen teslimden önce ödemek iken, satıcının edimi, taşınmazın hem mülkiyetini hem de zilyetliğini tüketiciye devretmektir. Zilyetliğin devri ise konutun imaline ilişkin edimlerin tamamlanması ve hakimiyetinin tüketiciye bırakılmasıyla gerçekleşir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, tüketicinin, eser sözleşmesine ilişkin edimler tamamlanmadığı sürece zilyetliğin devrine yönelik satıcının önerisini kabul etmeme hakkının olmasıdır. Başka bir ifadeyle, özel olarak sipariş edilen ve yapılması gereken edimler yapılmamış ise (örn. belirli marka klima veya ankastre ürünler gibi) artık zilyetliğin devrinden söz edilemez ve böyle bir durumda karma sözleşme nitelendirilmesi yapılamaz²⁷¹. Zira, ön ödemeli konut satışında mülkiyetin devri borcu ile beraber zilyetliğinin de devri gerektiği için, eser sözleşmesine ilişkin edimler açısından eksik ifa tüketici tarafından kabul edilmeyebilir²⁷².

Hatırlanacağı üzere, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin unsurlarından biri, satıcının, satış bedelinin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir ve teslim etmeyi üstlenmiş olması idi. Ancak bu ihtimalde, kat irtifakı baştan devredilmekle, aslında tüketiciye gelecekte borçlanılmış olan konutun mülkiyeti sözleşmenin kurulmasıyla devredilmektedir. Bu nedenle bazı yazarlar, kat irtifakının tüketiciye baştan devredilmesinin, ön ödemeli konut satışlarının temel niteliklerinden olan “önce öde, sonra teslim al” ilkesi ile bağdaşmadığını ve dolayısıyla bu ihtimalde

²⁶⁹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 9-10.

²⁷⁰ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 10.

²⁷¹ Aksi görüşte, Öz, Eser, s. 205-206, 227.

²⁷² Tüketici konutun zilyetliğini devraldığına dair teslim belgesi imzalamış olsa dahi, konutun yapı kullanım izin belgesi alınmamışsa ya da konut teslim hazır değilse, bu belge satıcının borcunu gereği gibi ifa ettiğini göstermez. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 10-11, dn. 14. İnal ise, satışa konu olan bağımsız bölümün makette veya ilanlarda belirtildiği şekilde olmamasını eksik (kötü) ifa olarak nitelendirmiştir. İnal, s. 634.

artık ön ödemeli konut satışının söz konusu olmadığını öne sürmüşlerdir²⁷³.

Karşı görüş ise, bu düşüncelerin, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin sadece satış sözleşmesi olabileceği mantığına dayandığını ve bu yaklaşımın doğru bir yaklaşım olmadığını belirtmektedir²⁷⁴. Bize göre bu durumda dikkat edilmesi gereken, kat irtifakı devredilse dahi eser meydana getirme borcunun devam ettiğinin kabulüdür. Fakat, burada eser meydana getirme borcu kat irtifakı sahiplerine ait değildir. Kat irtifakının devri ile tüketici her ne kadar bir yapı meydana getirme yükümlülüğü altına girmekte ise de bu borç (klasik kat irtifakından farklı olarak) konutun inşa edilmesi anlamında bir borç değildir²⁷⁵. Tüketici burada, sözleşme ile borçlandığı satış bedelini ödemek ve inşaatın yapılmasına ilişkin her türlü engelleyici davranıştan kaçınmakla yükümlüdür. İnşaatı meydana getirecek olan ise yüklenicidir. Bu nedenle, yükleniciler uygulamada, her irtifak sahibiyle ayrı ayrı inşaat sözleşmesi yapmakta ve bu sözleşmeyle binayı ve dolayısıyla bağımsız bölümleri inşa edip teslim etmeyi borçlanmaktadır²⁷⁶. Yüklenicinin, satışa konu arsada pay sahibi olması sözleşmenin mahiyetini etkilemez²⁷⁷.

E. Satıcı ve Yüklenicinin Farklı Kişiler Olması

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde yüklenici, inşa edeceği konutların pazarlama ve satış işini başka bir firmaya devretmiş olabilir. Bu ihtimalde tüketici, yapıyı imal eden yüklenici (müteahhit-inşaat şirketi) ile değil, sadece bu yapıdan ortaya çıkacak bağımsız bölümleri pazarlayıp satan (emlakçı-aracı-pazarlama şirketi vb.) satıcı ile muhattap olmakta, sözleşmeyi onunla yapmaktadır. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi kapsamında satışa konu konutun teslim edilmediği veya ayıbın söz konusu olması durumunda tüketicinin satıcıyla birlikte yükleniciye karşı bir talepte bulunup bulunamayacağı konusunda Kanunda bir düzenleme yoktur. Ancak bu soru öğretide iki

²⁷³ Makaracı'ya göre, satıcı, tüketiciye konutun mülkiyetini baştan devrettiği için bu ihtimalde ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Mülkiyetin naklinden sonra yapılan ödemeler taksit ödemeleridir. Bkz. Makaracı, Konferans, s. 241, 265. Yeniocak, kat irtifakının baştan tüketiciye devredilmesinin, ön ödemeli konut satışı sözleşmesine hakim olan "önce öde, sonra al" mantığına ve ekonomik işlevine uymadığını ifade etmektedir. Bkz. Yeniocak, s. 51.

²⁷⁴ Atamer, s. 225, dn. 513.

²⁷⁵ Bu konu hakkında diğer açıklamalar için bkz. § 8, I. A, 3, c.

²⁷⁶ Özakman, Cumhuriyet, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (Der: İnceoğlu, Murat), İstanbul 2015, s. 265.

²⁷⁷ Atamer, s. 226, dn. 514.

farklı şekilde yanıtlanmıştır.

Bir görüşe göre, satıcının aynı zamanda yüklenici olmadığı ihtimalde, borç ilişkisinin nispiyeti ilkesi gereği tüketicinin muhatabı yine satıcı olmaya devam edecek, yüklenici sadece satıcı/iş sahibine karşı eser sözleşmesi nedeniyle sorumlu olacaktır. Sözleşmenin ani edimli niteliğinden dolayı yüklenicinin, ifa yardımcısı sayılarak (TBK md. 61) tüketiciye müteselsilen sorumlu olması dahi söz konusu değildir. Hatta satıcının iflas etmesi halinde, konuta dair bir ayıplı teslimin söz konusu olması durumunda bile tüketici, yüklenicinin sorumluluğuna gidemeyecek, satıcı sorumlu olmaya devam edecektir²⁷⁸.

Karşı görüşe göre ise, yüklenici satıcının yardımcı kişisi konumundadır ve bir eser meydana getirme taahhüdü altındadır. Bu nedenle, tüketicinin sadece bir konutun mülkiyetinin devrine ilişkin talebi değil, doğrudan eserin inşasına ilişkin bir talebi de kabul edilebilmelidir²⁷⁹.

Borçlar hukuku sisteminde ise, borçlunun hizmet ve yardımlarından yararlandığı yardımcı kişilerle alacaklı arasında doğrudan doğruya bir borç ilişkisinin olmadığı, borç ilişkisinin sadece sözleşmenin tarafları arasında kurulduğu kabul edilmektedir²⁸⁰. Borçlunun bizzat ifa etmek zorunda olduğu haller dışında, borcun üçüncü şahıs tarafından ifasının alacaklı için farksız olduğu hallerde, ifa üçüncü şahsa bırakılabilir. Bununla birlikte, taraflar, borcun üçüncü şahıs tarafından ifa edileceğini sözleşmede kararlaştırma yoluna da gidebilir²⁸¹. Üçüncü kişinin ifa etmesi gereken borcu gereği gibi ifa etmemesi veya ayıplı ifada bulunması halinde, TBK md. 116 devreye girerek, üçüncü şahsın borca aykırı davranışlarından dolayı, borçlu sorumlu tutulabilecektir²⁸².

²⁷⁸ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 9. Nitekim, satıcıya mal üreten bir imalatçı veya terziye kumaş sağlayan bir toptancı ifa yardımcısı olarak kabul edilemez. Bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 1075.

²⁷⁹ Atamer, s. 220.

²⁸⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 1071.

²⁸¹ Oğuzman/Öz, s. 198-199; Reisoğlu, s. 293 vd.

²⁸² Borçlunun sorumlu olabilmesinin şartları şunlardır; Borçlu ile zarar gören arasında bir borç ilişkisi bulunmalı ve borçlu borcun ifasını yardımcı kişiye bırakmış olmalıdır. Borcun ifasının yardımcı kişiye bırakılması caiz olmalı ve yardımcı kişinin davranışından dolayı bir zarar oluşmalıdır. Geniş bilgi için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 1072-1083.

Kanaatimizce satıcı, yüklenici ve tüketicinin birlikte taraf olduğu bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde, konutun yüklenici tarafından imal edilip teslim edileceğine dair bir kayıt varsa, bu durumda yüklenicinin sorumluluğuna başvurmanın önünde bir engel yoktur. Böyle bir kaydın olmadığı durumlarda, işin niteliğine göre karar vermek daha isabetli görünse de konutun teslim edilmemesi veya ayıplı teslimden dolayı yüklenicinin sorumluluğuna başvuramamak, tüketiciyi hem mağdur eder, hem de Kanun'un ortaya koymak istediği amaçla (amaçsal yorum ilkesiyle) çelişir²⁸³.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin, ileride inşa edilecek bir yapı bakımından söz konusu olduğu ve satıcı ile yüklenicinin ayrı kişiler olması durumunda, satıcı ve yüklenicinin müteselsil sorumluluğunu kabul etmek hem Kanun'un ruhuna hem tüketicinin çıkarlarına uygundur. Aksi görüşün kabulü halinde, yüklenicinin sorumluluğuna başvurmak mümkün görünmemektedir²⁸⁴. Kaldı ki, yapılan işlemin bir tüketici işlemi olduğu hatırlanmalıdır. Her ne kadar, tüketici ile yüklenici arasında bir inşaat (eser) sözleşmesi bulunmasa bile TKHK md. 11/2, görüşümüzü destekler niteliktedir. Nitekim, TKHK md. 11/2'ye göre “*Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir. Bu fıkradaki hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur*”²⁸⁵ ifadesi, bu görüşümüzün dayanağıdır²⁸⁶. Bununla birlikte, TKHK md. 11/4'de “*...ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi durumunda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azami otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur*” şeklinde belirtilen düzenlemeden de satıcı ve konutu üreten kişi olan yüklenicinin müteselsil sorumlu olduğu sonucuna

²⁸³ Sirmen, Armağan, s. 2473; Özel, Çağlar, Hukuksal Açıdan Tüketicinin Korunması ve Tüketicinin Korunma Gerekliliğine İlişkin Bir Değerlendirme, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 26, S.1, 2008, s. 287-299.

²⁸⁴ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu'na göre, borç ilişkisinin nispiyeti ve sözleşmenin ani edimli niteliğinden dolayı, satıcı ile yükleniciyi birlikte sorumlu tutmak mümkün değildir. Bkz. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 9.

²⁸⁵ İlgili madde de belirtilen “ithalatçı” sözcüğü, konut satışları bakımından bir anlam ifade etmese de, “üretici” tabiri, inşaat sektöründe ticari maksatla konut üreten yükleniciyi ifade eder. Bkz. Öz, Eser, s. 227.

²⁸⁶ Konut misli bir eşya olmadığından, değiştirilmesi pek mümkün görünmemekle birlikte, bir binadaki dairenin cephe, kat ve konumunun (şerefiye) diğerleriyle aynı olmasına sık rastlanmaz. Bkz. Duman, Mete, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu, s. 203. Aynı yönde, Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 150.

varılabilir²⁸⁷.

§ 7. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN DİĞER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI

I. Taşınmaz Satış Sözleşmesinden Farkları

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız gibi, klasik taşınmaz satışı özelliklerini de barındıran bir sözleşmedir. Klasik taşınmaz satış sözleşmelerinde satıcı, alıcının satış bedelini önce veya sonra ödenmesi fark etmezsiniz, tapuda satışa konu taşınmazın mülkiyetini devretmeyi üstlenmektedir. Burada genel ilke, “borcun ayna anda ifası” ilkesidir (TBK md. 207/2). Taraflar, taşınmaz satış sözleşmesinde alıcının satış bedelini ne zaman ödeyebileceğini serbestçe kararlaştırabiliyor iken, ön ödemeli konut satışında alıcı olan tüketici, satış bedelinin bir kısmını veya tamamını, satıcının ediminden önce yerine getirmiş olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, satış bedelinin, satışa konu taşınmazın mülkiyetinin devrinden önce en azından bir kısmının ödenmiş olması gerekir ki, ön ödemeli bir konut satışından söz edilebilsin²⁸⁸. Bu husus, ön ödemeli konut satışlarını, taşınmaz satışından ayıran en önemli özelliktir.

²⁸⁷ TKHK md. 44 gerekçesinde, konutun sözleşmede belirlenen zamanda veya nitelikte teslim edilmemesi halinde, tüketiciye kat irtifakı devredilmiş olsa dahi, bu durumun, tüketicilerin haklarını aramalarının önünde bir engel olarak yorumlanamayacağı ifade edilmiştir. Nitekim, Yargıtay’a göre yüklenici, tüketicinin sözleşme yaptığı taraf olmasa bile sorumlu olmaya devam eder. Yargıtay 13. HD 21.1.2014 T. 2013/26271 E. 2014/1411 K. “...Davacının dava konusu daireyi dava dışı S..Ö..D..’ten tapuda devir aldığı anlaşılmaktadır. Davacı ile davalı arasında sözleşme ilişkisi mevcut olmamakla birlikte davacı 4077 Sayılı Yasada düzenlenen davalının imalatçı-üretici sıfatı ile sorumluluğuna dayanmıştır. 4822 sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 4. maddesinin 3. fıkrasında, “İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve.....kredi veren ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kişi sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar.” denilmektedir. Davalının, dava konusu taşınmazın imalatçı-üreticisi olduğu dosya kapsamından anlaşılmakta olup esasen davalının bu konuda itirazı da bulunmamaktadır. Davacı, davalının imalatçı-üretici sıfatıyla sorumlu olduğunu ileri sürmüş olduğundan talebi yasaya dayanmaktadır. Kaldı ki, davacı evi satın aldığı ilk malikle imzaladığı temlikname ile ilk malikin tüm haklarını devralmıştır. Bu nedenlerle davacının aktif husumet ehliyeti vardır. Öyle olunca mahkemece işin esasına girilerek taraf delilleri toplanıp değerlendirildikten sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde davanın aktif husumet nedeniyle reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir”.

²⁸⁸ Eren, Borçlar Özel, s. 176 vd; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 15; Zevkliler/Gökyayla, s. 58; Tandoğan, s. 223 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 357 vd.

Her iki sözleşme karşılaştırıldığında, sözleşmenin tarafları açısından da farklılıklar olduğu görülmektedir. Taşınmaz satışında, tarafların kim olduğu ve hangi amaçla hareket ettiği esaslı bir unsur değilken, ön ödemeli konut satışında yapılan işlem TKHK md. 2 anlamında tüketici işlemi olmalıdır. Bunun yanında, taşınmaz satış sözleşmesinin konusunu, tapu kütüğüne kayıt edilebilen her türlü taşınmaz oluşturabiliyorken, ön ödemeli konut satışına konu olacak taşınmaz sadece barınma amaçlı kullanıma uygun bir konut veya müstakil yapılar olmaktadır.

II. Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesinden Farkları

Ön ödemeli taksitle satış, alıcının taşınır bir malın satış bedelini önceden kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlendikleri satıştır, (TBK md. 264). Ön ödemeli taksitle satışlarda alıcı, taşınır bir malın bedelini öncelikle ödeme yükümlülüğü altında olup, bu ödemeler taksitler halinde gerçekleşmektedir²⁸⁹. İlgili düzenlemeye göre, tüketicinin satış bedelini tamamen ödedikten sonra satılanın alıcıya devredileceğinin kararlaştırılmış olması gerekir²⁹⁰. Yani satıcı, (ön ödemeli konut satışlarından farklı olarak), satış bedelinin tamamını tahsil ettikten sonra, satış konusu malı devretme yükümlülüğü altındadır. Halbuki ön ödemeli konut satışlarında satıcı, satış bedelinin kısmen veya tamamen ödenmesine müteakip taşınmazın mülkiyetini nakil borcu altına girmektedir. Diğer bir ifadeyle, satış bedelinin belirli bir kısmının ödenmiş olması (taraflar arasındaki anlaşmaya bağlı olarak) satıcının mülkiyeti nakil borcunu muaccel hale getirebilir.

İki sözleşme arasındaki diğer bir fark kendisini sözleşmenin konusunda gösterir. Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin konusunu taşınır oluşturuyor iken, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusunu taşınmazlar oluşturur. Alıcı, ön ödemeli taksitle satışın ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz süreli ise ödemelerini

²⁸⁹ Ansay, s. 5; Eren, Borçlar Özel, s. 255-256; Aslan, s. 388-391; Akçaal, s. 64-68; Kara, s. 847 vd. Karş. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 12.

²⁹⁰ Her ne kadar ilgili hükümde, ön ödemeli satışın varlığı için teslimden önce satış bedelinin tamamının ödenmiş olması gerektiği gibi bir algı oluşsa da, ön ödemeli sözleşmelerde önemli olan, malın tesliminden önce satış bedelinin bir kısmının ödenmiş olmasıdır. Bkz. Gümüş, s. 250. Ayrıca bkz. Yeniocak, s. 44; Ozanoğlu, s. 153-158; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 12; Makaracı, s. 42 vd. Ön ödemeli konut satışı ile ilgili tanımlamaların, TBK md. 264 ile uyumlu olduğu görüşünde, Aydoğdu, s. 88.

sözleşmede kararlaştırılan bir bankada kendi adında açacağı hesaba yatırmaktadır. Alıcı satılanın devrine kadar sözleşmeden cayma hakkını kullanırsa, satıcı, bu hesap üzerindeki tüm haklarını kaybetmektedir (TBK md. 265, 269). Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde ise böyle bir prosedür uygulanmamakla birlikte, satıcının teminat sağlama yükümlülüğü söz konusudur.

III. Taksitle Satış Sözleşmesinden Farkları

Taksitle satış sözleşmesi hukukumuzda hem Türk Borçlar Kanunu hem de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre, TBK md. 253'de taksitle satış, "*Satıcının, satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satış*" şeklinde tanımlanmış, TKHK md. 17/1'de ise "*Satıcı veya sağlayıcının malın teslimi veya hizmetin ifasını üstlendiği, tüketicinin de bedeli kısım kısım ödediği sözleşme*" olarak ifade edilmiştir. İBK 226 (a) hükmü ise taksitle satışı, satıcının alıcıya taşınır bir şeyi satış parasının tamamıyla ödenmesinden önce teslim etme ve alıcının da satış parasını kısmi edimlerle ödeme borcu altına girdiği satış olarak tanımlamıştır²⁹¹.

Yukarıda bahsedilen maddeler incelendiğinde, taksitli satış sözleşmesinde satıcı, taşınır bir malın teslimini satış bedelinin ödenmesinden önce ifa etmektedir. Alıcı ise, malın kendisine teslim edilmesinden sonra satış bedelini kısım kısım ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Diğer bir ifadeyle, taksitle satış sözleşmesinde mal, satış bedelinin ödenmesinden önce alıcıya teslim edilmektedir. Bu husus, taksitle satış sözleşmesini ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden de ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden de ayırmaktadır. Zira, ön ödemeli satış sözleşmelerinde satışa konu mal, satış bedelinin bir kısmı veya tamamı ödendikten sonra alıcıya teslim edilir²⁹².

²⁹¹ Ozanoğlu, s. 44; Aslan, s. 523; Kara, s. 842; Şahin, s. 231. Taksitle satış sözleşmesinin TBK ve TKHK düzenlemeleri arasındaki farklılıklar için bkz. Özel, s. 141; Özdemir, Hayrunnisa/Korkmaz, Yakup, Taksitle Satış Sözleşmeleri, Milli Şerh (Edt: Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), İstanbul 2016, s. 386 vd; Atamer, s. 39 vd.

²⁹² İnal, Şerh, s. 733-735; Akçaal, s. 65 vd; Gümüş, s. 156 vd; Kara, s. 849, Özel, s. 145 vd; Aslan, s. 384; Eren, s. 238; Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2012, s. 139. Satış bedelinin tamamına yakın kısmının satıcıya malın tesliminden önce ödenmesi halinde, sözleşmenin ön ödemeli satış niteliğinde olduğu görüşünde, Makaracı, s. 52; Ozanoğlu, s. 162; Ünlütepe, s. 102;

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile taksitle satış sözleşmesindeki diğer bir fark kendisini sözleşmenin konusunda göstermektedir. Buna göre, taksitle satış sözleşmesinin konusunu taşınır oluşturan iken, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusunu taşınmazlar oluşturur. Yeri gelmişken, taşınmazların taksitle satışa konu olup olamayacağı hususunu da açıklamak gerekir. Doktrinde yıllardır tartışılan²⁹³ bir konu olan taşınmazların taksitle satış sözleşmesine konu olup olamayacağı mevzuu, TKHK md. 17/1 ile bir anlamda açıklığa kavuşmuştur. Zira yukarıda belirttiğimiz kanun metni içerisinde taksitle satış sözleşmesinin konusu “mal” olarak ifade edilmiş, “mal” kavramının tanımı ise TKHK md. 3/1-h’de açıklanmıştır. Buna göre, “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 mallar” bu kavramın içerisinde girmektedir. Dikkat edilirse, ilgili hükümde “konut ve tatil amaçlı taşınmazlar” da mal kavramının içine sokulmuş ve böylece konut ve tatil amaçlı taşınmazların da taksitle satış sözleşmesine konu olabileceği hüküm altına alınmıştır²⁹⁴.

§ 8. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL

I. Genel Olarak

Türk özel hukukunun temel ilkelerden biri sözleşme özgürlüğüdür. Bunun sonucu olarak da sözleşmelerde şekil serbestisi prensibi geçerlidir²⁹⁵. Diğer bir anlatımla, sözleşmenin geçerliliği için herhangi bir şekil şartına uyulması zorunluluğu olmayıp, tüketici sözleşmeleri bakımından da aynı ilke söz konusudur. Taşınmaz satışına ilişkin düzenlemeler ise TMK md. 706/1 ve TBK md. 237 çerçevesinde hüküm altına

Akçaal, s. 81. Ön ödemeli satış sözleşmesinin malın teslim edilmesinden sonra, taksitle satış sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşünde, Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 14-15.

²⁹³ Tartışma ve görüşlerin tümü hakkında bkz. Şahin, s. 232-236; Özdemir/Korkmaz, s. 405.

²⁹⁴ Bu konu hakkında ayrıca bkz. Gümüüş, Borçlar Özel, s. 178; Şahin, s. 237; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 14; Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 92 vd; Aydoğdu, Taşınmaz, s. 23; Tiryaki, Betül, Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, İstanbul 2007, s. 53; Özdemir/Korkmaz, s. 405.

²⁹⁵ Daha geniş açıklamalar için bkz. Erman, Hasan, Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İHFM, C.XXXVIII, 1972. s. 1-4; İnal, İnşaat, s. 202.

alınmıştır²⁹⁶. İlgili düzenlemeler gereğince taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmeler resmi şekilde yapılmadıkça kesin hükümsüzdür^{297 298}. Buna göre, taşınmaz satışına ilişkin sözleşmeleri düzenleme yetkisi münhasıran tapu sicil müdürleri ile tapu sicil görevlilerine aittir. Bu nedenle, tapu müdürlükleri dışında yapılacak işlemler mülkiyetin nakli anlamında herhangi bir sonuç doğurmaz.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin hangi şekilde yapılacağı TKHK md. 41/1’de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, “*Ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi, satış vaadi sözleşmesinin ise noterde düzenleme şeklinde yapılması zorunludur*”. Hükmün gerekçesinde, bu düzenlemenin tüketiciyi koruma amaçlı getirildiği belirtilmiştir. Kanun koyucu, zayıf konumda olan tüketiciyi satıcıya karşı korumak istemiş, tüketicinin acele bir karar vermek yerine iyice düşünerek bir sonuca varmasını amaçlamış olduğu söylenebilir. Özellikle uygulamada taraflar, resmi şekilde yapılan sözleşmelerin masraf külfetinden dolayı taşınmaz mülkiyetinin devrini içeren bir satış sözleşmesini adi yazılı şekilde yapmakta, tüketici de bu sözleşmeye güvenerek satış bedelini ödemektedir. Resmi şekilde yapılmayan bu sözleşmenin geçerliliği olmadığı için tüketici, satıcının mülkiyeti devretmediği hallerde hakkını dava yoluyla dahi arama imkanına sahip olmadığından ciddi mağduriyetler yaşanmaktadır. Kanun koyucu bu sözleşmenin resmi şekilde yapılmasını hüküm altına alarak bir anlamda

²⁹⁶ TMK md. 706/1: Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.

TBK md. 237: Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır. Taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz.

²⁹⁷ Taşınmazların aynına ilişkin tasarrufların resmi şekilde yapılma zorunluluğunun üç istisnası vardır. Bunlar; TOKİ tarafından yapılan inşaatlardan satın alınan konutlar; alacağın temlik hükümleri kapsamında müteahhitten alınan taşınmazlar; resmi şekil şartının yerine getirilmediğinin ileri sürülmesinin, TMK md 2/1 gereği dürüstlük kuralına aykırı sayıldığı hallerdir. Bu konuda daha geniş bilgi ve izahat için bkz. İnal, s. 660-663.

²⁹⁸ Bir sözleşmenin resmi şekil şartına bağlanmış olmasının sebebi tarafların dikkatli olmaları ve özenli davranmalarını sağlamanın yanında üçüncü kişilerin ve kamu yararının korunmasıdır. Resmi memur önünde yapılan işlemler, hukuki işlemin eksiksiz ve açık bir şekilde yapılmasını sağlar. Bununla beraber, şeklin sağladığı bir diğer fayda, resmi şekilde yapılmış olan senetlerin adi senetlere göre daha kuvvetli delil olma özelliklerinin bulunmasıdır. Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm, Kommentar, Obligationenrecht BD V. 3, Zürich 1945, Art. 13, N. 14; Schönenberger/Jäggi, Zürcher Kommentar Bd. V Obligationenrecht, Teilband Ia, 3. A., Zürich 1973, Art 11, N. 4; Karabel, Emine Gökçe, Yazılı Şekil Şartı, Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2015, s. 29 vd; Karlı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 587; Tekinay, S.Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, s. 126; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 301 vd; Antalya, s. 472; Oğuzman/Öz, s. 123 vd; Erman, Eşya Hukuku, s. 80; İnal, s. 658; Eren, Borçlar Genel, s. 264 vd; İnal, İnşaat, s. 202.

(ileride bahsedileceği üzere) tüketiciyi geçersiz biçimde yapılmış sözleşme için korumak istemektedir.

TKHK md. 41/1 incelendiğinde, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin iki şekilde yapılabileceği anlaşılmaktadır. Bunlar; tapu müdürlüğünde yapılan ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ve noterliklerde yapılan ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesidir.

A. Sözleşmenin Taşınmaz Satışı Şeklinde Yapılması

1. Ön Ödemeli Konut Satışının Tapu Siciline Tescil Edilmesi Sorunu

TKHK md. 41 incelendiğinde “*Ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi... zorunludur*” şeklindeki ifade dikkat çekicidir. Kanun koyucu bu madde ile ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tapuda “tescil” edilmesini düzenlemiş olmakla esasen eşya hukuku ilkelerini de göz ardı etmiş bulunmaktadır²⁹⁹. Tescil, eşya hukukundaki teknik anlamıyla, tapu kütüğünde taşınmaza ait sahifeye, o taşınmaz üzerindeki aynı hakların yazılmasını ifade eden özel ve teknik bir terimdir³⁰⁰. Tescil talebi bir tasarruf işlemi olup, taşınmaza ilişkin aynı bir hakkın tapu kütüğüne kaydedilmesi olarak ifade edilmektedir³⁰¹. Tapu siciline hakim ilkelerden biri olan “*tapu siciline sadece kanunda belirtilen kayıtların tescil edilebileceği*” prensibi ise TMK md. 1008’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, tapu siciline sadece mülkiyet, irtifak hakları, taşınmaz yükleri ve rehin hakları tescil edilebilir³⁰².

Dolayısıyla, en başta ifade etmek gerekir ki, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin ilgili hükümde geçen şekliyle tapu siciline “tescil” edilmesi mümkün değildir. Doktrinde

²⁹⁹ İlgili maddenin ağır ve haklı eleştirileri için bkz. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 30-31; Gümüş, s. 255; Makaracı, Konferans, s. 249; Karakocalı/Kurşun, s. 131.

³⁰⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 201; Eren, Mülkiyet Hukuku, s. 205; Erman, Eşya Hukuku, s. 38; Esener, Turhan/Güven, Kudret, Eşya Hukuku 5. Baskı, Ankara 2012, s. 125; Ertaş, s. 263-264 vd; Akipek/Akıntürk, s. 283 vd.

³⁰¹ Erman, Eşya Hukuku, s. 38; Esener/Güven, s. 125; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 201; Eren, Mülkiyet, s. 205; Ertaş, s. 263-264 vd; Akipek/Akıntürk, s. 283 vd; Yeniocak, s. 47; Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014, s. 80; Nomer, Haluk/Ergüne, Serkan, Eşya Hukuku, İstanbul 2014, s. 107 vd; Karakocalı/Kurşun, s. 131.

³⁰² Sicile kaydedilen taşınmazlar ve önceki MK karşılaştırması için bkz. Doğan, İzzet, Türk Medeni Kanununda Zamanaşımı Süreleri, İstanbul 2007, s. 507.

büyük çoğunluk bu maddenin hatalı olarak ifade edildiği görüşünde birleşmektedir³⁰³. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tapu siciline tescil edilmesinin mümkün olmaması nedeniyle nasıl bir yorum yapılacağı açıklanmaya muhtaçtır. Zira, eşya hukukuna ait bu açık ilke ortada iken, kanun koyucu ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tapu siciline tescil edilmesi ifadesiyle neyi kast etmek istemiş, diğer bir söyleyişle neyi amaçlamıştır? Bu soruyu öğretideki çeşitli görüşler ışığında cevaplamak ve değerlendirmede bulunmak gerekir.

Bazı yazarlar, ilgili maddede sözü edilen “sözleşmenin tapu siciline tescil edilmesi” cümlesinin, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden doğan hakkın tapu siciline “şerh” edilmesi şeklinde düşünülmesi gerektiğini ileri sürmektedir³⁰⁴. Aynı görüş, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin çoğunlukla satış vaadi şeklinde gerçekleşeceğinden ve ön ödemeler bitmeden konutun tescilinin yapılmasının mümkün olmadığından bahisle maddede geçen “sözleşmenin tescili” ifadesinin “sözleşmenin şerhine” şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir³⁰⁵.

Türk hukukunda şerhin konusunu (tescilden farklı olarak) sadece kişisel haklar oluşturur. Kişisel hakların şerh edilebilmesi ise, ancak kanunda sınırlı sayıda sayılan sözleşmelerden doğan haklar için söz konusudur ve tüm kişisel hakları kapsamaz³⁰⁶. Sözleşmeden doğan bazı kişisel hakların tapuya şerh edilmesinin niteliği doktrinde “eşyaya bağlı borç” olarak kabul edildiğine göre³⁰⁷ bunun sonucunda şerh edilen kişisel

³⁰³ Sirmen, Lale, Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Olarak Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Ankara 2014, s. 161; Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 103-104, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 143; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 30-31; Yeniocak, s. 46-48; Gümüş, s. 255; Makaracı, Konferans, s. 249; Aydoğdu, s. 88-89; Acar, s. 19; Çabri, Şerh, s. 659; Karakocalı/Kurşun, s. 131.

³⁰⁴ Aydoğdu, s. 88-89; Karakocalı/Kurşun, s. 131; Kara, s. 888.

³⁰⁵ İlgili görüşe göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin mantığında “önce öde, sonra teslim al” ilkesi geçerlidir. Sözleşmenin tapuya tescil edilmesi bu ilkeyle de ters düşmektedir. Ön ödemeler bitmeden konutun tescili uygulamada pek mümkün olmadığından ön ödemeli konut satışı sözleşmesi satış vaadi şeklinde yapılacak ve bu satış vaadi sözleşmesi de TMK md. 1009 uyarınca tapuya şerh verilebilecektir. Bkz. Aydoğdu, s. 88-89.

³⁰⁶ TMK md. 1009: Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir.

³⁰⁷ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Sungurbey, Şerh, s. 3 vd; İmre, Zahit, Aynı Hak Mefhumu Üzerine Düşünceler, Samim Gönensay’a Armağan, İstanbul 1955, s. 355; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 39; Yeniocak, s. 48; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 216 vd.

hak bir aynı hakka dönüşmez, sadece şerh verilen hakkın üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi imkanı verir. Bunun yanında, sözleşmeden doğan kişisel bir hakkın tapuya şerh verilebilmesi için bazı şartların bulunması gerekmektedir. Bu şartların ilki, şerh verilecek hakkın kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekliliğidir. İkincisi, taraflar arasında bir şerh anlaşması yapılmış olmalıdır³⁰⁸. Üçüncü olarak, tasarruf yetkisi olan şahıs tapu müdürlüğüne başvurarak şerh talebinde bulunmalıdır.

Yukarıda zikredilen şartlar tek tek ele alındığında ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin “tescil” edilmesi ifadesinin “şerh edilmesi” şeklinde anlaşılması gerektiği şeklindeki düşünceye katılmamız mümkün görünmemektedir. Kaldı ki, uygulamada bu sözleşmenin tapuya şerh verilmesi gibi bir durum da söz konusu olmamaktadır. İlgili görüş, ÖÖKSHY yürürlüğe girmeden önce öne sürülen bir görüş olduğundan ilgili yönetmeliğin çıkmasıyla artık tartışma konusu olmaktan çıkmıştır. Zira, kanun koyucunun, TKHK md. 41/1 hükmüyle taşınmaz mülkiyetinin tüketiciye devrini amaçladığı anlaşılmaktadır³⁰⁹.

Gümüş, ön ödemeli konut satışı sözleşmesine dayalı tescil talebi ve tescili bu sözleşmenin “kurucu olgusu” olarak görmekte, dolayısıyla da ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tapu kütüğüne tescil edilmedikçe yokluk yaptırımı ile sakat olacağını işaret etmektedir. Aynı yazar, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin bu şekliyle dar anlamda bir “real sözleşme” olarak ortaya çıktığını öne sürmektedir³¹⁰.

Yeniocak da, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin “real nitelikte bir borç sözleşmesi” olduğunu belirtmekte ve sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların birbirine uygun irade

³⁰⁸ Tapu K. md. 26/7 gereğince, noterler tarafından tanzim edilen gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri taraflardan birinin isteği ile şerh anlaşması aranmaksızın gayrimenkul siciline şerh verilebilir.

³⁰⁹ Çabri, Şerh, s. 663, dn. 49. Yeniocak’a göre ise, ilgili hükmün lafzı, tescilden ziyade, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin bir şerh imkanı verdiği izlenimi yaratsa da ilgili maddenin kaleme alınış şekli isabetli değildir. Hükmün amacına göre, ya satış sözleşmesinden tüketici lehine doğan hakkın tapu siciline şerhi ya da mülkiyet hakkının tüketici adına tescili yönünde bir düzenleme yapılması gerekirdi. Bkz. Yeniocak, s. 47-48.

³¹⁰ Gümüş, s. 255. Ancak yazar, sonraki bölümde, geçersiz biçimde yapılan sözleşmenin batıl olduğunu ifade etmekte ise de mevcut geçersizliğin tüketici aleyhine olacak şekilde satıcı tarafından ileri sürülmesinin yasa tarafından bir varsayım olarak “hakkın kötüye kullanılması” hali olarak görüldüğünü belirtmiştir. Bkz. Gümüş, s. 256. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu ise Tapu Sicil Teşkilatının uygulamaları yüzünden real sözleşmelerin hala hukuk hayatında var olduğundan söz etmiştir.

beyanlarını yeterli görmemektedir. Yazar, bu irade beyanlarına maddi bir olgunun (teslim), eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Aynı görüşe göre, kanun koyucu TKHK md. 41/1 hükmünde, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin şekil şartı olarak, sadece sözleşmenin (borçlandırıcı işlemin) tapu memuru tarafından resmi olarak düzenlenmesini yeterli görmemiş, bunun yanında taşınmaz mülkiyetinin tüketici adına tescilini de öngörmüştür³¹¹.

Çabri'ye göre, kanun koyucu ilgili hükümde geçen “tescil” ifadesini bilinçli olarak kullanmamıştır. Yazara göre Türk hukukunda taşınmaz satış sözleşmesiyle birlikte satıcı tescil talebinde bulunmakta ve araya zaman girmeksizin tescil işlemi yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi aynı anda gerçekleştiği için TKHK md. 41/1 hükmü bu haliyle bir anlam ifade etmemektedir. Yazar, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin noterde satış vaadi şeklinde yapılması halinde dahi bu sözleşmenin tescil edilemeyeceğini, ancak tapuya şerh verilebileceğini ifade etmiştir. Aynı görüşe göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yapılarak konutun mülkiyetinin devrinin ilk başta gerçekleşmesine, teslimin ise daha sonra yapılmasında bir engel yoktur³¹².

Makaracı'ya göre, TKHK md. 41 düzenlemesinde geçen “tescil” ifadesi, sözleşmenin şekli ile tasarruf işlemi aşamasını karıştırdığı için eleştirilmedi. Yazar, satış sözleşmesinin tapuda yapılmasına müteakip mülkiyet devredildiği ve tüketici ödemeleri mülkiyetin devrinden sonra gerçekleştirmekte olduğu için, burada bir ön ödemeli konut satışının var olmadığını ifade etmektedir. Aynı yazar ilgili hükümden, taşınmaz satış sözleşmesinin tapuda yapılmasını, ancak tasarruf işleminin (mülkiyetin nakli) yapılmamasının anlaşılması gerektiğini, ancak böyle bir durumun da tapu uygulamasına göre mümkün olmayacağını belirtmiştir³¹³.

Atamer'e göre, Türk hukukunda, taşınmaz satış sözleşmesi söz konusu ise, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin zamansal olarak ayrılması mümkün değildir. Bu nedenle,

³¹¹ Yeniocak, s. 47.

³¹² Çabri, s. 212-213.

³¹³ Makaracı, Konferans, s. 249. Yazara göre, mülkiyeti devrettikten sonra mal teslim edilmese bile bu sözleşme ön ödemeli sözleşme niteliğinde olamaz. Kanun, ön ödemeli satış kavramını aşan bir düzenleme getirmektedir.

borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesinin önce akdedilip, mülkiyetin devrine ilişkin tasarruf işleminin sonradan yapılması söz konusu olamaz. Dolayısıyla, inşa edilmiş bir konut söz konusu olsa bile, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi, bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak yapılmak zorundadır. Satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın da taraflar arasında bir şerh anlaşması aranmaksızın tapuya şerhi mümkündür³¹⁴.

Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, borçlandırıcı işlem niteliğindeki bir sözleşmenin “tescilinden” söz eden ilgili hükmün düzeltici yoruma tabi tutulmasını belirtmekte ve kanun koyucunun, sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi zorunluluğuna işaret etmeye çalıştığını kabul etmenin uygun olacağını ifade etmektedir³¹⁵. Acar’a göre, TKHK 41/1 maddesindeki sözü geçen “*Ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi*” ifadesinden, sözleşmenin tapu memuru tarafından düzenleme suretiyle yapılması gerektiği anlaşılmalıdır³¹⁶.

Aslan, Ceylan ve Kara ise, ilgili maddenin lafzına paralel şekilde, sözleşmenin tapu siciline tescil edilmesi gerektiğini, sözleşmenin resmi şekilde yapılmasının zorunlu olduğunu, aksi durumda sözleşmenin geçersiz olacağını belirtmişlerdir³¹⁷. Tutumlu ise, TKHK md. 41/1 hükmünün emredici nitelikte olduğunu belirterek, buna uyulmadan yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tüketiciyi bağlamayacağını, sözleşmenin geçersiz olacağını ifade etmiştir³¹⁸.

İnal’a göre sözleşmenin resmi şekil şartına bağlanmış olmasının nedeni, tüketicinin yeteri kadar düşünerek heveslerine kapılmadan bilinçli şekilde davranmasını sağlamaktır. Resmi memur önünde yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile taraflar iradelerine açıklık kazandırmakta ve anlaşmazlıkları en aza indirmektedirler. Taraflar arasında bir anlaşmazlık çıktığında yazılı resmi belge ile açıklık kazanan taraf

³¹⁴ Atamer, s. 223.

³¹⁵ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 31.

³¹⁶ Acar, s. 19-20.

³¹⁷ Aslan, s. 528; Kara, s. 887; Ceylan, s. 61. Aynı yönde, Özel, s. 188.

³¹⁸ Tutumlu, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 127.

iradelerinin ve anlaşmanın ispatlanması böylelikle mümkün olmaktadır³¹⁹.

Karakocalı/Kurşun, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden aynı bir hak doğamayacağını, bu sözleşmenin borçlandırıcı bir işlem olduğunu ve tüketiciye bir alacak hakkı kazandıracığından bahisle ilgili maddede geçen “tescil” ifadesinin hatalı olduğunu belirtmiştir. Aynı görüşe göre, kanun koyucu bu düzenlemeyle olsa olsa ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden doğan hakkın şerhinden bahsetmiş olabilir³²⁰.

Öz’e göre, maddede sözü edilen “tescil” kelimesi, “tapu sicilinde yapılması ya da düzenlenmesi zorunludur” şeklinde ifade edilmeliydi. Ön ödemeli konut satışları genellikle satış vaadi şeklinde yapılacağından, kat mülkiyetine geçilmemiş ve hakkında sayfa açılmamış bağımsız bölüm için tapu sicilinde mülkiyet tescili imkanı yoktur. Bununla birlikte Kanun, yapı ruhsatı alınmasına müteakip yapılan bir ön ödemeli konut satışında, satıcıyı, satışa konu taşınmazın mülkiyetini tüketiciye devretmeye mecbur tutmuş olamaz. Hükmün devamında satış vaadinden de söz edilmesi, böyle bir zorunluluğun bulunmadığının da göstergesidir. Aynı görüşe göre burada kast edilen, ön ödemeli konut satışının TMK md. 706 ve TBK md. 237 gereğince tapu sicilinde resmi şekilde yapılması gerektiğini vurgulamaktır³²¹.

2. Değerlendirme

Yukarıda görüşlerine yer verilen bazı yazarlara göre, TKHK md. 41 hükmü ile, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tapu memurunca düzenleme suretiyle yapılmasının amaçlandığı iddia edilse de, teorik olarak mümkün olabilecek bu durumun uygulamada söz konusu olması neredeyse imkansızdır³²². Kaldı ki kanun koyucu, satıcının satışa

³¹⁹ İnal, s. 659.

³²⁰ Karakocalı/Kurşun, s. 131.

³²¹ Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 103-104; Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 143.

³²² Bazı yazarların haklı olarak eleştirdiği üzere, tapu dairelerinin taşınmaz mülkiyetine dayalı devir ve sınırlı aynı hak kurma sözleşmelerini fiilen kanunda olmayan real sözleşme haline sokmaları nedeniyle uygulamada kişilerin noterde sözleşme yapmak dışında bir şansı olmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, satış sözleşmesinin tapuda yapılmasından sonra, farklı bir tarihte, tasarruf işlemi olan tescilin yapılmasına (teorik olarak mümkün iken) uygulamada rastlanılmamaktadır. Bu nedenle de, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi bizim de katıldığımız ağırlıklı görüşe göre, uygulamada satış vaadi şeklinde yapılacaktır. Diğer görüşler için Bkz. Atamer, s. 223; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 34-36; Yeniocak, s. 50; Acar, s. 20; Kaya, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu, s. 561; Öz, Bankacılık ve İnşaat

konu olan taşınmazın mülkiyetini tüketiciye baştan devretmesini zorunlu kılmış da olamaz. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin düzenlenmesindeki amaç, esasen uygulamada tarafların, resmi şekilde yapılması gereken sözleşmeleri, (masraflarından dolayı) adi yazılı şekilde yapmaları ve tüketicinin de bu sözleşmeye güvenerek satış bedelini ödemesi ile mağdur olmasını engellemektir³²³. Gerçektende, özünde taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan bu sözleşmenin resmi şekilde yapılmamış olması bu sözleşmeyi geçersiz kıldığı için, satıcının mülkiyeti devretmediği hallerde ciddi anlamda mağduriyetler yaşanmaktadır.

Bizim görüşümüze göre, ilgili düzenleme tüketiciyi, resmi şekilde yapılmamış olan bu sözleşmeye karşı koruma altına almayı amaçladığından sözleşmenin tapu müdürlüklerinde yapılması zorunluluğuna dair görüşlere ya da mülkiyetin baştan devredilmiş olması nedeniyle ön ödemeli bir satışın söz konusu olamayacağına veya sözleşmenin geçersiz olacağına dair düşüncelere katılmamız mümkün değildir. Kanun koyucu, taraflar arasında adi yazılı şekilde yapılmış olan ve taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesini, tüketicinin işlem güvenliğini sağlamak ve tüketicinin resmi şekle uyulmamasından dolayı mağduriyetini önlemek amacıyla geçerli kabul etmiştir³²⁴. Bu nedenle, bize göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi, borçlandırıcı işlem niteliğinde bir sözleşmedir ancak bu sözleşmeden aynı bir hakkın doğması düşünülemez. Bununla birlikte, tüketici bu sözleşmeyle bir alacak hakkına (borç muaccel hale geldiğinde talep hakkına) sahip olmaktadır. Satıcı ile tüketici arasında adi yazılı şekilde yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi, tüketici şekle aykırılığı öne sürmediği sürece geçerli olacak, hüküm ve sonuçlarını

Sempozyumu, s. 103-104, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 143.

³²³ Sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması halinde tüketici, ancak sözleşmeden dönerek, ödediği bedeli Yargıtay'ın belirlediği "denkleştirici adalet ilkesi" ne göre talep edebilmekteydi. Halbuki sözleşme resmi şekilde yapılmış olsaydı, tüketici sözleşmeden dönmekle, satışa konu taşınmazın rayiç değerini, sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle ortaya çıkacak zararlarını ve sözleşmede var ise cezai şart talebini dava yolu ile isteme imkanına sahip olabilecekti. Bkz. Kaya, 3.Tüketici Hukuku Sempozyumu, s. 561-562.

³²⁴ TKHK md. 41/1 gerekçesinde bu maddenin, tüketiciyi koruma amaçlı olarak düzenlendiği ifade edilmektedir. Bir görüşe göre, kanun koyucunun adi yazılı şekilde yapılan bir sözleşmeyi tüketici lehine koruma altına almak istemesine rağmen neden resmi şekil şartı getirdiği tartışmalıdır. Zira, tüketici, mümkün olan en asgari masrafla en kapsamlı korumayı talep etmektedir. Bkz. Tokbaş, Hakan, TKHK Uygulamasındaki Sorunlar, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, s. 39.

doğuracaktır³²⁵.

Her ne kadar bazı yazarlar, (taşınmaz satış sözleşmesinde borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin zamansal olarak ayrılmasının mümkün olmadığından bahisle) ön ödemeli konut satışı sözleşmesini real nitelikte bir sözleşme olarak nitelendirse de bu sözleşme borçlandırıcı işlem niteliğinde, rızai bir sözleşmedir ve “gelecekteki malın satışı” söz konusudur³²⁶. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin kurulabilmesi için konutun mülkiyet veya zilyetliğinin devri bir zorunluluk değildir. TKHK md. 41/1 düzenlemesinin devamında, sözleşmenin satış vaadi şeklinde yapılabileceğinden söz edilmesi de, böyle bir zorunluluğun bulunmadığının göstergesidir. Taraf iradelerinin kanunda öngörüldüğü şekilde uyuşmak suretiyle ortaya çıkması bu sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Kaldı ki, günümüzde real sözleşmelerinin yerini artık borç sözleşmeleri almıştır³²⁷. Bu nedenle, sözleşme konusu olan taşınmazın satıcının elinde olmasının veya yapılmış olup olmamasının dahi bir önemi yoktur.

Hal böyle iken, kanun koyucunun, TKHK md. 41/1’ de “sözleşmenin tapu siciline tescil edilmesi” ifadesi ile neyi kast ettiği, ÖÖKSHY 6. maddesi ele alınarak cevaplanmalıdır. Zira ilgili madde, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin şekline dair özel nitelikte bir hüküm getirmiştir. Buna göre,

“Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte yapılacak yazılı bir sözleşme şeklinde veya noterliklerde düzenleme şeklinde yapılan satış vaadi sözleşmesi ile kurulur. Aksi hâlde sözleşme geçersizdir. Satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez”.

İlgili yönetmelik maddesi incelendiğinde, TKHK md. 41/1’de bahsi geçen “sözleşmenin tapu siciline tescil edilmesi” ifadesinden, “kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil” edilmesi gerektiğini anlamaktayız. Diğer bir anlatımla, üzerinde konut

³²⁵ Bu konuda daha geniş açıklamalar için bkz. § 8, 2.

³²⁶ Aynı yönde, Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 31; Çabri, Şerh, s. 647; Karakocalı/Kurşun, s. 131. Tasarımı, planı, projesi önceden belirlenmiş bir mal, müşterinin özel talep ve talimatlarına bırakılmaksızın, inşa edilmeden önce pazarlanıyorsa; burada bir satış sözleşmesi vardır ve “gelecekteki malın satışı” niteliğindedir. Bkz. Öz, Eser, s. 205-206.

³²⁷ Türk hukukunda real sözleşmelerin artık bulunmadığı hakkında bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 223, dn. 67.

inşa edilecek ve ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olacak bağımsız bölüme isabet eden arsa payı mülkiyetinin tüketiciye devredilmesi kast edilmektedir³²⁸. TKHK md. 41/1’de geçen “tescil” kelimesinin neyi karşıladığı da böylelikle ilgili yönetmelik maddesi ile açıklanmış olmaktadır³²⁹.

Kanun koyucu, ÖÖKSHY 6. maddesinde bahsi geçen “*Kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte yapılacak yazılı bir sözleşme*” ifadesi ile taraflar arasında ayrıca yazılı bir sözleşmenin de yapılmış olmasını aramaktadır. Kanun koyucunun, kat irtifakının devri ile birlikte yazılı bir sözleşmenin varlığını aramış olmasının nedeni, esasen Türk tapu sicil teşkilatındaki uygulamadan kaynaklanmaktadır. Zira hukukumuzda, tarafların taşınmaz satışına yönelik beyanları ile tescil talepleri tapu memurunca birlikte alınmakta, tüketici ile satıcının sözleşmede düzenlemek istedikleri vade, şart veya subjektif esaslı noktalar ise dikkate alınmadan tescil işlemi gerçekleştirilmektedir (TST md. 23).

Dolayısıyla, tarafların satış sözleşmesine konu resmi senede birbirlerine borçlandıkları edimleri kayda geçirme şansı yoktur. ÖÖKSHY md. 7’de öngörülen ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu içeriğin, tapu senesinde yer verilememesi karşısında, kanun koyucu bu şekilde bir çözüm getirerek, kat irtifakının devrinin yanında yazılı bir sözleşmenin yapılmasını da aramaktadır³³⁰.

Kanun koyucunun, yazılı bir sözleşme aramasındaki amaç, yine tüketicinin korunması gayesidir. Zira, taraflar bu sözleşmeyle aralarında hangi koşulların geçerli olacağını belirlemekte ve sözleşmenin içeriğinde bulunması gereken zorunlu unsurları da eklemektedir. Başka bir anlatımla, tapu sicil müdürlüklerindeki resmi senede, tarafların ünvanı, adresi, MERSİS numarası, iletişim bilgileri, ödeme planı, ön ödeme tutarı, faiz oranı, ödeme süresi, ödemelerin yapılacağı yere dair kayıtlar, tüketicinin temerrüde

³²⁸ Sirmen, s. 161; Atamer, s. 225; Yeniocak, s. 49.

³²⁹ Kanun koyucunun TKHK md. 41’de zikrettiği “tescil” kelimesiyle aslında kat irtifakını kast ettiği TKHK md. 44 lafzından da ayrıca anlaşılmaktadır. TKHK md. 44: Ön ödemeli konut satışında devir veya teslim süresi sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemez. Kat irtifakının tüketici adına tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte zilyetliğin devri hâlinde de devir ve teslim yapılmış sayılır.

³³⁰ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 33-35; Çabri, 213-214; Yeniocak, s. 49-50. Konunun eleştirisi için bkz. Atamer, s. 223, 228.

düşmesi halinde bunun hukuki sonuçları, cayma ve dönme hakkının süresi, koşulları ve usulüne ilişkin kayıtlar yazılamayacağı için, tüm bu içerikler ayrı bir sözleşme ile düzenlenmiş olmaktadır³³¹.

Kat irtifakının devri ile birlikte ilgili maddede bahsedilen sözleşmenin yazılı şekilde yapılmaması durumunda, bizim de katıldığımız görüşe göre, sözleşmenin geçerliliği etkilenmez³³². Ancak haklı olarak eleştirildiği üzere, bu düzenlemenin olması gereken yer yönetmelik değil, kanun olmalıydı. Zira, Kanunda ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin adi yazılı şekilde kurulabileceğine yönelik bir hükme yer verilmemişken, Yönetmelikte, yeni bir şekil şartı düzenlemek, normlar hiyerarşisine uymamaktadır³³³.

3. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinde Kat İrtifakının Devredilmesi

a. Kat İrtifakının Tanımı

Kat Mülkiyeti Kanunu md. 2/c'ye göre, “*Bir arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak veya yapılmakta olan bir veya birden çok yapının bağımsız bölümleri için o arsanın maliki veya ortak malikleri tarafından bu Kanun hükümlerine göre kurulan irtifak hakkına (kat irtifakı); bu hakka sahip olanlara da (kat irtifakı sahibi)*” denir. Kat irtifakı, paylı mülkiyete tabi bir arazide paya bağlı öyle bir haktır ki, bu hakka sahip paydaşa, diğer paydaşlardan, arazide sözleşmeye uygun şekilde kat mülkiyetine özgülenecek bina inşa etmelerini isteme ve inşa edilecek binayı kat mülkiyetine çevirtme yetkisi verir³³⁴. Kat irtifakı hakkı, sahibine, inşa edilecek yapının başlaması ve yapılması için borcuna dair, diğer paydaşlara yöneltilecek bir talep

³³¹ Aksi görüşte, Acar, s. 21. Yazara göre, ilgili hükümde ifade edilen kat irtifakının devri ile birlikte yazılı şekilde yapılacak sözleşme, “resmi şekilde tapu memuru tarafından düzenleme suretiyle yapılacak olan resmi sözleşme” olarak anlaşılmalıdır.

³³² Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 35; Çabri, s. 213-214. Yeniocak’a göre, ÖÖKSHY md. 6/1’de sözü geçen “yazılı şekil” ifadesi, şayet adi yazılı şekil anlamında kullanılmış ise bu durum TKHK md. 41/1’e aykırılık oluşturur. Bkz. Yeniocak, s. 50.

³³³ Yeniocak, s. 50.

³³⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 631-632.

hakkından ibarettir^{335 336}.

Kat irtifakı, her ne kadar Kat Mülkiyeti Kanununda bir irtifak olarak adlandırılmışsa da, aslında TMK md. 779 anlamında gerçek bir irtifak hakkı olarak nitelendirilemez³³⁷. Zira, irtifak hakkının asli içeriği hiçbir zaman bir yapma edimi değildir³³⁸. Taşınmaz maliki, irtifak hakkı sahibinin taşınmazdan yararlanmasına katlanmakla yükümlüdür. Bu nedenle, kat irtifakı düzenlemesinde bahsi geçen inşa etme yükümlülüğü TMK anlamında irtifak hakkının konusu olamaz³³⁹. Yapma edimi ancak bir yan borç olarak irtifaka bağlanabilir³⁴⁰. Bu noktada “yapma” borçları ile kast edilen, inşaatın yaptırılması için malzeme, para gibi unsurların verilmesidir. İnşaatın bizzat kat irtifakı sahipleri tarafından yapılması da borcun konusunu oluşturabilir³⁴¹. Bu nedenle, kat irtifakı hukuki anlamda bir irtifak değil “eşyaya bağlı borç” niteliğindedir³⁴².

³³⁵ Erman, Eşya Hukuku, s. 144; Eren, Mülkiyet, s. 184; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 632; Akipek/Akıntürk, s. 664 vd; Esener/Güven, s. 274; Ayan, Mülkiyet, s. 475 vd. Daha fazla bilgi için bkz. Özmen, Kat İrtifakı, s. 208; Şengül, s. 81; Özmen/Kır, s. 141.

³³⁶ Ertaş’a göre, kat irtifakına benzeyen, aynı amaca yönelmiş bir diğer müessese de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Uygulamada, her iki kavramın da aynı amaca hizmet ettiği söylenebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin arsanın belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında müteahhide devretmeyi taahhüt ettiği sözleşmedir. Bkz. Ertaş, s. 422; Erman, Arsa Payı, s. 1.

³³⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 632. Karşı görüş için bkz, Hatemi/Serozan/Arpacı, s.159; Köprülü/Kaneti “arsa payına bağlı özel bir sınırlı ayni hak” olduğu görüşündedir. Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1972, s. 196; Özmen ise, kat irtifakının “kendine özgü bir irtifak hakkı” olduğu düşüncesindedir. Özmen, E. Saba, Kat İrtifakı, Ankara 1997, s. 191. Akipek/Akıntürk’e göre kat irtifakı “özel nitelikte taşınmaza bağlı bir irtifak” türüdür. Özel olması belirli bir süreye tabi olması ve doğurduğu hükümler nedeniyle. Akipek/Akıntürk, s. 664-665. Ayrıca bkz. Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku II, Mülkiyet, 8. Baskı, Konya, 2015, s. 475-476.

³³⁸ TMK md. 779: Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine konulmuş bir yük olup, yüklü taşınmazın malikini mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılar. Yapma borçları, irtifaka başlı başına konu olamaz; ona ancak yan edim olarak bağlanabilir.

³³⁹ Eren, Mülkiyet, s. 185; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 632; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 742 vd.

³⁴⁰ Erman, Eşya Hukuku, s. 144; Eren, Mülkiyet, s. 185; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 632.

³⁴¹ Kurt, Ekrem, Kat İrtifakının Kurulması, Sona Ermesi ve Kat Mülkiyetine Geçiş, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 790.

³⁴² Şengül, s. 79-80, dn. 136.

b. Kat İrtifakının Kuruluşu ve Hükümleri

Kat irtifakı, paylı mülkiyete tabi bir arsa üzerinde bütün paydaşların, eğer sadece bir kişinin mülkiyeti söz konusu ise, malikin isteği ile kurulur. Paydaşlar mutlak çoğunlukla karar alsalar dahi, diğerlerini kat irtifakı kurmaya zorlayamazlar³⁴³. KMK md. 10/1'e göre kat irtifakı resmi senetle ve tapu siciline tescil ile doğar. Kat irtifakı isteminde bulunulacak kişi veya kişiler KMK 12. maddesinde belirtilen mimari proje ile yönetim plânını tapu idaresine vermelidirler. Kat mülkiyetine geçişte ayrıca yönetim plânı istenmez.

Kat irtifakı ancak irtifaka konu taşınmazda pay sahibi olan lehine, yani paya bağlı olarak kurulabilir. Hangi paya bağlı kat irtifakının hangi bağımsız bölüme ait olduğu belirtilmelidir. Aynı kişiye birden fazla bağımsız bölümde kat irtifakı tanınacaksa, her bağımsız bölüme ilişkin irtifak ayrıca belirtilmek gerekir. Lehine irtifak kurulmamış pay bırakılamaz. Bu paya sahip olmadan irtifaka sahip olmak mümkün değildir. Payın devri ile irtifak da devredilmiş olur³⁴⁴.

Kat irtifakının kurulabilmesi için sözleşmeyi, paylı mülkiyette tüm paydaşların, tek kişi malik ise bu malikin yazılı talebi ile tapu sicil memurluğu düzenler. Tapu dairesi dışında örneğin noterde, bu sözleşme düzenlenemez. Eğer düzenlenmişse tescile dayanak olamaz. Kat irtifakı, kat mülkiyetinin aksine, mahkeme kararı ile de kurulamaz³⁴⁵.

Tapu müdürlüğüne kat irtifakı kurulması için verilecek belgeler KMK md.12'de sayılmıştır³⁴⁶. Uygulamada, kat mülkiyetine geçecek binanın inşasında kat irtifakı dahi

³⁴³ Yargıtay 18. HD 09.12.2010 T., 10751 E., 15907 K. (YKD, 2011, S.3, s. 477).

³⁴⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 634; Ayan Mülkiyet, 479-480.

³⁴⁵ Eren, Mülkiyet, s. 185-186; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 634; Akipek/Akıntürk, s. 666.

³⁴⁶ KMK md. 12/a: Anagayrimenkulde, yapı veya yapıların dış cepheler ve iç taksimatı bağımsız bölüm, eklenti, ortak yerlerinin ölçüleri ve bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleriyle oranlı arsa payları, kat, daire, iş bürosu gibi nevi ile bunların birden başlayıp sırayla giden numarası ve bağımsız bölümlerin yapı inşaat alanı da açıkça gösterilmek suretiyle, proje müellifi mimar tarafından yapılan ve anagayrimenkulün maliki veya bütün paydaşları tarafından imzalanan, yetkili kamu kurum ve kuruluşlarınca onaylanan mimari proje ile yapı kullanma izin belgesi. b) Bağımsız bölümlerin kullanılış tarzına, birden çok yapının varlığı halinde bu yapıların özelliğine göre 28. maddedeki esaslar çerçevesinde hazırlanmış, kat mülkiyetini kuran malik veya malikler tarafından

kurulmamakta, arsanın malik veya malikleri, inşa edilecek binada kendilerine kat verilmesine karşılık olarak, müteahhide arsa payı devretmekte³⁴⁷, müteahhit de binayı inşa etme ve kararlaştırılan bağımsız bölümleri karşı tarafa verme borcunu yüklenmektedir. Müteahhidin bu borcuna karşılık arsa payı üzerine ise ipotek kurulmaktadır. Bu sözleşmenin tapuda satış olarak gösterilmesi, Yargıtay'ın bazı kararlarında muvazaa olarak kabul edilmektedir³⁴⁸. İrtifak hakkı sahibi paydaşlar, borç yükümlülüğünü yerine getirmeyen paydaşa karşı dava açma hakkına sahiptirler; ancak, davacı veya davacılar kendi borçlarını ifa etmiş veyahut ifa etmeyi teklif etmiş olmalıdırlar.

Yapının tamamlanmasından sonra kat irtifakının kat mülkiyetine çevrilmesi, kat irtifakının tesciline ait resmi senede ve KMK md. 12'de yazılı belgelere dayalı olarak, yetkili idarece yapı kullanma izin belgesinin verildiği tarihten itibaren altmış gün içinde ilgili tapu idaresine gönderilmesi üzerine re'sen yapılır (KMK md. 14/3). Kat irtifakından kat mülkiyetine geçiş talebini, her bir kat irtifakı sahibinin talep etme hakkı vardır. Toplu yapıların söz konusu olduğu durumlarda kısmi kat mülkiyetine geçiş söz konusu olabilmektedir. Zira, KMK 66/3 maddesi "*Yapılar tamamlandıkça, tamamlanan yapılara ilişkin kat irtifakları kat mülkiyetine çevrilebilir*" düzenlemesi ile toplu yapılarda peyderpey kat mülkiyetine geçilebilmesi imkanını getirmiştir³⁴⁹. Diğer bir görüşe göre, ancak parseldeki tüm yapılara ilişkin kat irtifakı tesis edilmişse, yapıların tamamlanmış olması koşulu ile kısmi kat mülkiyetine geçmek mümkün olabilecektir³⁵⁰. Örneğin, toplu yapıya konu birden fazla blok yapıda, bir ya da birkaç blok kat irtifakına konu edilmiş, buna karşılık diğer bloklarda kat irtifakı tesis edilmemişse, kat irtifaklı bloklar tamamlanmış olsa dahi bunların kısmi olarak kat mülkiyetine çevrilmesi mümkün değildir³⁵¹.

imzalanmış bir yönetim plânı.

³⁴⁷ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz., Erman, Hasan, Türk Hukukunda İnşaat Sözleşmelerinin Gelişimi, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, İstanbul 2015, s. 5.

³⁴⁸ İlgili Yargıtay kararları ve daha fazla bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 637-638, dn.112.

³⁴⁹ Kurt, s. 802-803.

³⁵⁰ Özmen/Kır, s. 141.

³⁵¹ Şengül'e göre, KMK md. 14 hükmünde kat irtifakının tesisi için gereken belgeler, yapı kullanma izin

Kat irtifakından kat mülkiyetine geçişlerde, uygulamada ciddi sorunlarla karşılaşmaktadır. Örnek vermek gerekirse, yapı ruhsatı alarak inşaatına başlanmış bir binaya sonradan kaçak kat çıkmak, emsal değerlere uymamak veya projede mevcut olmayan eklentiler eklemek suretiyle yapı kullanma belgesi alması mümkün olmayan bir yapının “kat irtifakı” kurulduğundan bahisle satışının yapıldığı görülmektedir. Hatta depreme dayanaksız, kaçak inşa edilmiş bir binada kat irtifakının kurulmuş olduğu belirtilerek “banka kredisi” verilmek suretiyle satışa konu olduğu bilinen bir gerçektir. İlgili belediyelerden bir şekilde yapı kullanma izni belgesini alan veya kanunla affa uğrayan bu yapılar satışa sunulmakta ve maalesef hiçbir yaptırıma uğramamaktadır. Kanaatimizce, bu durumun önüne geçilmesi için, belediyelerin yapı kullanma iznini (iskan izni) verirken çok sıkı denetimlerde bulunması ve yapı kullanım izin belgesi bulunmayan binalara ilgili kurumlar tarafından elektrik, su ve doğalgaz gibi hizmetlerin sağlanmaması gerekir.

Kat irtifakı sahipleri KMK md. 17/2 hükmü gereği, yapının tamamlanması için kendi aralarından veya dışarıdan bir veya birkaç kişiyi yönetici olarak tayin edebilirler. Kat mülkiyeti yöneticisinin görev, yetki ve sorumluluklarına dair hükümler, bu yönetici hakkında da uygulanır. Bu yönetici, aynen kat maliklerince atanan yöneticinin yetkilerine sahip ve kat maliklerine karşı sorumlu olur (KMK md. 34/6)³⁵². Kat irtifakı kurulmuş gayrimenkullerde, yapı fiilen tamamlanmış ve bağımsız bölümlerin üçte ikisi fiilen kullanılmaya başlanmışsa, kat mülkiyetine geçilmemiş olsa dahi anagayrimenkulün yönetiminde kat mülkiyeti hükümleri uygulanır (KMK md. 17/3).

c. Ön Ödemeli Konut Satışında Kat İrtifakı Kurulmasının Gerekliliği

TKHK 40-46 maddeleri incelendiğinde, satıcının kat irtifakı kurmasına dair bir yükümlülükten bahsedilmemiştir. Ancak, TKHK md. 44’ün ikinci cümlesinde “*Kat*

belgesi dışında KMK md. 12 hükmündeki kat mülkiyetine geçilmesi için aranan belgelerle aynıdır. Dolayısıyla yazar, söz konusu hükümler karşısında, toplu yapıya konu yapılarda kısmi kat irtifakının tesisine ilişkin taleplerin karşılanmasının tapu uygulaması açısından mümkün olamayacağı görüşündedir. Bkz. Şengül, s. 82.

³⁵² Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. Arpacı, Abdülkadir, Kat Mülkiyeti İlişkisi İçin Mahkemece Tayin Edilen Yöneticinin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, s. 124 vd; Ayar, Ahmet/Özkan Teselli, Ayşe, Yargıtay’ın Yeni Tarihli Kararları Işığında Kat Mülkiyetinde Anagayrimenkulün Yönetimi, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul 2015, s. 139 vd.

irtifakının tüketici adına tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte zilyetliğin devri hâlinde de devir ve teslim yapılmış sayılır” denilerek ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tapu müdürlüğünde satış şeklinde yapılması halinde, kat irtifakı kurulmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. ÖÖKSHY md. 6 c.1’de ise “*Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte yapılacak yazılı bir sözleşme şeklinde veya noterliklerde düzenleme şeklinde yapılan satış vaadi sözleşmesi ile kurulur”* düzenlemesi, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin yapılabilmesi bakımından sanki kat irtifakı kurulmasının sözleşmede bir geçerlilik şartı olarak algılanmasına neden olmaktadır. Halbuki satıcı, bu sözleşmeyi noterden satış vaadi şeklinde de yapabilme imkanına sahiptir.

Uygulamada ön ödemeli konut satış sözleşmelerine konu olan konutların çoğunlukla henüz inşaatına başlanmamış veya yeni başlanmış projeler olduğu görülmektedir. Satıcı, binaların yapım işini henüz tamamlamamış olduğundan kat mülkiyetinin kurulması ve buna dair tüketiciye mülkiyetin devri söz konusu olmaz³⁵³. Satıcı, kat irtifakı kurulmamış bir taşınmaz için de mülkiyeti devredemeyeceğine göre, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tapu müdürlüğünde resmi şekilde yapılmak istenmesi karşısında kat irtifakının kurulması gerekmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, kat irtifakının kurulması ön ödemeli konut satış sözleşmesinin kat mülkiyetine konu olacak bağımsız bölüm olması halinde önem taşır. Eğer sözleşmenin konusu kat mülkiyetine konu olmayan müstakil yapı niteliğindeyse, doğal olarak kat irtifakının kurulmasına gerek yoktur. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin noterde satış vaadi şeklinde yapılması durumunda da, kat irtifakının kurulması şartı aranmaz.

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinde kat irtifakının kurulmamış olmasının bazı sakıncaları söz konusu olabilir. Maketten satış olarak adlandırılan işlemlerde henüz inşaatına başlanmamış bağımsız bölümlere ilişkin satıcı ile tüketiciler arasında satış vaadi sözleşmeleri yapıldığı ve bu bağımsız bölümlerin birden fazla kişiye satıldığı

³⁵³ Kat mülkiyeti ancak tümü kargir olan ve tamamlanmış binalarda kurulabilir (KMK md. 1 ve md. 50/2). Anagayrimenkulün tümünün mülkiyeti kat mülkiyetine çevrilmeden o gayrimenkulün yalnız bir veya birkaç bölümü üzerinde kat mülkiyeti kurulamaz (KMK md. 10/2). Ahşap binalar kat mülkiyetine konu olamaz (KMKHİ, Bölüm 2, bent f).

görülmektedir. Aynı şekilde uygulamada, sözleşmeye konu bağımsız bölümlerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine bağlı olarak yüklenici tarafından üçüncü kişilere (tüketici) satıldığına ve yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirmediğinde bu bağımsız bölümlerin alıcı olan tüketicilere devredilemediğine sıklıkla rastlanmaktadır³⁵⁴.

Bir görüşe göre, kat irtifakının baştan kurulmaması, devamında birçok işlemin yapılmasını engellemekte, tüketicinin konutun mülkiyetini edinmesini güçleştirmektedir. Bu nedenle, kat mülkiyetine geçecek olan bir konutun, ön ödemeli konut satış sözleşmesine konu olması durumunda, sözleşme öncesi kat irtifakının kurulmuş olmasının aranması ve bu yönde bir düzenleme getirilmesi gerekirdi³⁵⁵. Böylece tüketicinin durumu, az önce yukarıda bahsedilen satış vaadi şeklinde yapılan sözleşmeye göre daha güvenli olacaktı. Çünkü, kat irtifakının devredilmesiyle tüketici en azından arsanın belirli bir oranını (müşterek mülkiyet payı) elde etme şansına sahip olmaktadır.

Kat irtifakının tüketiciye devredilmesiyle satıcının ileride doğacak bir mülkiyeti devir borcu kalmamakla birlikte, henüz inşaat tamamlanmamış olduğundan inşaatı yapma ve teslim etmeye dair borç devam etmektedir³⁵⁶. İnşaatın bitmesi ile birlikte KMK md. 14 uyarınca kat irtifakı re'sen kat mülkiyetine geçmiş olacaktır.

Ancak, kat irtifakı tüketiciye devredildikten sonra diğer kat maliklerine karşı olan borç artık satıcının borcu mudur? Bunun tartışılması gerekir, zira, kat irtifakının tüketiciye devredilmesi ile inşaat yapma borcu da kat irtifakı sahibine geçmiş olmaktadır. Her ne

³⁵⁴ Çabri, s. 217. Bu konu hakkında bkz. Kahraman, Zafer, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, s. 425 vd. Erman, Arsa Payı, s. 175 vd.

³⁵⁵ Atamer, s. 225; Çabri, s. 218. Ancak uygulamada satıcı, sözleşmenin başında kat irtifakını tüketiciye devretmek istemeyecektir. Zira, tüketicinin satış bedelini ödemede temerrüde düşme riskine karşı bu mülkiyet payını bir anlamda güvence olarak görece ve ön ödemeli konut satış sözleşmesinin noterde yapılması konusunda tüketiciye teklifte bulunacaktır. Bunun yanında arsadaki mülkiyet hakkını, inşa edilecek projeye mali kaynak bulmak amacıyla teminat olarak da kullanabileceğinden, kat irtifakının devri suretiyle ön ödemeli konut satışlarına uygulamada pek rastlanılmayacağı kanaatindeyiz.

³⁵⁶ Atamer, s. 219-220. Ancak unutulmamalıdır ki, tek başına kat irtifakının tüketiciye devredilmesi, satıcının sözleşmeden doğan borcunu ifa ettiği anlamına gelmez. Satıcı aynı zamanda konutun zilyetliğini eksiksiz ve ayıpsız bir şekilde tüketiciye devretmek durumundadır. Ayrıca Bkz. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 32.

kadar, kat irtifakı sözleşmesi bütün paylı ortaklara bir bina inşa etme yükümlülüğü getirmekte ise de, bu borç inşaatın bilfiil yapılmasına ilişkin değildir³⁵⁷. Kaldı ki, her pay sahibi inşaatı ayrı ayrı (birbirlerinden bağımsız) gerçekleştiremez. Bunu ancak bir yüklenici (müteahhit) yapabilir. Yüklenici taşınmazda pay sahibi olsa dahi, diğer paydaşlarla arasında yapacağı sözleşme, ayrı bir inşaat sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. İrtifak hakkı sahipleri de paylarına düşen para borcunu ödemek ve inşaatın yapılmasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğü altındadır³⁵⁸. İrtifak hakkı sahipleri yapmış oldukları bu ödemelerin karşılığında ilgili taşınmaz üzerinde yükleniciden bir bina inşa edilmesine dair talep hakkına sahip olacaklardır. Uygulamada müteahhitler, irtifak hakkını devrettiği tüm alıcılarda bir inşaat sözleşmesi yapma yoluna gitmektedirler³⁵⁹.

B. Sözleşmenin Noterde Satış Vaadi Şeklinde Yapılması

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin Kanun'da öngörülen diğer türü, taşınmaz satış vaadi şeklindedir. TKHK md. 41/1 ve ÖÖKSHY md. 6/1'de açıkça belirtildiği üzere, taraflar sözleşmeyi satış vaadi şeklinde yapmak istiyorlarsa, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde yapılması zorunludur³⁶⁰. Kanaatimizce uygulamada en sık (ve hatta yalnızca) görülecek olan satış şekli, noterde düzenleme yoluyla yapılacak olan ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi olacaktır. Çünkü, satış vaadi sözleşmesi sayesinde satıcı, tüketiciye sözleşmenin başında konutun mülkiyetini devretmeyi istemeyecek, konutun mülkiyetini devretmemekle bir anlamda kendini tüketicinin temerrüde düşmesi ihtimaline karşı güvende hissedecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere bu sözleşmeyi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden farklı kılan unsurlar, sözleşmenin tarafları ve satışa konu olan konutun barınma amaçlı kullanılacak olmasıdır³⁶¹. Ayrıca, klasik satış vaadi sözleşmesinden farklı olarak satıcı, tüketiciyi sözleşme öncesi bilgilendirmeli ve asgari teminat koşulunu sağlamalıdır.

³⁵⁷ Özakman, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, s. 265.

³⁵⁸ Akipek/Akıntürk, s. 668; Atamer, s. 226, dn. 514.

³⁵⁹ Özakman, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, s. 265, İnal, s. 654.

³⁶⁰ Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin teorik olarak tapu memurlarınca da yapılabileceği kabul edilse de uygulamada tapu memurlarının satış vaadi sözleşmesi yaptıklarına rastlanmamaktadır.

³⁶¹ Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin tanımı, unsurları ve niteliği hakkında bkz. § 4-5.

Bununla birlikte, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin içeriği ÖÖKSHY md. 7’de belirtilen zorunlu bilgileri muhteva etmelidir³⁶².

Bazı yazarlar, mülkiyetin devri suretiyle yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmesini “asıl sözleşme”, noterlikte yapılan sözleşmeyi ise asıl sözleşmenin “ön sözleşmesi” olarak nitelendirmekte ve sözleşmenin taraflarını bu sözleşme ile satışa konu olan taşınmazın gelecekte tapuda resmi olarak mülkiyetinin devrini değil, ileride kurulacak bir “ön ödemeli konut satış sözleşmesi” yapma borcunu yüklenmiş olduğunu ileri sürmektedirler³⁶³. Farklı bir anlatımla, burada asıl sözleşmenin şekil şartına bağlı olmayan bir ön sözleşmenin var olduğu iddia edilmektedir.

Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre ise, iki sözleşme içeriği birbiriyle örtüşmemekte, birinin diğerine nazaran ön sözleşme olarak nitelendirilmesinin mümkün olamayacağıdır. Noterde düzenleme şeklinde yapılan ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin amacı, ileride sözleşmeye konu olan bağımsız bölümün mülkiyetinin tapuda devrine ilişkin sözleşmenin ön sözleşmesini yapmaktır³⁶⁴.

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh verilmesine dair TKHK ve ÖÖKSHY’de bir hüküm bulunmamakla birlikte, diğer taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri gibi bu sözleşmeden doğan satın alma hakkının da tapu kütüğüne şerh edilmesi mümkündür (Tapu K. 26/5). Hatta tüketici, bu sözleşmeden doğan hakkını güvence altına almak istiyorsa, sözleşmenin tapu kütüğüne şerh edilmesinde bir zorunluluk vardır. Zira, satıcı ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin varlığına rağmen sözleşme konusu taşınmazı başka bir üçüncü kişiye satıp, mülkiyeti devredebilir³⁶⁵.

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin şerh edilebilmesi için satıcının aynı zamanda taşınmazın maliki olması gerekmektedir. Örneğin satıcının, arsa payı karşılığı

³⁶² Sözleşmenin zorunlu içeriği hakkında bkz. § 9.

³⁶³ Gümüş, s. 255 vd; Yeniocak, s. 50 vd.

³⁶⁴ Atamer, s. 222, dn. 504.

³⁶⁵ Aydoğdu, s. 1117; Çabri, s. 215; Atamer, s. 225; Kara, s. 887; İnal, s. 659 vd; Karakocalı/Kurşun, s. 131.

inşaat sözleşmesi ile kendi payına düşen bağımsız bir bölüm için yaptığı ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi, satıcı malik olmadığından tapu kütüğüne şerh edilemeyecektir³⁶⁶.

II. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın Sonuçları

Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, TBK md. 12'ye göre, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için bir şekil şartı öngörülmüşse kural olarak bu şekil geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler ise geçersizdir, hüküm doğurmaz. TBK md. 237 hükmünde, taşınmaz satışı, taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmelerinin, resmi şekilde düzenlenmedikçe geçerli olamayacağı düzenlenmiştir.

TMK md. 706 ve Tapu K. md. 26'ya göre, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmeler resmi şekle bağlı olup, taşınmaz üzerindeki mülkiyet ve aynı haklara dair işlemler, tapu memurları tarafından düzenleme şeklinde resmi olarak yapılmalıdır. TKHK md. 41/1 ise, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tapu müdürlüğünde, satış vaadi sözleşmesinin ise noterde düzenleme şeklinde yapılmasını zorunlu tutarak sözleşmenin geçerlilik şartını düzenleme yoluna gitmiştir.

Türk hukukunda taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan satış sözleşmeleri yukarıda zikredilen maddeler gereğince resmi şekilde yapılmadıkça kesin hükümsüzdür³⁶⁷. Temelinde, mülkiyetin devri amacı niteliğini taşıyan ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin de resmi şekilde yapılmamış olması nedeniyle normal koşullarda kesin hükümsüz sayılması gerekirdi. Ancak, TKHK md. 41/1, c.2, özel nitelikte bir

³⁶⁶ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 40; Çabri, s. 215.

³⁶⁷ Kesin hükümsüz bir sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olup, hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağı gibi, hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Bu nedenle geçersizlik, zamanla ortadan kalkmaz, sözleşme taraflarca onansa veya teyid ya da edimler ifa edilse bile, geçerlilik kazanmaz. Hatta butlan sebebi ileride ortadan kalksa bile sonuç değişmez. Taraflar edimlerini ifa etseler dahi bu durum değişmez. Kesin hükümsüz olan bir hukuki işlemde edimler ifa edilmişse, taraflar verdiklerini, duruma göre, doğrudan doğruya aynı hakka dayanan bir istihkak davası ile veya sebepsiz zenginleşmeye ilişkin bir dava ile geri isteyebilirler. Bu konu hakkında geniş açıklamalar için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 334; Oğuzman/Öz, s. 137-138; Reisoğlu, s. 81 vd; Akıntürk/Ateş Karaman s. 42; Erman, Medeni Hukuk, s. 80 vd.; İnal, İnşaat, s. 222. Bu konuda ayrıca bkz. Erman, Hasan, İnşaat (Arsa Payı Karşılığı İnşaat) Sözleşmeleri ve Miras Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar, C.I, İstanbul 2012, s. 163 vd.

hükümsüzlük halini düzenlemiştir. Buna göre,

“... satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez”³⁶⁸.

İlgili düzenlemeyle kanun koyucu, kesin hükümsüzlük yaptırımına bir istisna getirmiş ve hükümsüzlüğün özel bir şeklini düzenleme yoluna gitmiştir. Bu konu hakkındaki düşünceler bir sonraki başlıkta ele alınacaktır.

A. Şekle Aykırılığın Niteliği Hakkında Görüşler

Temelinde taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin şekil şartına uyulmadan yapılması sonucunda kesin hükümsüzlük yaptırımına uğraması, tüketicinin korunma gayesiyle uyuşmayacağı gibi tüketicilerin mağduriyet yaşamasına da sebep olacaktır. Kanun koyucu, zaten sözleşmede zayıf taraf olan tüketicinin bu mağduriyetini engellemek ve özellikle uygulamada adi yazılı şekilde yapılan bu tip sözleşmelerden doğan sorunları en aza indirmek açısından TKHK md. 41/1 c.2’de farklı bir geçersizlik türünü kabul etme yolunu benimsemiş görünmektedir.

Gümüş’e göre, bahsi geçen düzenlemede, geçersiz şekildeki ön ödemeli konut satışı sözleşmesine tek taraflı bağlamazlık yaptırımı bağlanmamıştır. Bilakis mevcut sözleşme batıldır ve başından itibaren hüküm ifade etmez. Ancak mevcut geçersizliğin tüketici aleyhine olacak şekilde satıcı tarafından ileri sürülmesi yasa tarafından bir varsayım olarak hakkın kötüye kullanılması hali sayılmıştır. Buna karşılık tüketici şekle aykırılığı satıcının aleyhine olacak şekilde dahi ileri sürebilir³⁶⁹.

Özmen/Vardar Hamamcıoğlu ise, TKHK md, 41/1 hükmünün, Türk özel hukuk öğretisindeki geçerlilik şeklinin yaptırımına (kesin hükümsüzlük) ilişkin bir istisna getirmiş olduğunu belirtmiştir. Yazarlar, şekle aykırı sözleşmeye taraflar açısından farklı sonuçlar bağlanamayacağını gerekçe göstererek kesin hükümsüzlük yaptırımının

³⁶⁸ Madde gerekçesi, “Resmi şekilde sözleşme yapmayan satıcının, daha sonra tüketiciye karşı sözleşmenin resmi şekilde yapılmadığını öne sürerek sözleşmenin geçersizliğini iddia etmesi de hakkaniyete uygun olmayacağı için yasaklanmıştır” şeklindedir.

³⁶⁹ Gümüş, s. 256.

var olduğu kanaatindedirler. İlgili düzenlemeyle, kesin hükümsüzlüğün sadece “satıcı tarafından ileri sürülmesinin” engellendiğı ifade edilmiştir³⁷⁰.

Makaracı, ilgili düzenleme ile, esnek hükümsüzlük görüşünün kabul edildiğini belirtmekte ve satıcı sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyeceğı gibi, satıcının lehine olmak üzere hakim tarafından da bu durumun re’sen göz önünde tutulamayacağını ifade etmektedir³⁷¹.

Acar, adi yazılı şekilde yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin geçersizliğini tüketicinin her zaman ileri sürebileceğini, satıcının ise tüketicinin aleyhine olacak şekilde geçersizliği öne sürmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir³⁷². Aydoğdu ise, ilgili madde de düzenlenen geçersizlik türünü, esnek hükümsüzlük (tek taraflı tüketici lehine geçersizlik veya şekle aykırı sözleşmenin korunan taraf yönünden geçersizliği) olarak tanımlamış ve sözleşmedeki geçersizliği tüketicinin öne sürebileceğini ifade etmiştir.³⁷³

İnal ise, ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinde sıhhat şartı olarak öngörölmüş olan şekil şartına uyulmamasını, sadece sözleşmenin taraflarını ilgilendirdiğı için, kendine özgü (sui generis) bir geçersizlik hali olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Sözleşme, her türlü hatadan uzak bir şekilde taraflarca sürdürölmüş ve amaca ulaşılmışsa, ilgili üçüncü şahıslar tarafından butlanı istenilmemeli veya hakim tarafından re’sen sözleşme batıl sayılmamalıdır³⁷⁴.

Çabri’ye göre, kanun koyucu, tüketici sözleşmelerinde klasik kesin hükümsüzlüğün özel bir türünü düzenlemiş, şekle aykırılığı ileri sürme hakkını sadece tüketiciye tanımıştır. Şekle aykırılığı sadece tüketici öne sürebildiğine (nispi emredici) göre, ön ödemeli

³⁷⁰ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 41-42. Yazarlara göre, şekil geçersizliğinin ileri sürülmesinin tüketici lehine olup olmadığının hakim tarafından re’sen nazara alınması gerekir.

³⁷¹ Makaracı, Konferans, s. 252. Yazar, yazılı şekilde yapılmamış bir kampanyalı satış sözleşmesini ise kesin hükümsüz olarak kabul etmektedir. Bkz. Makaracı, s. 68.

³⁷² Acar, s. 23.

³⁷³ Aydoğdu, s. 88.

³⁷⁴ İnal, s. 666.

konut satışı sözleşmesi, (tüketici geçersizliği öne sürmediği sürece), geçerlidir³⁷⁵.

Atamer, kural olarak şekle aykırı bir sözleşmenin kesin hükümsüz sayılacakken, tüketicinin korunması kaygısının ön plana çıkması nedeniyle, kanun koyucunun şekle aykırı bir sözleşmeyi sınırlı esnek hükümsüzlük şeklinde düzenlediğini, tüketicinin her zaman, satıcının ise, geçersizliği ancak tüketicinin de yararına olması halinde ileri sürebileceğini ifade etmektedir³⁷⁶.

Öz'e göre, ilgili şekil şartına uyulmaması hali, tek yanlı bağlamazlık benzeri bir durum ortaya koymaktadır. Tüketici ile satıcı arasında adi yazılı şekilde, hatta (ispatlanması şartıyla) sözlü bir anlaşma ile dahi ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yapılmış ise, satıcı tüketicie karşı sözleşmenin hükümsüz olduğunu ileri sürerek borçlarından kurtulamaz. Madde metninde, geçersizlik tüketicinin aleyhine olmayacaksa, satıcıya da bu geçersizliği ileri sürme imkanı verilmiş görünse de, uygulamada bu duruma çok seyrek rastlanacağı açıktır³⁷⁷.

B. Değerlendirme

TBK md. 12/2'ye göre “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*”. İlgili maddede düzenlenen şekil şartı sözleşmenin geçerlilik şartı olarak öngörülmektedir. TBK md. 237, TMK md. 706 ve Tapu K. md. 26 hükümleri ise, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin resmi şekilde yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Kanun koyucunun taşınmaz satışı gibi bazı sözleşmeler için şekil şartı öngörmesinin nedeni, sözleşmenin taraflarını korumaktır. Şekil şartı, tarafların sağlıklı düşünmesini sağlamak ve acele karar vererek yeteri kadar düşünmeden sözleşme yapılmasının önüne geçmektedir³⁷⁸. Türk ve İsviçre hukukunda ağırlıklı görüş, şekil şartına uyulmamasının yaptırımını, kesin hükümsüzlük olarak kabul etmektedir³⁷⁹.

³⁷⁵ Çabri, s. 216.

³⁷⁶ Atamer, s. 228-229, dn. 520.

³⁷⁷ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 143; Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 104-105.

³⁷⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 265-266; Akipek Öcal, Şekil, s. 19.

³⁷⁹ VonTuhr, Andreas/Peter, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Ersten Band, Erster Lieferung, Dritte Auflage, Zürich 1974, s. 225; GAUCH, Peter/SCHLEUP, Walter R./SCHMID,

Buna göre, kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi süreye tabi değildir, borcun ifası ile geçerli hale gelmez, herkes tarafından ileri sürülebilir ve hakim tarafından da re'sen nazara alınmalıdır³⁸⁰.

Klasik kesin hükümsüzlük düşüncesinden farklı olarak son yıllarda öğretide “kendine özgü geçersizlik” görüşü de öne sürülmektedir. Bu görüşe göre, sözleşmedeki şekil eksikliğini sadece sözleşmenin tarafları ileri sürebilmekte, üçüncü kişiler bu geçersizliği ileri sürememektedir. Hakim, şekil eksikliğini re'sen dikkate almamakta, bilerek ve isteyerek yapılan ifa, sözleşmeye geçerlilik kazandırmaktadır. Kendine özgü geçersizlik görüşüne göre, şekil eksikliği ileri sürülmediği zamana kadar geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam etmektedir³⁸¹.

Jörg/REY, Heinz/ EMMENEGGER, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008, s. 105; Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2, neuarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1988, s. 168 vd; SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Vierte, überarbeitete Auflage, Bern 2006, s. 226; Engel, Pierre, Traité des obligations en Droit Suisse, 2.Aufl., Bern, 1999, s. 294; İnal, 665; Eren, Borçlar Genel, s. 267 vd; Oğuzman/Öz, s. 126 vd, 137; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 308; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 102. Şekle aykırı sözleşmelerin geçersizliği hakkındaki görüşler için bkz. Antalya, Gökhan, Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Unsurları, MÜHFHAD, C.7, S.3, Eylül-Aralık 1992. Ayrıca bkz. Tuğ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994; Öğüz, Tufan, Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHFHAD, İstanbul 2012, s. 99-106. Şekil şartına aykırılığa yokluk yaptırımını uygulanması gerektiği görüşünde, Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3.Aufl., Basel-Frankfurt am Main 1988, s. 25 vd. İnal'a göre, ilgili madde de sözü edilen “hüküm doğurmama” ifadesinin kesin hükümsüzlük niteliğinde mi yoksa sadece taraflar arasında bir hüküm doğurmamayı mı ifade ettiği tartışmaya açıktır. İnal, İnşaat, s. 222. Aksi Görüşte, Akipek Öcal, Şekil, s. 18.

³⁸⁰ Reisoğlu, s. 82; Antalya, s. 131; Eren, Borçlar Genel, s. 290; Oğuzman/Öz, s. 137 vd; İnal, İnşaat, s. 222.

³⁸¹ Erman, Arsa Payı, s. 23; İnal, İnşaat, s. 223; Eren, Borçlar Genel, s. 292; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 480, Schöenberger/Jäggi, Art. 11, s. 73 vd; Tercier, Pierre, Les contrats spéciaux, deuxième édition, revue et complétée de “La partie spéciale du Code des obligations” réalisée avec la collaboration de Silvio Venturi, Zurich 1995, s. 299; Merz, Hans, Vertrag und Vertragschluss, Freiburg 1988, s. 214; Gauch, Peter/ Schleup, Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 6.A, Zurich 1995, s. 561 vd; Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011, s. 78; Uygur, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1, 3.Baskı, Ankara 2013, s. 251; Akipek Öcal, Şekil, s. 17. Kesin hükümsüzlük yaptırımının esnetildiği görüşünde, Antalya, s. 142. Öngörülen geçersizliğin “hakkın kötüye kullanılması” yasağının yasal ve özel bir uygulaması olduğu görüşünde, Acar, Faruk, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, Milli Şerh, s. 550. İlgili görüşün eleştirisi ve düşünceler için bkz. Altaş, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 146-150. Ayrıca bkz. Erman, Hasan, Taşınmaz Satımı, Şekil Eksikliği, Hakkın Kötüye Kullanılması, İBD, 1987.

Başka bir görüş, buradaki geçersizliği, şekle aykırı sözleşmenin korunan taraf yönünden geçersizliği olarak tanımlamaktadır. Bu görüşe göre, şekle aykırılığın geçersizliği şekil hükmünün amacı ve anlamıyla iradesi şekille korunan kişinin dayanabileceği geçersizlik çeşididir. İradesinin şekil içinde yer alması zorunlu olmayan ve yer alsaydı bile kanunun amacı ile korunmayan kişi şekle aykırılığa dayanamaz. Bu şekilde kesin hükümsüzlük yaptırımının esnetildiği söylenebilir³⁸².

Diğer bir görüşe göre, sözleşmenin içeriğine ilişkin yasaklayıcı kanun hükmünün (klasik kesin hükümsüzlüğün) uygulanması halinde, özel hükmün amacına ters düşen sonuçlarla karşılaşılacağına anlaşılmaması durumunda, klasik kesin hükümsüzlük kavramının unsurlarında bazı değişiklikler yapmak ve onu, olayda çığnenen kanun hükümlerine adapte etmek, yani bu hükümle uyumlu hale getirmek gerekir. İşte geleneksel kesin hükümsüzlük kavramının bu şekilde çığnenen özel kanun hükümlerinin anlam ve amacına uydurulmak üzere bazı değişikliklere tabi tutulmasına imkan tanındığı içindir ki, buradaki hükümsüzlük tipi “katı” olmaktan çıkmakta ve “esnek” olarak nitelendirilmektedir³⁸³.

Şekil şartına uyulmadan akdedilen bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesini geçersiz (batıl) kabul etmek, herşeyden önce TKHK’nun ulaşmak istediği amaçla çelişmiş olacak ve tüketiciyi korumaktan ziyade, tüketici aleyhine sonuçların doğmasına neden olabilecektir. Uygulamada çoğunlukla adi yazılı şekilde yapılan bu sözleşme nedeniyle tüketicilerin mağduriyetler yaşadığı bilinen bir gerçektir. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmasına güvenerek ödemelerini yapan tüketici, satıcının mülkiyeti devretmediği hallerde dava yoluna başvurmakta, ancak sözleşmenin resmi şekilde yapılmamasından dolayı satın aldığı taşınmazın mülkiyetini elde edememektedir. Tüketicinin bu şekilde zarar görmesini engellemek isteyen kanun koyucu, tüketici hukukunun temel ilkelerinden biri olarak da kabul edilen geçersizlik türüne kesin geçersizlik yaptırımı yerine bu kuralı esnetmek suretiyle nispi geçersizliğin uygulanmasını öngörmüş ve madde 41/1 düzenlemesini, TKHK’nın diğer hükümleri

³⁸² Antalya, s.142.

³⁸³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 592. Nitekim, iptal edilebilirlik yaptırımı da söz konusu değildir. Çünkü, iptale tabi işlemler kanunda açıkça ifade edilmektedir. Ne Kanunda ne de Yönetmelikte böyle bir hüküm bulunmadığından şekle aykırılığın yaptırımı iptal edilebilirlik olarak kabul edilemez.

paralelinde, tek taraflı hükümsüzlük yaptırımına bağlamıştır³⁸⁴. Diğer bir ifadeyle, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin resmi şekle uyulmadan yapılmış olması Kanunun emrediciliği karşısında kesin hükümsüz sayılacakken, getirilen düzenleme ile kesin hükümsüzlüğün özel bir şekli düzenlenmiştir. Zira, özünde taşınmaz mülkiyetinin devri amacını taşıyan ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ya kat irtifakının devri suretiyle tapu sicil müdürlüğünde ya da satış vaadi şeklinde noterde yapılmak zorundadır.

Kanaatimizce, TKHK md. 41/1 c.2’de düzenlenmiş olan geçersizliği, TMK md. 2 kapsamında “*hakkın kötüye kullanılması*” yasağının yasal ve özel nitelikte bir görünümü olarak kabul etmek gerekir. Burada satıcının şekle aykırılığı öne sürmesinde hakkın kötüye kullandığına dair yasal bir karinenin varlığından söz etmek mümkündür. Aslında şekle aykırı yapılmış olan sözleşme (TBK md. 12/2, md. 237, TMK md. 706 ve Tapu K. md. 26 gereği) kesin hükümsüz kabul edilecekken, TMK md. 2 düzenlemesi bunu engellemekte ve işlemin yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulama alanı bulamamaktadır. Böylelikle kanun koyucu, satıcının sözleşmenin geçersiz olacağına dair itirazlarını en başından bertaraf etmektedir. Kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanmadığı için, yapılan işlem başından itibaren geçerli olmaktadır³⁸⁵. Nitekim, tüketici şekle aykırı bir sözleşmenin varlığına rağmen sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ifa edebildiğine göre, kesin hükümsüzlük yaptırımından söz edilemeyeceği rahatlıkla söylenebilir. Satıcının ön ödemeli konut satışı sözleşmesini resmi şekilde ve belirlenen içeriğe göre hazırlama yükümlülüğü kanundan kaynaklanan yasal bir yükümlülük olarak düzenlendiğinden, kanundan kaynaklanan bir yükümlülüğe uyulmamasının sorumluluğu bir anlamda satıcıya yüklenmiş bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, şekle aykırı sözleşme yapan satıcı, sözleşmenin geçersiz kalabileceği riskini de

³⁸⁴ TKHK md. 17/3: 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. TKHK md. 32/2: Konut finansmanı sözleşmesi yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmaz. Geçerli bir sözleşme yapmamış olan konut finansmanı kuruluşu, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez.

TKHK md. 47/4: İş yeri dışında kurulan sözleşmeler yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmaz. Geçerli bir sözleşme kurmamış olan satıcı veya sağlayıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez.

³⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 324 vd. Yazarlara göre, hükümsüz olarak meydana gelen sözleşmenin TMK md. 2/2 vasıtasıyla sonradan “düzelməsi” söz konusu değildir. Butlanın, TMK md. 2/2’nin devreye girmesiyle etkisiz kalması sonucu, işlem daha baştan geçerli olarak kurulmuş sayılır.

üstlenmiş olur. Sonuç olarak, ilgili düzenlemeye göre, şekle aykırı yapılan işlem tüketiciyi bağlamamakta, satıcıyı ise (ispatlandığı takdirde) kesin olarak bağlamaktadır³⁸⁶.

Diğer taraftan, her ne kadar satıcıya şekle aykırılık iddiasını tüketicinin aleyhine olmayacak şekilde ileri sürebilme hakkı verilmiş görünse de, bu duruma uygulamada sık rastlanmayacaktır. Eğer satıcı şekle aykırılığı öne sürüyor ise, bunun tüketici aleyhine olmadığını ispat etmelidir. Dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, taraflar eğer ilgili madde hükmünde belirtilen şekil şartına uymadıklarının farkında ve bilerek, isteyerek borçlarını karşılıklı olarak tümüyle ifa etmişlerse, bu durumda şekle aykırılığı ileri sürmek TMK md. 2 kapsamında dürüstlük kuralına ters düşecektir³⁸⁷.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, tüketicinin şekle aykırılığı öne sürmesi TMK md. 2'ye aykırı olmamalıdır³⁸⁸. Buna göre, şekil eksikliğinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığı, her somut olayda ayrı olarak incelenmesi gerekir³⁸⁹. Kanaatimizce hakim, şekle aykırılıktan dolayı sözleşmenin geçersiz olduğunu ancak tüketici yararına ise re'sen göz önünde bulundurmalıdır³⁹⁰. Örneğin, sözleşmeyle borçlandığı edimi ödeyemeyen tüketiciye karşı satıcının (şekle aykırı yapılmış) sözleşmeye dayanarak ifa talebinde bulunması halinde hakim, davanın kabulü veya reddedilmesi seçeneklerinden hangisi tüketici lehine olacak ise bunun tespitini yapıp, o yönde karar vermelidir.

³⁸⁶ Bununla birlikte, akdin kurucu unsurlarından birinin olmadığına dair geçersizlik satıcı tarafından her zaman ileri sürülebilecektir (taraf ehliyeti gibi).

³⁸⁷ İnal, s. 667. Öz'e göre, sözleşme ayıplı ya da eksik ifa edilmişse, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu sona ermedikçe, tüketici şekle aykırılığı öne sürebilir. Ancak, ayıplar önemsizse veya kolayca tazmin edilmeleri mümkünse bu durumda tüketici artık sözleşmenin geçersizliği iddiasında bulunmamalıdır. Bkz. Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 144. Nitekim Yargıtay, resmi şekle uyulmadan yapılmış olan bir taşınmaz satış sözleşmesinde, tarafların bütün yükümlülüklerini yerine getirmesi durumunda, şekle aykırılık iddiasının dinlenemeyeceğini ve alıcının şekle aykırı sözleşmeye rağmen cebri tescil davası açarak taşınmaz mülkiyetinin kendisine devrini isteyebileceğini kabul etmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 30.9.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K. İlgili karar için bkz. Erman, Arsa Payı, s. 22-31.

³⁸⁸ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 144.

³⁸⁹ Erman, Arsa Payı, s. 31.

³⁹⁰ Aynı yönde bkz. Acar, Şerh, s. 550.

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapıldığı hallerde, teorik olarak sözleşme geçerli olarak kabul edilse dahi, sözleşmeden doğan hakkın tapu kütüğüne şerh verilme imkanı TST md. 47/1 gereği mümkün değildir. Bu durumda tüketici elindeki adi yazılı sözleşmenin tapu kütüğüne şerh verilebilmesi için dava yoluna başvurmalı ve dava süresince ilgili tapu kaydına tedbir kararı konulması yönünde talepte bulunmalıdır³⁹¹.

C. Tüketicie Tanınan Şekle Aykırılığı Öne Sürme Hakkının Sınırları

Yukarıda ifade edildiği üzere, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasının zorunlu kılınmasıyla hem tüketicinin korunması amaçlanmış hem de işlem güvenliği sağlanmak istenmiştir. Zira, tapu sicil müdürlüğü ya da noterlik dışında yapılan adi yazılı şekildeki bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi, taraflar açısından tereddütlere yol açabilmekte ve hatta güvensiz bir ortam yaratmaktadır. Böyle bir durumda sözleşmenin gerçekten var olup olmadığı da tartışmalı hale gelebilmektedir³⁹².

Tüketici, sözleşmenin şekle aykırılığını her zaman ileri sürebilme hakkına sahip olsa da, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin taraflar arasında kurulmuş olduğunu her halükarda ispatlaması gerekir. Satıcı, tüketici ile aralarında bir sözleşme kurulmadığını iddia ediyorsa, bu durumda tüketici, sözleşmenin varlığını ispat etmek zorundadır. Tüketici sözleşmenin varlığını ispat ederken, en azından satıcının kendisine hangi konutu, hangi bedelle sattığını net bir biçimde ortaya koymalıdır. Bununla birlikte, tüketici bir yandan satıcıdan sözleşme gereğince ifada bulunmasını talep ederken, diğer yandan kendi edimini şekle aykırılıktan dolayı ifa etmekten kaçınmaz. Böyle bir durumda ya tüketicinin talep ettiği istekler reddedilecek ya da sözleşme geçerli

³⁹¹ Çabri, s. 216. Yüklenici ve tüketici arasında yapılan konut satış sözleşmesinden doğan ihtilaflarda tüketici mahkemesinin görevli olduğu hakkında bkz. Yargıtay HGK, 05.10.2005 T., 2005/14-490 E., 2005/563 K. www.kazancı.com (22.06.16). TKHK md. 77/3 gereğince, resmi şekil şartını yerine getirmeden tüketiciyle sözleşme imzalayan satıcı, her bir sözleşme için idari para cezası ödemek zorundadır.

³⁹² Hatırlatmak gerekir ki, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun md. 6/2'ye göre (Ek fıkra: 24/7/2008-5793/8 md.), TOKİ tarafından satılan bir taşınmaz için yapılan gayrimenkul satış sözleşmesi ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerinde resmi şekil şartı aranmaz.

sayılarak tüketici kendi borçlarını ifa etmeye zorlanacaktır³⁹³.

D. Şekil Şartına Aykırılığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Dayalı Olarak Ortaya Çıkması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt ettiği, tam iki tarafa borç yükleyen, iki tipli karma bir sözleşmedir³⁹⁴. Yüklenici ile alıcı üçüncü şahıs arasındaki bu sözleşme hukuki nitelik itibarıyla arsa sahibine karşı alacağın temlikidir. Yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, inşaatı yapma ve teslim etme borcuna karşılık sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının mülkiyetini talep etme hakkına sahip olmakta, üçüncü kişi ile yapmış olduğu sözleşme ile arsa sahibine karşı olan bu alacağını alıcı üçüncü kişiye temlik etmektedir³⁹⁵.

Yüklenicinin arsa malikiyle yapmış olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bağımsız bölüm alacağının üçüncü kişiye devredilmesine dair yapılan sözleşmeler ve üçüncü kişinin bağımsız bölümü barınma amaçlı satın aldığı ihtimalde, karşımıza bir tüketici işlemi ortaya çıkmaktadır³⁹⁶. Üçüncü kişi olarak tabir edilen tarafın, yükleniciden satın aldığı taşınmaz konut amaçlı kullanacak olması halinde, tüketici olarak nitelendirileceği aşıkardır. Ancak belirtilmelidir ki, yüklenicinin de ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmesi gerekir³⁹⁷. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüketici hukuku kapsamında kalan kısmı, yüklenici ile tüketici arasında kurulan işte bu taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmesidir.

³⁹³ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 143.

³⁹⁴ Erman, Arsa Payı, s. 1, 6.

³⁹⁵ Erman, Çalıştay, s. 4; İnal, Emrehan, Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmesinin Alıcı-Tüketici Bakımından Arz Ettiği Özellikler, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları 2015-2016, (Edt. Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2016, s. 109; Ayrıca bkz. Kahraman, s. 437.

³⁹⁶ İnal, Kongre, s. 110. Arsa sahibinin konut olarak kullanmak amacıyla ve yüklenicinin de mesleki veya ticari amaçla hareket ederek yaptıkları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de tüketici işlemi niteliği taşıdığı ve 6502 sy. Kanunun öncelikli uygulanması gerektiği görüşünde, Yeniocak, Umut, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları Açısından Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, (Edt. Tokbaş, Hakan/Kurşun, Ali Suphi), 2. Cilt, İstanbul 2016, s. 135.

³⁹⁷ Akipek Öcal, Tüketici İşlemi, s. 18-19.

Bir kişi mesleki ve ticari amaç taşımaksızın, sahip olduğu arazi için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yaparak birden fazla bağımsız bölüm edinse de tüketici sıfatına haiz olur³⁹⁸. Buna karşılık, bu bağımsız bölümler konut değil de ticari maksatlı ofis, dükkan, depo niteliğinde ise ve iş sahibi bunları üçüncü kişilere satacak veya kiralayacaksa, bu durumda yapılan sözleşme tüketici işlemi sayılmaz³⁹⁹.

Yükleniciye arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle kalacak olan bağımsız bölümlerin, tüketiciye ön ödemeli konut satış vaadi şeklinde satılması durumunda, yukarıda bahsettiğimiz şekil şartları aynen burada da geçerlidir. Yani sözleşme satış vaadi şeklinde yapılacaksa noterde düzenleme şeklinde ya da tapu müdürlüğünde kat irtifakının devri suretiyle gerçekleşmelidir. Bu şekil şartına uyulmadan yapılmış olan adi yazılı bir taşınmaz satış sözleşmesi de, yapılan işlemin tüketici işlemi olması ve ön ödemeli konut satış sözleşmesinin unsurlarını taşıması halinde TKHK md. 41/1 hükmü kapsamında olacaktır. Tüketici, şekle aykırılığa dayanan geçersizliği yükleniciye karşı her zaman ileri sürebilecek, yüklenici ise Yargıtay içtihatlarında sözü edilen “ifasına

³⁹⁸ Yargıtay 20. HD 03.04.2017 T., 2017/5262 E., 2017/2746 K. Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. ...5. Asliye Hukuk Mahkemesince, uyuşmazlığın eser sözleşmesinden kaynaklandığı ve davacının tüketici olduğu bu davaya bakmakla görevli olmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. ... 5. Tüketici Mahkemesi ise davacılar ile davalı yüklenici ...İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. arasında ... 32. Noterliğinin 22/08/2012 tarihli düzenleme şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi düzenlendiği, arsa maliki olan davacıların anılan hükümde belirtilen tüketici tanımına uymadığı anlaşılmalı, Tüketici Kanunu kapsamında bulunmayan uyuşmazlığın asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerektiği gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı Kanun'un 3/1. maddesi (I) bendinde “Gerçek veya tüzel kişilerle tüketiciler arasında kurulan eser sözleşmelerini” tüketici işlemi kapsamına almıştır. Aynı Kanununun 73/1. maddesi ise tüketici işlemlerinden doğan davalarda tüketici mahkemelerinin görevli olduğunu belirlemiştir. 6502 Sayılı Kanun'un 3. madde gerekçesinde eser sözleşmelerinin kanun kapsamına alınmasına herhangi bir açıklama getirilmemiştir. Ancak, Kanunun sistematığı nazara alındığında, kanunda zikredilen eser sözleşmelerinden kastın; ticari ve mesleki olmayan amaçlarla, salt kişisel ihtiyaçları için kullanma ve tüketme amacıyla gerçek ve tüzel kişi ile tüketici arasında yapılan eser sözleşmeleri olduğu anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri 818 Sayılı BK'nın 155 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türüdür. Bu sözleşmelerin bir tarafı arsa sahibi diğer tarafı yüklenicidir. Bu tür sözleşmelerde arsa sahibinin Tüketici Kanununun 3/1-(k) maddesindeki tüketici tanımına uymadığı anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç, kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Bu sebeple arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin, 6502 Sayılı Kanunda tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. ...Tüm dosya kapsamı değerlendirildiğinde, davacının 6502 Sayılı Kanunda belirtilen “Tüketici” tanımına girmediği, arsasını değerlendirme amacının olduğu anlaşılmalı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bulunmayan uyuşmazlığın HMK'nın 2. maddesi uyarınca genel hükümlere göre ... 5. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir. Ayrıca bkz. Yargıtay 20. HD 03.04.2017 T., 2017/5396 E., 2017/2735 K. www.kazancı.com (09.04.2017).

³⁹⁹ Öz, Eser, s. 211.

başlanmış veya edimlerden birinin ifa edilmiş olması” şartı aranmaksızın bu geçersizliği tüketiciye karşı ileri süremeyecektir⁴⁰⁰.

E. 4077 Sayılı Yasaya Göre Yapılan Sözleşmelerin Durumu

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesi ile birlikte 4077 sayılı eTKHK’nın yürürlüğü sona ermiştir. Yeni kanunla birlikte yürürlük hukukuna dair bazı sorunlar da ortaya çıkmakta, eTKHK zamanında akdedilen sözleşmeler için hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı önem arz etmektedir⁴⁰¹. Belirtmek gerekir ki 4077 sayılı eTKHK yürürlük zamanında ortaya çıkan en büyük sorun, satıcıların taşınmaz satış sözleşmesini tüketicilerle adi yazılı şekilde yapmalarıydı. Tüketiciler bu sözleşmeye dayanarak taşınmaz mülkiyetinin devrini isteyememekte, ancak sözleşmeden dönerek, ödediği bedeli Yargıtay’ın belirlediği “denkleştirici adalet ilkesi”ne göre talep edebilmekteydi. 6502 sayılı kanunla birlikte şekle aykırılık ve buna bağlı kesin hükümsüzlük sorunu bir anlamda çözülmekle beraber, 4077 sayılı Kanun zamanında adi yazılı şekilde akdedilen bir konut satış sözleşmesinin akibetinin ne olacağı hususu açıklanmaya muhtaçtır.

TKHK Geçici 1. maddesi geçiş hükümlerine ilişkin çeşitli düzenlemeler getirmiştir. Bahsedilen maddenin 2. fıkrasına göre “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki tüketici işlemlerine, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına bu işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmiş ise kural olarak o kanun hükümleri uygulanır*”. İlgili hükmün a bendi ise, “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce*

⁴⁰⁰ Öz, Eser, s. 217. Yargıtay, müteahhitle üçüncü kişiler arasında adi yazılı şekilde yapılan bir taşınmaz satış sözleşmesini geçersiz saymak yerine bu sözleşmeleri alacağın temlik olarak kabul etmiş ve üçüncü kişilerin doğrudan arsa sahibine tescil davası açmasının önünü açmıştır. Buna göre, müteahhidin konutları tamamlamış olması şartı aranmamakla birlikte, müteahhidin üzerine düşen yükümlülükleri büyük oranda yerine getirmesi yeterli görülmektedir. Daha geniş bilgi ve açıklamalar için bkz. Erman, Arsa Payı, s. 22-31, Gelir paylaşımli inşaat sözleşmesine dayalı bir inşaat konut alan alıcının hukuki durumu hakkında bkz. İnal, Kongre, s. 110 vd. Gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi halinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden farklı olarak, alıcının (dolayısıyla tüketicinin) etkilenmeyeceği hususunda bkz. İnal, Emrehan, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Genel Esasları, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, (Der: İnal, Emrehan), İstanbul 2015, s. 76 vd.

⁴⁰¹ Yürürlük hukukunda, iki önemli ilke öne çıkmaktadır. Bunların ilki, “eski kanunun varlığını sürdürmesi-geçmişe etkili olmama” ilkesi, diğeri de “derhal yürürlük” ilkesidir. Tanımlamalar hakkında bkz. İnceoğlu, Murat/Baş Süzel, Ece, 6502 sayılı TKHK’un Yürürlüğü-Özellikle Genel Esaslara İlişkin Hükümlerin Bu Açıdan İncelenmesi, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul 2015, s. 397-398.

kurulan ve halen geçerli sözleşmelerin bu Kanuna aykırı hükümleri yürürlük tarihinden itibaren uygulanmaz” şeklindedir.

TKHK Geçici 1. maddesinin ikinci fıkrası incelendiğinde, eTKHK zamanında akdedilen sözleşmelerin geçerliliği yine aynı kanuna, yani 4077 sayılı kanuna tabi olacağı ifade edilmiştir. İlgili maddenin devamında ise, eTKHK yürürlük zamanında yapılmış sözleşmelerin, 6502 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olan kısımlarının uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, 28 Mayıs 2014 tarihinden önce kurulan ve şekil şartına aykırı yapılmış olan bir konut satışı sözleşmesi (tüketiciyi koruma gayesi de göz önünde bulundurularak) geçersiz sayılmayacaktır. Diğer bir anlatımla satıcı, eTKHK zamanında yapılmış bir sözleşmenin şekle aykırılığını (6502 sayılı kanunu gerekçe göstererek) tüketicinin aleyhine ileri süremeyecektir⁴⁰².

§ 9. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ

I. Sözleşmenin Zorunlu İçeriği

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu içerik ÖÖKSHY md. 7’de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin, en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde yapılması, aşağıdaki bilgileri içermesi ve bir örneğinin tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketicinin bilgilendirilmesi ve aydınlatılması adına düzenlenen bu hükümler, tüketicinin serbestçe karar vermesini sağlayacaktır.

Yönetmeliğin 7. maddesinde yer alan ve ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu içerikler; satıcının adı veya unvanı, açık adresi, telefon numarası ve varsa MERSİS numarası ile diğer iletişim bilgileri, tüketicinin adı, soyadı, açık adresi, telefon numarası ve varsa diğer iletişim bilgileri, sözleşmenin düzenlendiği tarih, sözleşme konusu konuta ilişkin bağımsız bölümün yer aldığı ada, parsel, blok, konum, kat ve benzeri temel nitelik bilgileri ile Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliğine göre belirlenen bağımsız bölüm net ve brüt alanları, konutun tüm vergiler dahil Türk

⁴⁰² İnceoğlu/ Baş Süzel, s. 400.

Lirası olarak satış fiyatı, varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgi, konutun tüm vergiler dahil Türk Lirası olarak toplam taksitli satış fiyatı; varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgi, faiz miktarı ve faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faiz oranı, tüketicinin temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları, ön ödeme tutarı, ödeme planı ve ödemelerin yapılacağı banka ve hesap bilgileri, cayma hakkının kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin bilgiler, sözleşmeden dönme hakkının kullanılma şartları, süresi, usulü ile tazminata ilişkin bilgiler, cayma ve sözleşmeden dönme bildirimlerinin yapılacağı açık adres bilgileri, verilen teminata ilişkin bilgiler, konutun teslim tarihi ve şekli, yapı ruhsatının alınış tarihi, konutun ortak giderlerine ilişkin bilgiler, tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilgi olarak tek tek düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin 7/2 maddesine göre, peşin ödemede bulunulan ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde, konutun tüm vergiler dahil Türk Lirası olarak toplam taksitli satış fiyatı; varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgi, faiz miktarı ve faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faiz oranı, tüketicinin temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları, ön ödeme tutarı, ödeme planı ve ödemelerin yapılacağı banka ve hesap bilgilerinin sözleşmede bulunması gerekmemektedir.

II. Zorunlu Bir İçeriğin Bulunmamasının Sonuçları

Yukarıda sayılan içeriğin sözleşmede yer alması, tüketicinin yapmış olduğu sözleşmede aydınlatılmasını, diğer bir söylemle bilgilendirilmesini amaçlamaktadır. Satıcının, sözleşmede olması gereken zorunlu unsurlara sözleşmede yer vermemesi veya sözleşmede olması gereken bilgilerde eksikliğin söz konusu olduğu durumlarda, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin geçerliliği etkilenmez. Sözleşmenin geçerli olacağını, TKHK md. 4/1 düzenlemesinden anlamaktayız. İlgili maddeye göre, *“Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile*

tüketicie verilir. Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen taraftan derhal giderilir". Buna göre, sözleşmeyi hazırlayan taraf olan satıcı sözleşmedeki eksikleri gidermekle yükümlüdür. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde zorunlu olarak bulunması gereken bu kayıtlar, tüketiciyi korumaya ve aydınlatmaya yönelik olduğu için nispi emredici niteliktedir.

III. Sözleşmede Yer Alan Haksız Şartlar

A. Genel Olarak Haksız Şart Kavramı

TKHK md. 5/1 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin (TSHŞHY)⁴⁰³ 4/c maddesine göre haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır. Sözleşmede kararlaştırılan bir hükmün haksız şart sayılarak, tüketici açısından bağlayıcı olmaması için bazı unsurlar aranmaktadır.

Buna göre, bir sözleşmede bulunan bir kaydın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için, bu kaydın tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş olması gerekir. Sözleşmeye konulan kaydın haksız olarak kabul edilebilmesinde sözleşmeyi hazırlayan kişinin kim olduğu önemli değildir. Haksız şart içeren sözleşme, satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından düzenlenebileceği gibi başka bir kurum veya kuruluşlar tarafından da düzenlenmiş olabilir⁴⁰⁴.

⁴⁰³ RG. 17.06.2014 Tarih, S. 29033.

⁴⁰⁴ Daha geniş bilgi ve açıklamalar için bkz. Çabri, Şerh, s. 121 vd; Aydoğdu, Murat, Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014, s. 186 vd; Karakocalı/Kurşun, s. 38 vd; Kara, s. 140 vd; Gümüş, s. 50 vd; Çınar, s. 24, 52 vd; Karadağ, s. 161 vd; Rehbindir, Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, (Çev. Ömer Teoman), İÜHFM, C.XLII, S. 1-4, 1976, s. 641 vd; Atamer, Yeşim, M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2.Bası, İstanbul 2001, s. 31 vd; Havutçu, Ayşe, Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 12-13 vd; Özel, s. 70 vd; Karadağ, s. 161 vd; Akipek, Tüketici Kredisi, s. 193, 224; İnal, Tamer, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, 2014, s. 32 vd; Bahtiyar, Mehmet, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması, Yargıtay Dergisi, S.1-2, Ocak-Nisan 1996, s. 76 vd; Antalya, Gökhan, 6098 Sayılı TBK'nın 20-25. Maddede

Tek taraflı hazırlanmış bir sözleşmede bulunan ve sözleşme içeriği haline getirilmek istenen bir kaydın haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için aranan diğer unsur ise, sözleşmeye dahil edilen bu kaydın, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması gerekir. Bu konuyla ilgili 93/13 sy. AB Yönergesinde dürüstlük kuralına aykırılığın tüketicinin uğramış olduğu zararda “önemli oransızlık” kriteri aranırken, Türk hukukunda bu kritere yer verilmemiştir⁴⁰⁵.

TKHK md. 5/2 ve TSHŞHY md. 7 gereği, tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez⁴⁰⁶.

Yer Alan “Genel İşlem Şartları” ile 6502 Sayılı TKHK’nın 5. Maddesinde Yer Alan “Haksız Şartların” Karşılaştırılması, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Ankara 2014, s. 45 vd; Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Akipek Öcal, Şebnem/ Aydoğdu, Murat, Milli Şerh, (Edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), İstanbul 2016, s. 139.

⁴⁰⁵ Bu konu hakkında geniş açıklamalar için bkz. Akipek Öcal/Aydoğdu, s. 147 vd; Çabri, Şerh, s. 126 vd; Karadağ, s. 163; Çınar, s. 32 vd; Karakocalı/Kurşun, s. 38 vd; Özel, s. 69 vd; Kara, s. 142; Aydoğdu, Genel İşlem, s. 46 vd. Genel işlem koşulları ise, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (TBK md. 20). Genel işlem koşullarından söz edebilmek için, sözleşme tek taraflı olarak önceden hazırlanıp karşı tarafa sunulmalı, soyut ve genel nitelikte hükümler içermeli, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmalı ve önceden kararlaştırılan sözleşme hükümlerinin sözleşmenin kuruluşu esnasında müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmesi gerekmektedir. Genel işlem koşullarını bireysel anlaşmalardan farklı kılan, tüketicinin sözleşmeye müdahale imkanının olmamasıdır. Bu nedenle tüketici, karşı tarafın kendisine sunduğu sözleşme koşullarını ya olduğu gibi kabul edecek ya da sözleşme yapmaktan vazgeçecektir. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 225 vd; Gauch/Schleup/Schmid/Rey/Emmenegger, s. 245; Reisoğlu, s. 71 vd; Eren, Borçlar Genel, s. 214-218; Aydoğdu, Genel İşlem, s. 46-47 vd; Çınar, s. 52 vd; Antalya, s. 415 vd; Karadağ, s. 38; Atamer, Giş, s. 62 vd; Özel, s. 70. Genel işlem şartlarının hukuki niteliği konusunda doktrinde norm ve sözleşme teorileri öne sürülmekle birlikte, ağırlıklı görüş, sözleşme teorisinin kabul edilmesi yönündedir. Norm ve sözleşme teorileri hakkında geniş açıklama ve düşünceler için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 157; Çınar, s. 59 vd; Karadağ, s. 43 vd; Eren, Borçlar Genel, s. 218; Atamer, Giş, s. 78-79; Havutçu, Giş, s. 93 vd. TBK md. 21/1, sözleşmenin karşı tarafının, sözleşmenin içerdiği genel işlem koşulları hakkında bilgilendirilmesi ve içeriğinin anlama imkanı sağlanmasını emredici olarak düzenlemektedir. Bu şartın yerine getirilmemesi halinde, tüketici aleyhine olan hükümler yazılmamış sayılacak, diğer bir ifadeyle, sözleşmeden çıkarılacaktır. Yazılmamış sayılan sözleşme hükümleri dışında kalan maddeler ise geçerli olmaya devam edecektir. “Yazılmamış sayılma” yaptırımındaki görüşler ve yazılmamış sayılmadan dolayı sözleşmede oluşan boşluğun nasıl doldurulacağı konusunda bkz. Aydoğdu, Genel İşlem, s. 74-75, 78; Kılıçoğlu, s. 114; Eren, Borçlar Genel, s. 221; Havutçu, Giş, s. 145; Kara, s. 163 vd; Antalya, s. 441-442. Karş. Akipek Öcal/Aydoğdu, s. 148 vd; Kara, s. 166-167.

⁴⁰⁶ Her ne kadar ilgili düzenlemede “kesin hükümsüzlük” yaptırımından bahsedilse de burada tüketici

B. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi Bakımından Değerlendirme

Yukarıda kısaca belirtilen haksız şarta dair kayıtlar ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yapılırken söz konusu olabilir. Tüketicinin kat irtifakının kurulması sırasında tescil edilecek olan yönetim planına ve daha sonra bu planda yapılmış veya yapılacak değişikliklere peşinen muvafakat vermesi ve itirazlarından vazgeçtiğini baştan kabul etmesi; tüketicinin satın aldığı konutu ileride satmak veya kiraya vermek istediği takdirde kendi adına satma ve kiraya verme hakkından feragat edip satıcıyı tek yetkili kılması; aidat kayıtları; tüketicinin cayma ve dönme hakkını sınırlayan yada şarta bağlayan hükümler; tüketicinin kısmi ödemelerde temerrüde düşmesi halinde alacağın tamamının muaccel hale geleceğine dair kayıtlar; satıcının sözleşme ile kararlaştırılan konutun satış bedelini istediği gibi yükseltebileceğine dair koşullar; tüketicinin, satıcının atayacağı bina yönetimini peşinen kabul etmesi, uygulamada sıklıkla rastlanan örneklerdir⁴⁰⁷.

Satıcı ile tüketici arasında akdedilen ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinin büyük çoğunluğunda haksız şart ve genel işlem koşulları birlikte yer almakta ve genellikle satıcı tarafından önceden tek taraflı olarak ileride çok sayıda benzer sözleşme için kullanılmak amacıyla hazırlanmaktadır. Yukarıda, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi için verilen örnekler açısından, sözleşmeye hangi Kanunun uygulanması gerektiği konusunda tereddütler oluşabilir. Diğer bir ifadeyle, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin hem haksız şart hem de genel işlem koşullarını beraber barındırması halinde nasıl bir yol izleneceği belirlenmelidir. Standart sözleşme denilen bu tür sözleşmelere konulan genel işlem koşulları ve haksız şartların akibeti TKHK md. 5/3 ve TBK md. 21/2 hükümleri dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Buna göre, TKHK md. 5/3'de, *“Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür”* denilmektedir. İlgili hüküm

lehine “tek taraflı hükümsüzlük” yaptırımının kabul edilmesi gerektiği görüşünde, Aydoğdu, Genel İşlem, s. 198-199. Aynı yönde, İnal, Haksız Şart, s. 35; Kara, s. 142.

⁴⁰⁷ Yeniocak, Umut, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmelerinde Mülkiyet Hakkını Sınırlandıran Haksız Şart Uygulamaları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları 2015-2016, (Edt. Tokbaş/Hakan, Üçışık/Fehim), Ankara, 2016, s. 117-118.

incelendiğinde, haksız şart içeren bir maddenin standart bir sözleşmede yer alması halinde, bu şartın tüketiciyle müzakere edilmediği karine olarak kabul edilmektedir. Satıcı bu şartın müzakere edildiğini iddia ediyorsa, bunu ispat etmekle yükümlü olacaktır. TBK md. 21/2 ise, “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır” şeklindedir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, tüketici ödemiş olduğu bedel karşılığında satın aldığı konutun mülkiyetine sahip olmayı (mülkiyet hakkının verdiği hakları kullanmayı) beklemektedir. Yukarıda verilen örneklerden bir kısmı TBK md. 21/2 anlamında işin niteliğine aykırı, sürpriz ve şaşırtıcı etki yaratan, tüketicinin haklı beklentileriyle bağdaşmayan hükümlerdir. Bu nedenle, bu tür hükümlerin bulunduğu ön ödemeli konut satışı sözleşmesindeki bu tür kayıtlar TBK md. 21 anlamında şaşırtıcı koşullardır ve sözleşme hükümlerinden çıkarılması gerekmektedir⁴⁰⁸.

§ 10. SATIŞ BEDELİ

I. Genel Olarak

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tanımı yapılırken, bu sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan bahsedilmişti. Bu nitelendirme ışığında satıcının edimini satılan konutun devir ve teslimi oluşturuyorken, tüketicinin edimi satış bedelini ödemektir. Satış bedeli mutlaka para olarak ödenmelidir. Böylece satıcı ve tüketicinin asli nitelikteki bu borçları karşılık (synallagma) ilişkisi içinde birbirleriyle değiştirilmektedir. Satış bedeli bir maldan oluşuyorsa, bu durumda mal değişim (trampa) sözleşmesi söz konusu olacaktır⁴⁰⁹. Tüketici, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile yüklendiği edim olan satış bedelini önceden peşin ya da taksitle

⁴⁰⁸ Yeniocak, Haksız Şart, s. 121 vd. Tüketici sözleşmelerinde GİK denetimi TBK öncesi iki türlü sağlanmaktaydı. Bunlardan biri yürürlük denetimi, diğeri ise içerik denetimi idi. TBK md. 20-25 hükümlerinde daha ayrıntılı ve farklı denetimler düzenlendiği ve bu hükümler genel hüküm niteliğinde olduğu için, TKHK’da uygulanacak bir kural bulunmayan hallerde (TKHK md. 83/1 gereği) TBK md. 20-25 düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle, şaşırtıcı kayıt denetimi hakkında TKHK’da bir düzenleme bulunmadığından, TBK md. 21/2 hükmünün uygulanması gerekir. Bkz. Akipek Öcal/Aydoğdu, s. 128-129. Ayrıca bkz. Antalya, s. 427 vd. Yargıtay 19. HD. 13.02.2013 T., 2012/14777 E., 2013/2711 K. İlgili karar için bkz. Yeniocak, Haksız Şart, s. 122.

⁴⁰⁹ Eren, Borçlar Özel, s. 36.

ödeyebilir (TKHK md. 40). Ödenecek bedelin miktarı veya taksit sayısının bir önemi yoktur. Taraflar bunu sözleşmede serbestçe kararlaştırabilirler. Satış bedelinin tamamı satıcıya ödenebileceği gibi, satış bedelinin belirli bir kısmının konutun tesliminden önce ödenmesi TKHK md. 40-46 uygulanması için yeterlidir. Bu şekilde TKHK, TBK'nun taşınır satışları konu alan ön ödemeli satış (TBK md. 264 vd.) ile alakalı olarak getirmiş olduğu, satıcının bedelin tamamının ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretme prensibinden ayrılmıştır⁴¹⁰.

II. Satış Bedelinin Peşin Olarak Ödenmesi

Satış sözleşmelerinde satış bedelinin peşin olarak ödenmesinin kararlaştırılması durumunda, TBK md. 207/2 ve 234/1 uygulama alanı bulur ve satış bedeli, satılanın teslimi karşılığında (aksi kararlaştırılmamışsa) aynı anda ödenir. Yani, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde satış bedelinin peşin ödenmesi kararlaştırılmışsa burada dikkat edilmesi gereken husus, konut tesliminin sonradan (satış bedelinin ödenmesine başlanılmasının ardından) gerçekleşmesi gerektiğidir. Satış bedelinin tümü peşin olarak ödense dahi, konutun devir ve teslimi ileri bir tarihte söz konusu ise, TKHK md. 40-46 hükümleri uygulama alanı bulur. Tüketiciler, uygulamada genellikle, ön ödemeli konut satışı sözleşmesini, konut finansmanı kuruluşundan bağlı kredi almak suretiyle yapmaktadırlar⁴¹¹.

TKHK 40-46 maddelerini kapsayan ön ödemeli konut satışı sözleşmesi hükümlerinde satış bedeline dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, ÖÖKSHY md. 7/d'de, satılan konutun tüm vergiler dahil Türk Lirası olarak satış fiyatının ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde belirtilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. İlgili düzenlemeden, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde satış bedelinin sadece Türk Lirası olarak belirlenebileceği akla gelse de, kanun koyucunun böyle bir sınırlama getirmiş olabileceği düşünülmemelidir. Belirtilen hükümde sözü geçen "Türk Lirası" ifadesi

⁴¹⁰ Acar, s. 16.

⁴¹¹ Atamer, s. 222; Gümüş, s. 250; Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 102; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 3-4; Çabri, Şerh, s. 647; Aydoğdu, s. 88; Kara, s. 883; Makaracı, Konferans, s. 241; İnal, s. 634 vd. Tüketicinin satış bedelini peşin ödemesi ile aynı anda konut teslim ediliyorsa burada bir ön ödemeli bir satıştan söz edilemez. Karakocalı/Kurşun, s. 128. Ayrıca bkz. § 5, II.

“satış fiyatı” olarak anlaşılmalıdır⁴¹². Satış bedelinin Türk Lirası yanında yabancı ülke parasıyla ödenmesi hususunda Kanunda bir engel yoktur. TBK md. 99/1-2 düzenlemesi, satış bedelinin yabancı parayla ödenebilmesine ve tarafların bu konuda serbestçe karar verebilmesine olanak tanımaktadır⁴¹³.

Tüketici, satın almış olduğu konut dolayısıyla satıcıdan özel taleplerde bulunabilir. Örneğin bir şömine, kartonpiyer, özel aydınlatma vs. yapılacak işlerin bedeli konutun satış bedelinden ayrı veya her ikisinin birlikte ödeneceği kararlaştırılabilir. Satış bedeli nasıl ödenirse ödensin, sözleşmenin niteliği değişmez, yani, konutun standart yapı olarak satışında satış sözleşmesi hükümleri, özel talep edilen işler bakımından ise eser sözleşmesi hükümleri geçerli olmaya devam edecektir⁴¹⁴.

III. Satış Bedelinin Kısım Kısım Ödenmesi

Ön ödemeli satış sözleşmeleri, (tüketici kredisi sözleşmelerinin aksine) birikim yapmayı amaçlayan bir sözleşmedir. Çünkü, bu sözleşmeyle alıcı, öncelikle tasarruf (birikim) yapmakta, daha sonra ihtiyaç duyduğu malı almaktadır. Bu tip sözleşmelerin en belirgin özelliği, alıcının (tüketicinin) satış bedelini öncelikle ödemesi ve bu ödemenin taksitler şeklinde gerçekleşmesidir⁴¹⁵.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile bir konut satın almaya karar veren tüketici, satış bedelini taksitler halinde ödeyecekse, bunun bir kısmını devir ve teslimden önce, kalan kısmını ise devir ve teslimden sonra ödemeyi borçlanmış olmalıdır. Ancak tüketici, konutun teslim edilmesinden önce tüm taksitleri ödeyip konutu teslim alma şansına da sahiptir. Tüketici satış bedelini henüz ödemeye başlamadan konutu teslim alıyorsa, böyle bir durumda ön ödemeli konut satışı sözleşmesi söz konusu olamaz. Bu nedenle satıcı, sözleşmede kararlaştırılan ödeme planına göre yapılacak tahsilatın ardından konutu teslim etmek durumundadır. Bir görüşe göre, ön ödemeli konut satışı

⁴¹² Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 28.

⁴¹³ Kampanyalı satışları düzenleyen 4077 sayılı eTKHK md. 6/A-b hükmüne göre, taraflar satış bedelini yabancı para olarak kararlaştıramamakta idi. Bunun nedeni, dövizdeki fiyat dalgalanmalarının tüketiciye yansıtılmasını engellemektir.

⁴¹⁴ Öz, Eser, s. 207.

⁴¹⁵ Eren, Borçlar Özel, s. 255 vd.

sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için tüketicinin konutun tesliminden önce en az bir taksiti ödemiş olması gerekir⁴¹⁶.

Ön ödeme kavramı, sözleşmede yer alması zorunlu olan ve tarafların mal veya hizmetin teslim ve ifasından önce semene mahsup olmak üzere ödenmesini kararlaştırdıkları bedeli ifade eder⁴¹⁷. Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik (ÖÖKSHY) md. 4/g'ye göre ise ön ödeme, konutun tesliminden önce tüketici tarafından ödenen toplam tutarı ifade eder.

TKHK ve ÖÖKSHY incelendiğinde, ön ödeme tutarının ne kadar olacağına dair düzenleme bulunmamaktadır. Halbuki, kampanyalı satışları düzenleyen 4077 sayılı eTKHK md. 7/6'da buna ilişkin bir hüküm mevcuttu. İlgili maddeye göre, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, ön ödeme tutarı, mal veya hizmetin satış bedelinin yüzde kırkıdan fazla olamamaktaydı. 6502 sayılı TKHK'da ise tüketicinin hangi tutarda ön ödemede bulunacağına dair bir hüküm veya sınırlama getirilmemiştir⁴¹⁸. Sadece, ÖÖKSHY md. 7/g'de ön ödeme tutarının sözleşmede bulunması gereken zorunlu bir içerik olduğuna dair hükme yer verilmiştir. Bu nedenle, ön ödeme tutarı ve tüketicinin ödeme planı sözleşmede yer alması zorunlu kayıtlardan biridir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik'te ön ödeme miktarının ne kadar olacağına dair bir düzenleme bulunmadığından, taraflar sözleşmede serbestçe ön ödeme tutarını belirleyebilecektir. Ödemelerin hangi vadede yapılacağı, kaç taksitte ödeneceği gibi konular, yine tarafların serbestçe üzerinde anlaşabilecekleri hususlardır.

⁴¹⁶ İnal, Şerh, s. 630.

⁴¹⁷ Atasoy/ Taşkın/Acar, s. 152.

⁴¹⁸ Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi şeklinde gerçekleşen satışlarda, bedelin tamamının ödenmesinin ardından tüketicinin malı elde edememe riski nedeniyle ön ödeme tutarının sınırlandırılması gerektiği görüşünde, Ozanoğlu, s. 161. Aynı yönde, Makaracı, Konferans, s. 245.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

§ 11. SATICININ YAPI RUHSATI ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. Genel Olarak

Sözlük anlamı izin, kolaylık, genişlik anlamına gelen ruhsat, (ruhsatname, ruhsatiye) imar mevzuatı açısından, yapılması kanunen izin almaya bağlı tutulan bir yapının yapılabilmesi için yetkili idareden izin verilmiş bulunduğunu gösteren belge anlamındadır. Diğer bir anlatımla, yapıya başlanılabilmesi için alınması gereken belgeye ise “yapı ruhsatı” denir⁴¹⁹. Bir yapının kim tarafından, hangi ada ve parselde ne tür bir inşaat yapılmasına izin verildiğini ve bu maksatla ödenmesi gereken harç ve vergilerin de yatırıldığını gösteren bir belgedir⁴²⁰.

Bir yapı inşa edilirken plansız, gelişigüzel ve keyfi şekilde yapılması düşünülemez. Yapının imar kurallarına, şehircilik ilkelerine, estetik, mühendislik, mimari kurallara uygun olarak yapılması gerekmektedir. İşte yapı ruhsatı, inşa edilecek yapıların nasıl ve ne şekilde inşa edileceğini düzenleyen, mimari, mühendislik, sağlık ve çevre koşullarına uygunluğunu hüküm altına alan belgedir⁴²¹. İnşaat devam ederken, yapının imar kurallarına göre sürdürülüp sürdürülmediğinin ve tamamlanmasından sonra da kullanıma elverişli olup olmadığının (yapı kullanma ruhsatı ile) denetlenip gözetilmesi yapı ruhsatında belirlenen şartlara göre yapılmaktadır.

İmar hukukuna göre, yapı ruhsatı alınması zorunlu olan yapılar, belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde kalan yapılardır. İmar sınırları içindeki bir parselde yapı

⁴¹⁹ Aydemir, s. 511 vd; Duman, İlker Hasan, İnşaat Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014, s. 442.

⁴²⁰ Ergen, Cafer, İnşaat Ruhsatları Açısından Kazanılmış Hak Durumu, <http://www.imarhukukcusu.com/modules.php?name=News&file=article&sid=1314>, (05.01.2016).

⁴²¹ Aydemir, s. 511 vd; Duman, s. 442.

yapılmasının mümkün olduğu, diğer bir ifadeyle, yapı yapma yasağının bulunmadığı durumlarda, idarenin yapı yapmaya izin verme ve bu yapıları denetleme yetkileri bulunmaktadır. Öte yandan, arsa sahipleri ve yükleniciler yapının inşası sırasında imar planı kurallarına uymakla yükümlüdür. Yapı için gerekli izin verilmiş ve yapı imar planında öngörülen kurallara uygun olarak yapılmış ve tamamlanmış olsa bile, bina sahibinin bu yapıyı kullanabilmesi için idareden (belediye) yapı kullanma izin belgesi (iskân ruhsatı) alması gerekir⁴²². Bu yolla idare, yapının imar kuralları yönünden kullanılmaya uygun olup olmadığını denetleme fırsatını elde etmektedir⁴²³.

II. Yapı Ruhsatının Alınması

TKHK md. 40/3 ve ÖÖKSHY md. 6/3'e göre, "Yapı ruhsatı alınmadan tüketicilerle ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapılamaz" denilmektedir. Maddede bahsi geçen yapı ruhsatı kavramı, İmar Kanunu 21. maddesinde sözü edilen "bir yapının inşa edilmesine başlamadan önce alınması gereken inşaat iznini" ifade etmektedir⁴²⁴. Bu durumda yapı ruhsatı alınması şartı ön ödemeli konut satış sözleşmesinin zorunlu bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. İlgili hüküm incelendiğinde, yapı ruhsatı alınmadan ön ödemeli bir konut satış sözleşmesi yapılmasının mümkün olmadığı görülecektir. Bunun nedeni, satıcı veya müteahhitlerin hukuken veya fiilen gerçekleşmeyecek hayali projeler üretip göz boyamak suretiyle tüketicilerden para toplamalarını önlemektir⁴²⁵. Dolayısıyla 6502 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra, ileride inşa edilecek konutlara dair ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için imar mevzuatı⁴²⁶ çerçevesinde yapılacak yapıya ilişkin yapı ruhsatının alınması ve inşaatın imar planına uygun olarak

⁴²² Yapı kullanma izninin tanımı, şartları ve sonuçları hakkında daha fazla bilgi için bkz; Kalabalık, s. 387 vd; Aydemir, s. 521 vd.

⁴²³ Kalabalık, s. 359.

⁴²⁴ Duman, s. 438; Çabri, s. 217.

⁴²⁵ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 145.

⁴²⁶ İK md. 21: Bu Kanunun kapsamına giren bütün yapılar için 26. maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden yapı ruhsatı alınması mecburidir. Ruhsat alınmış yapılarda herhangi bir değişiklik yapılması da yeniden ruhsat alınmasına bağlıdır. Bu durumda; bağımsız bölümlerin brüt alanı artmıyorsa ve nitelik değişmiyorsa ruhsat, hiçbir vergi, resim ve harca tabi olmaz. Ancak; derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı ve kiremit aktarılması ve yönetmeliğe uygun olarak mahallin hususiyetine göre belediyelerce hazırlanacak imar yönetmeliklerinde belirtilecek taşıyıcı unsur etkilemeyen diğer tadilatlar ve tamiratlar ruhsata tabi değildir.

yapılması zorunludur⁴²⁷.

Yapı ruhsatı alabilmek için kural olarak belediyelere (belediye sınırları dışındaki mücavir alanlar için valiliğe) müracaat edilmeli ve bu müracaatta tapu veya yerine geçecek belge, mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa ebatlı krokilerinin de eklenerek teslim edilmesi gerekmektedir⁴²⁸. Talepte bulunulan belediye veya valilik, gerekli incelemeleri otuz gün içerisinde yaparak başvurana yapı ruhsatı verir. Yapı ruhsatının alınmış olması en azından proje aşamasının tamamlandığı anlamına gelir ve satıcının belli bir ciddiyete sahip olduğunun göstergesi olarak kabul edilebilir⁴²⁹. Böylece sadece ciddi firmaların sektörde yer edinmesi ve bu yolla tüketicilerin korunması da amaçlanmaktadır⁴³⁰.

Yapıyı inşa edecek yüklenici, satıcı veya arsa sahibinin yapı ruhsatını aldıktan itibaren en geç iki yıl içerisinde inşaata başlaması ve beş yıl içerisinde de binanın yapımını tamamlaması gerekmektedir⁴³¹. Aksi durumda yapı ruhsatı iptal edilir ve yapı ruhsatı

⁴²⁷ İmar Planı: Belde halkının sosyal ve kültürel gereksinimlerini karşılamayı, sağlıklı ve güvenli bir çevre oluşturmayı, yaşam kalitesini artırmayı hedefleyen ve bu amaçla beldenin ekonomik, demografik, sosyal, kültürel, tarihsel ve fiziksel özelliklerine ilişkin araştırmalara ve verilere dayalı olarak hazırlanan, kentsel yerleşme ve gelişme eğilimlerini alternatif çözümler oluşturmak suretiyle belirleyen, arazi kullanımı, koruma, kısıtlama kararları, örgütlenme ve uygulama ilkelerini içeren pafta, rapor, ve notlardan oluşan belgedir. Daha geniş bilgi ve açıklamalar için bkz. Koçak, Hüseyin/Beyaz, Metin, 3194 sayılı Kanunun 18. Maddesi Gereğince İmar Uygulamaları, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2011, s. 17. İmar durumuna ve projesine uygun olarak ruhsat alındıktan sonra İdare mahkemesince imar durumu, ruhsat veya yapı kullanım izninin iptal edilmesi konusundaki görüşler için bkz. Erman, Mütalaa, s. 225 vd.

⁴²⁸ İK md. 22: Yapı ruhsatı almak için belediye, valilik bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gereklidir. Belediyeler veya valiliklerce ruhsat ve ekleri incelenerek eksik ve yanlış bulunmuyorsa müracaat tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yapı ruhsatı verilir. Eksik veya yanlış olduğu takdirde; müracaat tarihinden itibaren on beş gün içinde müracaatçıya ilgili bütün eksik ve yanlışları yazı ile bildirilir. Eksik ve yanlışlar giderildikten sonra yapılacak müracaattan itibaren en geç on beş gün içinde yapı ruhsatı verilir.

⁴²⁹ Acar, s. 26.

⁴³⁰ Aydoğdu, s. 88.

⁴³¹ İK md. 29: Yapıya başlama müddeti ruhsat tarihinden itibaren iki yıldır. Bu müddet zarfında yapıya başlanmadığı veya yapıya başlanıp da her ne sebeple olursa olsun, başlama müddetiyle birlikte beş yıl içinde bitirilmediği takdirde verilen ruhsat hükümsüz sayılır. Bu durumda yeniden ruhsat alınması mecburidir. Başlanmış inşaatlarda müktesep haklar saklıdır. Ruhsat yenilenmesi ve plan tadili sırasında ayrıca harç alınmaz. Ancak inşaat sahasında artış, bağımsız bölümlerin brüt alanında veya niteliğinde değişme olması halinde yeniden hesaplanacak harçtan evvelce ödenen harç tutarı, tenzil edilir. Yeni durumda hesaplanan harç tutarında azalma olması halinde iade yapılmaz. Diğer kanunlardaki muafiyet hükümleri saklıdır.

alınmadan başlanan inşaat mühürlenmek suretiyle durdurulur⁴³².

Kanun koyucu, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin akdedilebilmesi için satışa konu konutların inşa edileceği arsa üzerinde ilgili Belediye Başkanlığından alınacak inşaat yapı ruhsatı alınmasını TKHK md. 40/3 ve ÖÖKSHY md. 6/3 ile zorunlu kılmıştır. Böylece gerekli izinler alınmadan tüketicilerden para toplanılması engellenmek istenmiştir⁴³³. Özellikle, 4077 sayılı eTKHK döneminde yürürlükte olan kampanyalı konut satışlarında satıcılar, henüz yapı ruhsatı almadan broşürler veya maket üzerinden taşınmaz satışı yapmakta idi. Satıcının maket üzerinden sattığı konut projesi için sonradan yapı ruhsatı alamaması üzerine birçok tüketicinin mağdur olması, TKHK md. 40-46 düzenlemesinin de bir sebebidir. Satış bedelini sözleşmenin yapılmasıyla birlikte ödemeye başlayan tüketici, satıcının yapı ruhsatı alamamasından dolayı zarar görmüş, ödenen meblağların geri alınması zor ve uzun bir hukuki süreç gerektirmiştir. Yaşanan bu olumsuzluklar nedeniyle TKHK md. 40/3 düzenlemesi getirilmiş ve bunun sonucunda satıcının yapı ruhsatı şartını sağlamadan tüketicilerle ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yapması yasaklanmıştır⁴³⁴.

Yapı kavramının tanımı 3194 sayılı İmar Kanunu md. 5/8'de verilmiştir. Buna göre yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler olarak tanımlanmıştır. Danıştay çeşitli kararlarında yapı izni alınması gerektiren yapıları belirtmiştir⁴³⁵. Buna göre, yapı ruhsatı alınması zorunlu yapılar, belediye sınırları ve

⁴³² İK md. 32: Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur. Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshasında muhtara bırakılır. Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mühürün kaldırılmasını ister. Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir.

⁴³³ İnal, s. 653.

⁴³⁴ TKHK md. 40/3 gerekçesi. Yapı ruhsatı alınmadan tüketici ile ön ödemeli konut satışı yapılması halinde satıcıya 100.000 TL idari para cezası uygulanır (TKHK md. 77/5).

⁴³⁵ İK md. 5/9'da bina, kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerini sağlayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar olarak düzenlenmiştir. Tanımlamalar ve Danıştay kararları

mücvir alanlar içinde ve dışında kalan bütün yapılarıdır⁴³⁶. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde ruhsat alınması gereken yapılar; kat mülkiyetine konu konutlar, kat irtifakına konu olan konutlar ve müstakil yapılarıdır.

Yapı ruhsatı almaya başvuruda bulunacak kişi yapı sahipleridir. Burada yapı sahiplerinden anlaşılması gereken, taşınmaz üzerinde bir yapı inşa etmek gayesiyle idareden izin almak üzere başvurabilecek taşınmaz malikleridir. Taşınmaz üzerinde müşterek ya da iştirak halinde mülkiyet söz konusu ise, bu durumda müşterek ya da iştirak halinde maliklerin tamamının da yapı ruhsatı almak için başvurmaları gerekmektedir⁴³⁷.

Yapı ruhsatını verecek makam, taşınmazın bulunduğu yere göre değişmektedir. Belediye sınırları ve mücvir alanlardaki yapılar için ilgili belediye başkanlıklarından, bu sınırlar dışında kalan yerler için valiliklerden izin alınması gerekir. Uygulamada yapı ruhsatını, valilikler adına Çevre ve Şehircilik İl Müdürlükleri düzenlemektedir⁴³⁸.

III. Yapı Ruhsatı Alınmadan Yapılan Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinin Geçerliliği Hakkında Öğretide İleri Sürülen Görüşler

TKHK md. 40/3 ve ÖÖKSY md. 6/3 düzenlemesine göre, satıcının yapı ruhsatı almadan, tüketicilerle ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yapamayacağı hükmü

hakkında bkz. Kalabalık, s. 360 vd.

⁴³⁶ Aydemir, s. 512

⁴³⁷ İmar Kanunu md. 22'ye göre yapı ruhsatı almak için yapı sahipleri ya da kanuni vekillerinin ilgili idareye yazılı olarak başvurmaları gerekir. Yapı ruhsatına, yapı sahipleri başvurabilecekleri gibi yapı sahibinin vekil tayin ettiği bir kişinin de ruhsat talebinde bulunması mümkündür. Uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde görülen bu durumlarda binayı inşa edecek yüklenici (müteahhit) arsa sahibi adına vekaleten ilgili idareye başvuruda bulunmaktadır. Her ne kadar yüklenici başvuruda bulunsun da, yapı ruhsatları arsa sahibi adına düzenlenmektedir.

⁴³⁸ Ruhsat başvurusunda bulunabilmek için öncelikle yapı ruhsatı istenilen taşınmazın şuyulandırılarak imar parseli haline dönüştürülmesi ve ilgili parsel malikinin tapu kaydından açık olarak anlaşılması gereklidir. İK md. 22 gereği, ilgili idareye başvuracak olan yapı sahibi, yazılı dilekçesine ek olarak tapu kaydını, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, aplikasyon krokisi, yol kotu tutanağı, kanal kotu tutanağı, resim ve hesapları, yapılacak yapının cinsi, kat adedi, kullanım amacı, röperli veya yoksa ebatlı krokiyi eklemesi zorunludur. Proje müellifleri ve fenni mesuller hakkında bilgi ihtiva eden tablolar da eklenmelidir. Bunlarla beraber, mimari projenin de imar planlarına uygun bir şekilde çizilmiş olması gerekmekte, mimari projenin ilk paftasında, vaziyet planı ile kat mülkiyeti ve kat irtifakı tabloları yer almalıdır (PATİY md. 57/a-1).

emredici nitelikte bir hükümdür⁴³⁹. Yapı ruhsatı alınmadan yapılan ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin geçerliliği hakkında öğretide farklı görüşler öne sürülmüştür.

Gümüş'e göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yapı ruhsatının alınması zorunlu olup, yapı ruhsatı alınmadan yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi kesin hükümsüzdür. TKHK md. 40/3 gerekçesinden, sanki yapı ruhsatının bir kurucu olgu haline getirildiği ve eksikliği halinde yapılan ön ödemeli konut satışı sözleşmesine yokluk yaptırımı ile sakat olacağı gibi anlam çıkarılsa da burada yapı ruhsatının varlığı yasal şart (conductio iuris) niteliğinde "geçerlilik şartı" olarak kabul edilmeli ve eksikliğinde "butlan" yaptırımı uygulanmalıdır⁴⁴⁰.

Özmen/Vardar Hamamcıoğlu'na göre, yapı ruhsatı olmaksızın yapılan sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu savunmak adaletsiz sonuçlar yaratabilir. Zira işlemin kesin hükümsüz olduğunu kabul etmek, bu hükümsüzlüğün yapı ruhsatı almadan sözleşmeyi yapan satıcı tarafından da ileri sürülebileceği anlamına gelir. 6502 sayılı Kanun hükümlerinin nisbi emredici karakteri nazara alınarak, yapı ruhsatı olmaksızın yapılan sözleşmenin geçersizliğinin sadece tüketici tarafından ileri sürülebileceğinin kabulü gerekir⁴⁴¹.

Öz'e göre ise, yapı ruhsatı alınmadan ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin akdedilemeyeceği hükmündeki kesinlik, bu ruhsat alınmadan yapılan konut satış sözleşmelerinin geçersiz sayılmasını gerektirmektedir. Bu geçersizliği, TKHK md. 17/3 ve md. 41/1 hükümlerine kıyasen, kural olarak sadece tüketicinin ileri sürülebileceği bir geçersizlik olarak kabul etmek gerekir. Nitekim "*satıcı geçerli bir sözleşme yapılmış*

⁴³⁹ Emredici hükümler, taraflarca aksi kararlaştırılmayan, uyulması zorunlu hukuk kurallarıdır. Taraflar bu kuralın aksine bir işlem yapamayacakları gibi aralarındaki ilişkiye uygulanmayacağına da karar veremezler. Mahkemeler bir uyumsuzluğu çözerken emredici hukuk kurallarını re'sen göz önünde bulundurmaları zorundadırlar. Emredici kurallar kamu düzenini, genel ahlaki değerleri, kişisel hakları, ekonomik, sosyal ve fiziksel yönden güçsüzleri korumak amacıyla getirilmiş kurallardır. Bu tür kuralların aksinin kararlaştırılması halinde bunlara aykırı olarak yapılan işlemler kesin hükümsüzdür. Tanımlama hakkında bkz. Erman, Medeni Hukuk, s. 44 vd; Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3.Bası, İstanbul 2004, s. 57; Ayan, Mehmet, Medeni Hukuka Giriş, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Konya 2009, s. 24 vd; Oğuzman, M.Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 9.Bası, İstanbul 2002, s. 57 vd. Dar anlamda ve geniş anlamda emredici hükümler hakkında bkz. Antalya, s. 379-382.

⁴⁴⁰ Gümüş, s. 253-254. Aynı yönde Acar, s. 26; Aslan, s. 528.

⁴⁴¹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 44.

olmadıkça tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasını veya tüketiciyi borç altına sokan herhangi bir belge vermesini isteyemez” şeklindeki TKHK md. 41/2 hükmünden de bu sonuç çıkarılabilir. Yapı ruhsatı alınmadan sözleşme yapılmış fakat sonradan bu ruhsat alınmış ve ruhsatın alındığı ana kadar tüketici geçersizliği ileri sürmemişse; ruhsat tarihine kadar tüketicinin (satış bedeli borcunda temerrüde düşmesi gibi) kendi borç ihlallerinden sorumlu olmamak şartıyla, artık sözleşmenin geçersizliğini ileri sürememelidir⁴⁴².

Atamer, TKHK md. 40’ın emredici olduğunu ve bu durumda ruhsat alınana kadar, işlemin askıda hükümsüz olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Sözleşmede eksik olan olgu tamamlandığında işlem hükümlerini doğuracaktır. Tüketicinin, satıcıya belirli bir süre tanıyarak işlemdeki eksikliğin giderilmesini talep etmesi mümkün olup, verilen sürede eksikliğin giderilmemesi durumunda sözleşme kesin hükümsüz hale gelecektir. İşlemdeki eksikliğe sebep olan satıcının ise geçersizliğe dayanma imkanı bulunmamaktadır⁴⁴³.

Makaracı’ya göre, yapı ruhsatı alınmadan ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin yapılması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez⁴⁴⁴. Aydoğdu’ya göre, şayet bir satıcı inşaat ruhsatı şartını sağlayamaz ise tüketicilerle ön ödemeli konut satışı sözleşmesini kuramayacaktır. Böylece, ciddi firmaların sektörde yer edinmesi ve bu yolla tüketicilerin korunması amaçlanmaktadır⁴⁴⁵.

Kara’ya göre ise, inşaat ruhsatının bulunması zorunluluğu yapılacak sözleşmenin geçerliliği için bir ön koşuldur⁴⁴⁶. Ancak, tüketici ile yapılan sözleşme geçersiz olmasına rağmen satıcı, binayı tamamladıktan sonra da yapı ruhsatını alabilir. İnşaat ruhsatını almasına müteakip tüketiciyi tapu devrine davet ettiği durumlarda, artık tüketici, sözleşmenin ilk yapıldığı tarihte yapı ruhsatı bulunmadığından bahisle

⁴⁴² Öz, 4.Tüketici Hukuku Kongresi, s. 145, 777; Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 103.

⁴⁴³ Atamer, s. 233.

⁴⁴⁴ Makaracı, Konferans, s. 243. Yazar, aynı eserin dipnot kısmında ise, yapı ruhsatı alınmadan yapılan sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunun kabulü gerektiği görüşüne katıldığını ifade etmiştir.

⁴⁴⁵ Aydoğdu, Ders, s. 271; Aydoğdu, s. 88.

⁴⁴⁶ Aynı yönde Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 248; Aslan’a göre yapı ruhsatı alınması, sözleşme için bir ön şarttır ve satıcı bu şartı sağlayamazsa ön ödemeli konut sözleşmesi kuramaz. Aslan. s. 528.

sözleşmenin geçersizliğini ileri süremez. Zira tüketicinin bu davranışı, TMK md. 2 anlamında dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur⁴⁴⁷.

Çabri ise, inşaat izni alınmasını sözleşmenin zorunlu bir unsuru olarak görmekte ve inşaat izni alınmadan yapılan ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinin kesin hükümsüz olduğunu kabul etmektedir. Ancak bu hükümsüzlüğü, sadece tüketicinin öne sürebileceğini, satıcının ise ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin geçersizliğini öne süremeyeceği kanaatindedir⁴⁴⁸.

Kaya'ya göre ise tüketiciler, satın alacakları taşınmaz projelerinin belediyeden tasdikli olup olmadığını ve yapı ruhsatının alınıp alınmadığını ilgili idareden kontrol etmeli ve buna göre satın alma kararını vermelidirler⁴⁴⁹. Uygulamada her bir tüketicinin bu tip bir kontrolü yapmasındaki zorluk ve imkansızlık ile belediyelerin tüketici aleyhine olan davranışları, maalesef bu görüşe katılmamızı engellemektedir.

Karakocalı/Kurşun'a göre ise, ilgili düzenlemede her ne kadar sözleşme yapılamaz denmişse de yapı ruhsatı alınmadan yapılan sözleşmenin kurulmadığı sonucuna ulaşılamaz. Zira sözleşme TBK md. 1 uyarınca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Bu nedenle, yapı ruhsatı alınmadan sözleşme yapılmasının önünde bir engel yoktur⁴⁵⁰.

İnal'a göre, yapı ruhsatı şartının Kanunla getirilmiş olması hakkaniyete uygun olup, satıcı karşısında zayıf ve bilgisiz konumdaki tüketicinin zarar görmesi bu düzenleme ile dengelenmiştir. Satıcı bu düzenleme dolayısıyla işlemlerin yapılmasına özen gösterecek ve buna uymadığı takdirde, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketici aleyhine öne süremeyecektir⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ Kara, s. 886-887; Dürüstlük kuralı ve uygulaması için bkz. Erman, Medeni Hukuk, s. 103-108.

⁴⁴⁸ Çabri, Şerh, s. 655.

⁴⁴⁹ Kaya, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu, s. 186.

⁴⁵⁰ Karakocalı/Kurşun, s. 134, dn. 278.

⁴⁵¹ İnal, s. 653.

IV. Değerlendirme

Kanaatimizce, TKHK md. 40/3 maddesinin lafzi yorumu⁴⁵² göz önüne alındığında, hükmün emredici nitelikte olduğu görülmektedir. Bu nedenle, yapı ruhsatı alınmadan yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğunun kabul edilmesi gerekir⁴⁵³. Ancak buradaki geçersizlik, şekle aykırı sözleşmenin korunan taraf yönünden geçersizliğidir. Bu görüşe göre, şekle aykırılığın geçersizliği şekil hükmünün amacı ve anlamıyla iradesi şekilde korunan kişinin dayanabileceği geçersizlik çeşididir. İradesinin şekil içinde yer alması zorunlu olmayan ve yer olsa bile kanunun amacı ile korunmayan kişi şekle aykırılığa dayanamaz. Bu şekilde kesin hükümsüzlük yaptırımını esnetilmektedir⁴⁵⁴.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin yapı ruhsatı alınmadığından dolayı kesin hükümsüzlük halinin kabulü halinde, bu hükümsüzlüğün yapı ruhsatı almayan satıcı tarafından da ileri sürülebileceği gerçeği ortaya çıkar. Hatta sadece sözleşme tarafları değil, sözleşmeden hukuki durumu ve menfaati etkilenen üçüncü kişilerin de bu geçersizliği ileri sürme hakkına sahip olduğu kabul edilebilir⁴⁵⁵. Yapı ruhsatı alınmadan yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesini batıl olarak kabul etmek, TKHK'nun ulaşmak istediği amaçla çelişmiş olacak ve tüketiciyi korumaktan ziyade, tüketici aleyhine sonuçların doğmasına neden olabilecektir. Örneğin, kat irtifakı kurulmuş bir taşınmazın ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olması durumunda, satıcının, sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek tüketiciden almış olduğu bedelleri iade etmesi halinde, yapı ruhsatı alınmasını takiben prim yapan taşınmazdan büyük kazanç elde edeceği, tüketicinin ise zarar göreceği aşıkardır. Halbuki TKHK'nun 41/1 maddesi ile

⁴⁵² Lafzi yorum (metne-söze bağlı yorum) kuralında, kanunun anlamı öncelikle metinde yer alan sözler esas alınarak yorumlanmalıdır. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz., Erman, Medeni Hukuk, s. 37-38.

⁴⁵³ Kesin hükümsüzlük kavramı hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 308; Erman, Medeni Hukuk, s. 80-82; Eren, Borçlar Genel, s. 334; Oğuzman/Öz, s. 137-138; Reisoğlu, s. 81 vd; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 42; Antalya, s. 129-131; İnal, İnşaat, s. 222; Kırkbeşoğlu, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 28 vd.

⁴⁵⁴ Antalya, s.142. Bu konu hakkında diğer açıklamalar için bkz. § 8, II, B.

⁴⁵⁵ Kesin hükümsüz bir sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olup, hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağı gibi, hiçbir hukuki sonuçta doğurmaz. Daha geniş açıklamalar için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 334; Oğuzman/Öz, s. 137-138; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 42; Erman, Medeni Hukuk, s. 80 vd.

diğer hükümler birlikte incelendiğinde⁴⁵⁶ sözleşmelerdeki geçerlilik şekline uyulmamasının sonucu (genel bir ilke olarak) tek taraflı hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır. Özellikle TKHK 41/1 maddesinin ikinci cümlesinde ifade edilen “*Aksi hâlde satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez*” ifadesi, tüketici lehine tek taraflı bir hükümsüzlük (bağlamazlık) görüşünün bir göstergesidir.

Yapı ruhsatının alınmaması, yapılan sözleşmenin kurulmasını etkilememekle birlikte sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması için kanun gereği zorunlu sayılan bir olgunun eksik kaldığını gösterir. İşte bu olgunun var olmaması nedeniyle yapılan işlem hüküm doğurmaz⁴⁵⁷. Bu eksikliğin tamamlanıp tamamlanamayacağı belli olmayan dönem açısından işlemin geçerliliği askıda kabul edilmelidir⁴⁵⁸. Eksik olan olgu tamamlandığında ise işlem hükümlerini doğuracaktır⁴⁵⁹. Bu nedenle, yapı ruhsatı alınmadan ön ödemeli konut sözleşmesi yapılması halinde sözleşmeyi kesin hükümsüz saymak yerine geçersizliğin bir türü olan tek taraflı hükümsüzlük yaptırımının uygulanması doğru görünmektedir. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin, yapı ruhsatı alınmadığından bahisle geçersizliğini (Türk Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak) sadece tüketici (satıcının aleyhine dahi olsa) ileri sürebilecek, satıcı ise sözleşmenin geçersizliğini iddia edemeyecektir. Burada söz konusu olan durum, şekle aykırı olan sözleşmenin korunan taraf yönünden geçersizliğidir. Bu görüşe göre, iradesinin şekil içinde yer alması zorunlu olmayan ve yer alsaydı kanunun amacı ile korunmayan kişi şekle aykırılığa dayanamaz⁴⁶⁰.

Sözleşme yapıldığı sırada yapı ruhsatının alınmadığını bilmeyen tüketici, satıcının binayı tamamlayıp zilyetliği devrettikten sonra yapı ve yapı kullanım izin ruhsatlarının

⁴⁵⁶ TKHK md. 47/4, 17/3, 32/2.

⁴⁵⁷ Akipek’e göre, tamamlayıcı olgunun bulunmaması halinde hukuki işlem her ne kadar kurulmuş olsa da hüküm ve sonuçlarını doğurması mümkün değildir. Bkz. Akipek, Şebnem, Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi, AÜHFD 1995, C. 44, S.1, s. 290.

⁴⁵⁸ Erman, Medeni Hukuk, s. 83.

⁴⁵⁹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 593-594. Yazarlar, eksik işlem için “askıda hükümsüzlük” terimini kullanmıştır. Aynı yönde, Atamer, s. 233. Erman, “askıda hükümsüzlük” terimi için “noksanlık” ifadesini kullanmayı tercih etmektedir. Bkz. Erman, Medeni Hukuk, s. 83; Akipek, Olgular, s. 290 vd.

⁴⁶⁰ Karakocalı/Kurşun, s. 134; Antalya, s. 142.

alındığını öğrenirse artık TMK md. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşacak ve sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecektir⁴⁶¹. Burada önemli olan husus, hakkın kötüye kullanılma yasağının, sözleşmenin hangi aşamasında veya yapının ne kadarlık kısmının bitirilmiş olması durumunda devreye gireceği hususudur. Bu konuda Yargıtay kararlarının belirleyici olacağını düşünmekteyiz.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, ön ödemeli konut satışlarında tüketicinin sözleşmenin yapılmasından itibaren yirmi dört ay süre ile hiçbir neden veya gerekçe göstermeden dönme hakkının bulunduğu⁴⁶². Gerçekten de TKHK md. 45'e göre tüketici, sözleşme yapıldıktan yirmi dört ay sonrasına kadar hiçbir gerekçe göstermeksizin sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönme hakkına sahiptir⁴⁶³. Bununla birlikte, satıcının sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmediği durumlarda tüketicinin konutun devir veya teslimine kadar dönme hakkının var olduğu, genel hükümler nazara alınarak (TBK md. 117 vd.) kabul edilmelidir⁴⁶⁴. Satıcının ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yapılmadan evvel yapı ruhsatı alması hem sözleşmeden hem de Kanundan doğan bir yükümlülük olarak karşımıza çıkar. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen satıcı temerrüde düşmekte kusursuz olsa bile tüketici, TBK md. 123 uyarınca ek süre tanımadan sözleşmeden tazminatsız olarak dönme hakkına sahiptir.

Yapı ruhsatının bulunmamasına dayanan geçersizliğin tüketici tarafından ruhsatın alınmasından önce ya da sonra ileri sürülebilmesinde korunmaya değer bir menfaatinin bulunup bulunmadığı ise tartışılmalıdır⁴⁶⁵. Zira tüketici, gerekçesiz dönme hakkını

Öz'e göre, yapı ruhsatı alınmasına kadar olan dönemde tüketici herhangi bir edimini ihlal etmişse, mesela bir ödemesini geciktirmişse bundan sorumlu olmamalıdır. Satıcı, bu dönemde temerrüde düşmüş olan tüketiciden temerrüt faizi istememelidir. Bkz. Öz, 4.Tüketici Hukuku Kongresi, s. 777.

⁴⁶² Her ne kadar tüketicinin dönme hakkı yirmi dört ay süre ile sınırlandırılmış da olsa, tüketici haklı nedenlere dayanmak suretiyle konutun devir veya teslimine kadar sözleşmeden dönebilir.

⁴⁶³ 27.01.2017 Tarih ve 29957 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 684 numaralı KHK md. 8 ile tüketicinin sözleşmeden gerekçesiz (keyfi) dönme hakkı süresi yirmi dört ay süre ile sınırlandırılmıştır. Bu düzenlemeden önce tüketici, konutun devir veya teslimine kadar sözleşmeden gerekçesiz olarak dönme hakkına sahipti.

⁴⁶⁴ Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı konusunda bkz. § 20, I.

⁴⁶⁵ Öz'e göre tüketicinin sözleşmeden gerekçesiz dönme hakkı söz konusu iken, yapı ruhsatının alınmamış olmasından bahisle tüketicinin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesinde hukuki bir menfaat bulunmamaktadır. Bkz. Öz, 4.Tüketici Hukuku Kongresi, s. 145. Ancak bu görüş, tüketicinin ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden dönme hakkını yirmi dört ay ile sınırlayan değişiklikten

kullanıp sözleşmeyi sona erdirme yolunu mu seçecek? Yoksa, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin yapı ruhsatı alınmadığından bahisle geçersizliğini ileri sürmek kaydıyla uğramış olduğu menfi zararı mı talep edecektir⁴⁶⁶?

TKHK 45/2 maddesi incelendiğinde, satıcının sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmediği durumlarda tüketiciden herhangi bir bedel talep edemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Yapı ruhsatının sözleşme öncesi alınmış olması, TKHK md. 40/3 gereği satıcının bir yükümlülüğü olduğundan bu yükümlülüğü yerine getirmeyen satıcının ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden doğan masrafları talep edemeyeceği açıktır. Zira, yapı ruhsatının alınmamasında tüketicinin herhangi bir kusuru söz konusu değildir. Sözleşmeden dönme hakkını haklı bir gerekçeye dayandıran tüketici, konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masrafları ödemekten kurtulur⁴⁶⁷.

4077 sayılı eTKHK döneminde yapı ruhsatı alınmadan inşaatına ve dolayısıyla konut satışına başlanan yapılardaki durumun ne olacağı hususu önem arz eder. TKHK Geçici madde 1/2-a incelendiğinde, 6502 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile tüketicinin lehine olan düzenlemelerin geçerli olacağı ve TKHK 40/3 maddesinin uygulanması

önceki dönem için söz konusudur. Tüketicinin ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden dönme hakkına dair yeni düzenleme için bkz. § 20, I.

⁴⁶⁶ Menfi zarar, sözleşmenin kurulmamasından veya geçersiz olmasından doğan zarardır. Burada sözleşmenin kurulduğuna veya geçerli olarak kurulmuş bulunduğu duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan bir zarar söz konusudur. Menfi zarar, alacaklının söz konusu sözleşmeyi yapmamasındaki menfaate tekabül eden zarardır. Menfi zarar kapsamına; alacaklının yapma olanağını kaçırdığı başka sözleşmeler nedeniyle uğradığı zarar, sözleşmenin kurulması için yapılan giderler ile, alacaklının, borçlunun borcunu ifa etmemesi nedeniyle başka bir sözleşmeye ilişkin olarak ödemek zorunda kaldığı tazminattan doğan zararlar girer. Menfi zarar, feshedilen sözleşmenin getireceği kâr yoksunluğu miktarını aşamaz. Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 1057; Oğuzman/Öz, s. 339; Reisoğlu, s. 386 vd; Yargıtay HGK, 05.07.2006 T., 2006/507 K.; Yargıtay 15. HD, 28.09.1993 T., 1992/5474 E., 1993/3691 K. (www.corpus.com.tr) (04.02.2016).

⁴⁶⁷ 27.01.2017 Tarih ve 29957 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 684 numaralı KHK md. 8 ile tüketici sözleşme yapıldıktan üç ay sonrası gerekçesiz olarak sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar, sözleşmeden üç ile altı ay arasında döndüğü takdirde sözleşme bedelinin yüzde dördüne kadar bir meblağı satıcıya tazminat olarak ödeyecektir. Tüketici altı ile on iki ay arasında sözleşmeden dönerse, sözleşme bedelinin yüzde altısına kadar, on iki ay ile yirmi dört ay arasında sözleşmeden dönülmesi halinde ise, sözleşme bedelinin yüzde sekizine kadar belirlenmiş olan tutarı satıcıya tazminat olarak ödeyecektir. Önceki düzenlemede, tüketicinin gerekçesiz olarak sözleşmeden dönmesi durumunda ödeyeceği azami tazminat tutarı sözleşme bedelinin yüzde ikisi ile sınırlandırılmıştı.

yoluna gidilmesi gerektiği söylenebilir⁴⁶⁸. Bu nedenle, eTKHK'nun yürürlük zamanında yapı ruhsatı alınmadan yapılan bir kampanyalı konut satış sözleşmesinde satıcı, sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde sonradan ileri süremeyecektir⁴⁶⁹.

§ 12. SATICININ TEMİNAT SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. Genel Olarak

Ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinin en önemli sorunlardan birisi, satıcıların konut yapımı için yüzlerce tüketici ile sözleşme akdetmeleri ve çok yüksek tutarda meblağları piyasadan toplamalarıdır. Aslında sadece bankalara verilmiş olan bu yetkinin, ön ödemeli sözleşme yapısı içinde dolaylı olarak satıcılara verilmesi, ya tüketicilerin ödemelerini yaptıkları konutları edinmelerini ya da ödedikleri meblağı güvence altına alacak bir koruma sağlamayı zorunlu kılmaktadır⁴⁷⁰. Ön ödemeli konut satışı veya satış vaadi sözleşmesi ile tüketicilerden satış bedelini kısmen tahsil etmeye başlayan satıcı, teslim etmekle yükümlü olduğu konutu ise daha sonraki bir zamanda teslim etmektedir. Satıcının tahsil ettiği satış bedellerine rağmen inşaata hiç başlamaması (bırakıp kaçması) veya başlamış olduğu inşaatı bazı sebeplerden dolayı (iflas vs.) tamamlayamaması tüketici mağduriyetlerine yol açmakta ve çok sayıda insanın hem maddi hem de manevi olarak sıkıntıya girmesine neden olmaktadır⁴⁷¹. Esasen büyük meblağlar toplayan yüklenici veya satıcıların tüketiciye belirli bir güvence vermiş olmaları gerekiyorken, bu güvenceyi vermekten kaçınmalarının en önemli gerekçesi, tüketiciler yönünden

⁴⁶⁸ TKHK Geçici madde 1/2-a: Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki tüketici işlemlerine, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına bu işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmiş ise kural olarak o kanun hükümleri uygulanır; Ancak, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve halen geçerli sözleşmelerin bu kanuna aykırı hükümleri yürürlük tarihinden itibaren uygulanmaz.

⁴⁶⁹ Gümüş, yeni TKHK'nın yürürlük döneminde yapı ruhsatı alınmaksızın yapımına başlanıp bitirilmiş ancak tüketiciye teslim edilmemiş bir yapıdaki bağımsız bölüme ilişkin akdedilecek ön ödemeli konut satış sözleşmelerine "butlan" yaptırımını uygulanması gerektiği görüşündedir. Gümüş, s. 254.

⁴⁷⁰ TKHK md. 42/1 gerekçesi.

⁴⁷¹ Özel, s. 189.

maliyetlerin artması ve piyasa dinamiklerinin bozulacağı endişesidir⁴⁷².

Özellikle bazı büyük şirketler yüksek kâr ve prim beklentisiyle toplamış oldukları paraları kendi grup içindeki şirket zararlarını kapatmak için kullandığı ve konut yapımı için belirlenen sürelerle rivayet etmedikleri ve hatta çoğu zaman işi bırakıp gittikleri bir gerçektir. Bu durumun hem şahıslarda hem de ailelerde yarattığı sıkıntılar topluma yansımakta, büyük kitlesel mağduriyetleri ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, 100.000 TL bedelle bir konut sözleşmesi yapıldığını ve 40.000 TL ön ödemede bulunduğunu varsayarsak, geri kalan 60.000 TL eşit taksitler veya ara ödemelerle üç yılda ödenecek olsun. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin imzalanmasından bir yıl sonra 40.000 TL ön ödeme yapıldığını ve 20.000 TL tutarındaki birinci yıl taksitlerinin de ödendiğini varsayalım. Satıcının iflası halinde tüketici kendisine teslimi taahhüt edilen konutu alamadığı gibi, o ana kadar satıcıya ödediği 60.000 TL tutarındaki ödemelerini de alamama riski ile karşı karşıyadır⁴⁷³.

Uygulamada sıkça karşılaşılan bu durumun önlenmesi amacıyla TKHK md. 42 ve ÖÖKSHY md. 12 ile teminat müessesesini getiren Kanun Koyucu, mağduriyetlerin giderilmesi konusunda isabetli bir düzenlemede bulunmuştur. TKHK md. 42/1'e göre, *“Bakanlıkça projedeki konut adedi ya da projenin toplam bedeli kriterine göre belirlenecek büyüklüğün üzerindeki projeler için satıcının ön ödemeli konut satışına başlamadan önce; kapsamı, koşulları ve uygulama esasları Hazine Müsteşarlığınca belirlenen bina tamamlama sigortası yaptırması veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları sağlaması zorunludur”* denilerek ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin kurulması öncesinde satıcıya teminat yaptırma yükümlülüğünü getirmiştir. Satıcı, ilgili madde ile düzenlenmiş olan dört farklı teminat türünden birini sağlamakta serbesttir. Zira, satıcıya yönetmelikte düzenlenmiş olan teminat türlerinden birini tercih etme imkanı tanınmıştır. Bunun yanında ilgili Bakanlık piyasa koşullarını, satıcının daha önce yapmış olduğu işleri ve projenin nitelik ya da nicelik durumunu gözetmek suretiyle, eğer gerekli görürse, satıcının başka teminatlar vermesi gerektiği yönünde karar alabilir. Örneğin, daha evvel defalarca maketten konut satışı yapmış

⁴⁷² Kara, s. 892.

⁴⁷³ TKHK md. 42/1 gerekçesi.

ancak, projeyi tamamlayamamış bir yüklenici firmadan sigorta yükümlüğünün yanında, şahsi ve aynı teminat gibi ek yükümlülükler talep edilebilecektir.

Burada ilginç olan nokta, kanun koyucu genel hüküm özel hüküm ilişkisi içerisinde TBK md. 265'in öngördüğü "ödemelerin güvenceye bağlanması" müessesesinin uygulama imkanını TKHK md. 21 ile ortadan kaldırmış ve böylece TBK md 265'in konut amaçlı taşınmazlara ilişkin ön ödemeli satışlarda bir genel hüküm olarak dahi uygulama bulmasını önlemiştir^{474 475}. Bu nedenle, ödeme süresi ne olursa olsun, ön ödemeli konut satışlarında tüketiciyi koruyan tek teminat TKHK 42/1 hükmü olacaktır. Ancak, ilgili düzenleme ve ÖÖKSHY 12/2 maddesi gereğince, belirtilen teminatlar dışında satıcının, tüm ödemeleri garanti altına alacak başka bir teminat şekli teklif durumunda, bu teklif Bakanlık tarafından değerlendirilecek ve uygun görülürse teminat olarak kabul edilebilecektir. TKHK md. 42 ve ÖÖKSHY md. 12 ile dört farklı teminat türü düzenlenmiştir. Bunlar; Bina tamamlama sigortası, banka teminat mektubu, hakediş sistemi ve bağlı kredi ile teminattır. Aşağıda bu teminatlar sırayla tek tek incelenecektir.

II. Teminat Türleri

A. Bina Tamamlama Sigortası

1. Sigortanın Konusu ve Kapsamı

Tüketicinin taraf olduğu ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde, yapılan sözleşmenin niteliği gereği tüketici çok önemli bir riski üstlenmiş olmaktadır. İnşaatın bitirilememesi, yüklenicinin iflas etmesi veya hukuki ya da fiziki sebepler bu risklerden birkaç tanesidir. Bu risklerin azaltılması amacıyla tüketici lehine bazı teminatların

⁴⁷⁴ Gümüş, s. 259.

⁴⁷⁵ TBK md. 265: Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, ödemeleri sözleşmede belirtilen bir bankada kendi adına açılacak gelir getiren bir tasarruf veya yatırım hesabına yatırmakla yükümlüdür. Banka, her iki tarafın çıkarlarını gözetmek zorundadır. Açılan hesaptan her iki tarafın rızasıyla ödeme yapılabilir. Bu rıza önceden verilemez. Ödeme süresi bir yıldan daha uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, satılanın devrine kadar 269. md uyarınca sözleşmeden cayarsa satıcı, bu hesap üzerindeki bütün haklarını kaybeder.

verilmesini düzenleyen TKHK 42/1 maddesi ile, ilgili bakanlık tarafından, projedeki konut adedi veya projenin toplam bedeli kıstasına göre belirlenecek büyüklüğün üzerindeki projeler için satıcının ön ödemeli konut satışına başlamadan önce bina tamamlama sigortası yaptırılması zorunluluğu getirilmiştir⁴⁷⁶. İlgili düzenlemeye göre, “*Bakanlıkça projedeki konut adedi ya da projenin toplam bedeli kriterine göre belirlenecek büyüklüğün üzerindeki projeler için satıcının ön ödemeli konut satışına başlamadan önce; kapsamı, koşulları ve uygulama esasları Hazine Müsteşarlığınca belirlenen bina tamamlama sigortası yaptırması veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları sağlaması zorunludur*”. Bina tamamlama sigortası satıcı/yüklenici tarafından yaptırılması gereken bir sigortadır⁴⁷⁷.

Bina tamamlama sigortasının amacı, tüketicilerin, satıcının iflas etmesi veya başka sebeplerle inşaatı tamamlamadan yarım bırakması ya da terk etmesi halinde, konutlarına kavuşmalarını sağlamaktır⁴⁷⁸. Örneğin, 100.000 TL bedelle konut sözleşmesi yapıldığını ve 40.000 TL ön ödemede bulunduğu varsayalım. Geri kalan 60.000 TL eşit taksitler veya ara ödemelerle üç yılda ödenecek olsun. Sözleşmenin imzalanmasından bir yıl sonra 40.000 TL ön ödeme yapıldığını ve 20.000 TL tutarındaki birinci yıl taksitlerinin ödendiğini varsayalım. Satıcının iflası halinde tüketici kendisine teslimi taahhüt edilen konutu alamadığı gibi, o ana kadar satıcıya ödediği 60.000 TL tutarındaki ödemelerini de alamama riski ile karşı karşıya kalacaktır⁴⁷⁹. Ortaya çıkabilecek böyle bir risk karşısında en iyi koruma yöntemi bina tamamlama sigortasının yapılmasıdır⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ Kara, s. 891.

⁴⁷⁷ Ünan, Samim, Tüketicinin Korunması ile İlgili Düzenlemede Yer Alan Sigorta ile İlgili Temel Hükümler, 2015, <http://samimunan.com/wp-content/uploads/2015/10/Sigorta-T%C3%BCketicisi-Hukuku.pdf>, s. 60 (15.03.2016).

⁴⁷⁸ Kara, s. 892; Çabri, s. 219; İnal, s. 675.

⁴⁷⁹ TKHK md. 42 gerekçesi.

⁴⁸⁰ GYODER, İNDER ve KONUTDER tarafından hazırlanan ve TC. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na sunulan Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik Taslağı Hakkında görüşlerin sunulduğu rapora göre, tüketicinin ödediği bedelin teminatı olarak kat irtifaklı tapunun tüketici adına mülkiyetinin devredilmesinin de bir teminat olarak sayılması gerektiği vurgulanmaktadır. Yine halka açık gayrimenkul yatırım ortaklıklarının gerek Başbakanlık Sermaye Piyasası Kurulu tarafından her an denetim ve gözetim altında olması gerekse inşaatı kendilerinin yapmasının yasak olması nedeniyle bu tür teminatları göstermekten muaf olması gerektiği de aynı raporda belirtilmiştir. GYODER-İNDER-KONUTDER, Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik Taslağı Hakkında Görüşler, www.gyoder.org.tr/img/mc-content/20140926180754_2885tuketicinin_korunmasi_hk.gorus.pdf, s. 4 (16.03.2016).

Burada akla gelen ilk soru, neyi sigorta ettirdiğinizdir. Ön ödemeli konut satış vaadinden doğan bir hak mı yoksa taşınmaz mı sigortalıyor, bunun tespiti lazımdır. Bir görüşe göre, ortada henüz konut olmadığından doğacak bir alacağın sigorta edildiği düşünülmelidir⁴⁸¹. Bina tamamlama sigortası niteliği açısından bir sorumluluk sigortası değildir. Burada, “kefalet” türü bir teminat niteliği vardır. Çünkü sigortacının ön ödemeli olarak konut satın alan tüketiciler lehine “teminat senetleri” düzenlemesi söz konusudur⁴⁸².

TKHK md. 42/1 ve ÖÖKSHY md. 12’ye göre, satıcının konut satışına başlamadan önce, konut adedi otuz ve üzerinde olan projeler için bina tamamlama sigortası yaptırması veya diğer teminat ve şartlardan en az birini sağlaması zorunludur. Satıcı, teminat türlerinden birini yerine getirmekle teminat şartını da sağlamış olur. Teminat çeşitlerinden biri olan bina tamamlama sigortası ve kapsamı, Hazine Müsteşarlığının 16.03.2015 tarihli “Bina Tamamlama Sigortası Genel Şartları” (BTSGŞ) olarak yayınlanıp yürürlüğe girmiştir. Genel şartların A.1 maddesi, bina tamamlama sigortasından hangi durumlarda yararlanılabileceğini düzenlemiştir. Buna göre;

“Sigortacı; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamındaki ön ödemeli konut veya devre tatil satışlarında, satıcının iflas etmesi, satıcının gerçek kişi olması durumunda mirasçılardan mirası reddetmesi şartıyla ölümü ile A.3 ve A.4 maddelerinde belirtilen haller dışında, satıcının sözleşmede taahhüt edilen teslim tarihini müteakip 12 ay içinde konutu veya devre tatili tamamlayamaması hallerinde, teminat hesabında belirtilen tüketicilere, bu genel şartlara ve poliçe özel şartlarına göre sigorta teminatı sağlar”.

İlgili düzenleme incelendiğinde, tüketicilerin bina tamamlama sigortasından yararlanabilmeleri üç durumda söz konusu olabilecektir. Bunların ilki satıcının iflası, ikincisi, satıcının gerçek kişi olması durumunda mirasçılardan mirası reddetmesi koşuluyla ölmesi ve sonuncusu da satıcının sözleşmede taahhüt ettiği süreyi takip eden on iki ay içerisinde konutu tamamlayamaması halleridir. İlgili maddede sayılan haller sınırlıdır ve dolayısıyla başka bir sebepten ötürü sigortaya başvurabilmek mümkün olamayacaktır⁴⁸³. Örneğin, satıcının ödeme güçlüğüne düşmesi veya yoğun haciz

⁴⁸¹ Özakman, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, s. 264.

⁴⁸² Ünan, s. 61 vd.

⁴⁸³ Ancak ek teminat ile sigorta sözleşmesinin kapsamını genişletmek mümkündür.

baskısı altında olması durumlarında bina tamamlama sigortasına başvurulamaz⁴⁸⁴. Aynı şekilde, iflas erteleme talep edilmiş olması veya iflas erteleme kararı halinde de bina tamamlama sigortasından yararlanılması mümkün değildir.

Bina tamamlama sigortası kapsamındaki teminat altına alınan ilk riziko, satıcının iflas etmesi halidir. İflas, bir borçlunun (müflis), haczedilebilen bütün malvarlığının cebri icra yolu ile paraya çevrilip, bundan bilinen bütün alacaklılarının tatmin edilmesini sağlayan külli bir cebri icra yoludur⁴⁸⁵. İflas hukukunda (genel olarak), bir tüzel veya gerçek kişinin vadesi gelmiş bir borcu ödeyememesi, iflasa neden olan sebeptir⁴⁸⁶. Buna göre, iflas eden satıcı, taahhüt ettiği konutları teslim tarihini takip eden on iki ay içerisinde iflas etme sebebiyle tamamlayamazsa, teminat hesabında adı geçen tüketicilere sigorta kapsamında teminat sağlanmaktadır.

Sigorta kapsamında olan ikinci durum ise, gerçek kişi bir satıcının ölmesi ve mirasçılarının da mirası reddetmiş olmaları halidir. Genellikle ödemedi acizlik (terekenin borca batık olması) sebebiyle bir karine olarak kabul edilen mirasın reddi durumunda, mirasbırakanın ödemedi acizinin açıkça belli olması veya bu durumun resmi olarak tespitinin yapılmış olması gerekir. Ödemedi acizlik nedeniyle mirasın reddi halinde, mirasın reddedilmiş olduğu bir karine olarak kabul edilir ve miras kendiliğinden reddedilmiş sayılır. Mirasçılar ayrıca red beyanına ihtiyaç bulunmamaktadır⁴⁸⁷. Böyle bir durumun varlığı halinde tüketiciler bina tamamlama sigortasına başvurabileceklerdir. Ancak, bu düzenlemede eksiklikler vardır. Zira, murislerin borca batık bir terekeyi reddetmemesi halinde ne olacağı belli değildir. Satıcının ölümü halinde mirası reddetmeyen murislerin de maddi durumunun kötü olması ve inşaatı bitirecek imkanlarının bulunmaması halinde yine tüketicinin zarar

⁴⁸⁴ Acar, s. 27; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 62; Çabri, s. 219.

⁴⁸⁵ Üstündağ, Saim, İflas Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2009, s. 5; Ulukapı, Ömer, İcra ve İflas Hukuku, Konya 2015, s. 328; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, 27. Baskı, Ankara 2013, s. 457 vd.

⁴⁸⁶ Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin borçlarının aktiflerinden fazla olması (İİK md. 179), terekenin batık veya mirasçılarca reddedilmesi (TMK md. 636, 612) veya borçlunun aciz halinde bulunması, diğer iflas sebepleridir (İİK md. 178/1). Bununla birlikte, kişinin iflasına karar verilebilmesi için iflas yoluyla takipte bulunulması ve ticaret mahkemesinde açılmış bir iflas davasında, mahkemenin vermiş olduğu “depo” kararına rağmen takibe konu borcun ödenmemiş olması gerekir.

⁴⁸⁷ İmre, Zahit/Erman, Hasan, Miras Hukuku, 9.Basım, İstanbul 2013, s. 353-355.

göreceği açıktır. Her ne kadar tüketicilerin konutların zamanında teslim edilmemesi dolayısıyla teslim süresinden itibaren bir yıl sonrası sigortacıya başvuru hakkı olsa da zaman kaybı yaşanacağı aşıkardır.

Sigorta kapsamındaki üçüncü hal ise, satıcının sözleşmede taahhüt ettiği teslim süresini on iki ay geçirmiş olmasıdır. TKHK 44. maddesine göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde teslim süresi, sözleşme tarihinden itibaren üç yılı geçemez. Bu süre taraflarca kararlaştırılacak azami süreyi ifade etmektedir. Satıcı, daha kısa bir sürede konutu teslim etmeyi vaad etmişse, bu süreyle bağlıdır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, tüketicinin bina tamamlama sigortasına başvurabilmesi için sözleşmede taahhüt edilen sürenin bitiminden itibaren bir yıl daha beklemesi gerektiğidir. Örneğin konutun teslimi Mayıs 2019 olarak kararlaştırılmışsa, tüketici sigorta şirketine ancak Mayıs 2020'de başvuru yapabilecektir. Tüketicinin hangi amaçla sigorta şirketine başvurmak için bir yıl daha beklemesi gerektiği konusunda ne TKHK'da ne BTSGŞ'de herhangi bir açıklama yoktur. Bu konuda akla ilk gelen, bir yıllık ek sürede satıcının inşaatı bitirme ihtimalinin varsayılmış olduğudur. Zira, günümüz koşullarında satıcının, bazı ekonomik, hukuki ya da siyasi sebeplerden dolayı inşaatı zamanında tamamlayamaması olağan bir durum olarak karşılanmaktadır. Bu tür gecikmelerden ötürü, tüketicinin sözleşmedeki teslim tarihine müteakip sigorta şirketine başvurmasını önlemek amacıyla ve satıcıya inşaatı tamamlama şansı verebilmek adına bu düzenlemenin getirilmiş olabileceği düşünülebilir. Teslim tarihinin bir gün bile gecikmesi üzerine tüketicilerin sigorta şirketlerine başvurmasının önu açıldığı takdirde, sigorta şirketlerinin maddi zararı, ağır iş yükü ve aşırı yığılmalarla karşı karşıya kalması olasıdır. Bu nedenle, bir yıllık süreyi uzun bulmakla beraber yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

BTSGŞ A.1/2'ye göre satıcı ve sigorta şirketi arasında akdedilen sigorta sözleşmesine göre sigortacı, teminata konu poliçeyi düzenleyerek satıcıya projenin ön ödemeli satışa konu kısmı için azami bir teminat limiti tahsis etmektedir. İlgili proje çerçevesinde sigortacı, konutların satışı sonrasında, konut satış bedeli üst sınır olmak üzere her bir tüketici için müstakil senetler düzenler. İşte bu müstakil teminat senetlerinin toplamı sigortacı tarafından satıcıya tahsis edilen azami teminatın da limitini teşkil etmekte, sorumluluğun sınırlarını belirlemektedir. Diğer bir anlatımla, taraflar arasında sigorta değeri belirlendikten sonra sigortacı, her bir tüketici için ayrı ayrı müstakil teminat

senetleri düzenleyecek ve bu senetler tüketicinin yapmış olduğu ödemelerin güvencesi olacaktır. Tüketicinin cayma veya dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi sonlandırması halinde sigortacı ilgili teminat senedini iptal edecek ve satıcının teminat hesabından düşecektir⁴⁸⁸. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, yapılacak ödemelerin mutlaka banka aracılığıyla yapılması gerekliliğidir. Aksi halde, ödemeler teminat senedi kapsamında olamayacaktır. Burada hem sıhhat (geçerlilik), hemde ispat şartı bakımından böyle bir düzenleme getirildiği söylenebilir.

Bina tamamlama sigortasında sigortacı projeyi inceleyip bir “limit” (sınır) belirleyecek ve bu limite kadar tüketicilerin satın alacakları konut için ödeyeceği tutarlara sigorta güvencesi verecektir. Her bir tüketici için bir teminat senedi düzenleyecek olan sigortacı, o teminat senedinde yazılı olan tutara kadar sorumlu olacaktır. Teminat senetlerinin toplamı, satıcıya verilmiş olan limitle aynıdır.

Ünan’a göre, ön ödemeli konut satın alan her tüketicinin yaptığı her ön ödeme güvence altında olmalıdır. Bunu sağlamayan bir düzenleme eksik ve yetersiz kalacaktır. Eğer satıcı yalnızca bina tamamlama sigortası yaptıracaksa o sigortanın, yalnızca banka teminat mektubu sunacaksa o mektubun o projeden konut satın almış bütün tüketicilerin ödemelerini koruması gerekir. Aynı görüşe göre, taraflara sigorta teminatının kapsamına ilişkin bir serbesti tanınması doğru olmamıştır⁴⁸⁹.

Yine BTSGŞ A.1/4 maddesine göre, taşınmazın kısmen bağlı kredi ile alınması halinde, kredi veren veya konut finansmanı kuruluşu tarafından sağlanan kredi tutarını aşan kısım teminat kapsamındadır. Sigorta sözleşmesi kapsamında yapılacak tazminat taleplerinin, rizikonun gerçekleşmesini müteakip 6 ay içinde ve her halükarda, poliçede kararlaştırılmışsa, ek bildirim süresi içinde yapılması gerekir (BTSGŞ A.1/5)⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ İnal, s. 677.

⁴⁸⁹ Ünan, s. 60. Aynı yönde, Atamer, s. 235.

⁴⁹⁰ Zarar sigortalarında, rizikonun gerçekleşmesi sonrasında muaccel (istenebilir) hale gelen sigorta alacağı, iki senelik zamanaşımı süresi dolana kadar istenebilir. Yazara göre bu kuralın neden devre dışı olduğu anlaşılammaktadır. Bu düzenlemede zamanaşımı, rizikonun gerçekleşmesinden (ve sigorta alacağının muaccel hale gelmesinden) sonra en az tüketicinin satıcıya yönelik alacağı hakkındaki zamanaşımı kadar olması gerekirdi. Bkz. Ünan, s. 62.

Bina tamamlama sigortasını yaptırma yükümlülüğü satıcıya tanınmış olup, sigorta, binanın tamamını kapsamaktadır. Taşınmaz için bina tamamlama sigortası yaptırılmış ise, sigorta teminatı, kurulduğu tarihten itibaren hüküm doğurmak üzere cayma hakkı süresinin sonunda yürürlüğe girer (ÖÖKSHY md. 8/4 ve BTSGŞ C.1/4). Bu hükme göre, bina tamamlama sigortasının hüküm ve sonuç doğurması, cayma hakkının kullanılmasına bağlıdır. Tüketicinin cayma hakkını kullanması, sigorta sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam eder⁴⁹¹.

Bina tamamlama sigortasının sadece satıcının iflas veya ölümü halinde tüketiciye bir koruma getirmiş olması, sözleşmenin satıcı tarafından hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi haline ilişkin olarak bir teminat sağlamamış olması nedeniyle çok etkin bir koruma yöntemi olmadığı söylenebilir⁴⁹². Bina tamamlama sigortasının diğer bir alternatifi olan banka teminat mektubunun tüketiciye daha geniş bir koruma sağladığı ve bankanın, verdiği teminat mektubu ile satıcıya kefil olmakla tüketiciye daha iyi bir güvence sağladığı açıktır⁴⁹³. Ancak unutulmamalıdır ki, bazı büyük inşaat firmaları dışında banka teminat mektubu verebilecek satıcı/müteahhit sayısı çok azdır. Ayrıca bu inşaat firmalarının binlerce tüketiciye karşı teminat mektubu verme yükümlülüğü, satıcı üzerine aşırı bir mali yük getirecektir. Bankaların ise uygulamada, teminat mektubu sağlarken müşterilerine çıkardıkları gereksiz formaliteler de bu teminat türünün yaygın olarak kullanılmasına engel oluşturmaktadır.

2. Bina Tamamlama Sigortası için Uygulanacak Kriterler

TKHK 42/1 maddesi, ilgili bakanlık tarafından, projedeki konut adedi veya projenin toplam bedeli kıstasına göre belirlenecek büyüklüğün üzerindeki projeler için satıcının ön ödemeli konut satışına başlamadan önce bina tamamlama sigortası veya diğer teminat türlerinden birinin yaptırılması zorunluluğunu getirmiştir. İlgili düzenlemeye göre, “*Bakanlıkça projedeki konut adedi ya da projenin toplam bedeli kriterine göre belirlenecek büyüklüğün üzerindeki projeler için satıcının ön ödemeli konut satışına*

⁴⁹¹ Çabri, s. 220.

⁴⁹² Acar, s. 28.

⁴⁹³ Ünan, s. 60.

başlamadan önce; kapsamı, koşulları ve uygulama esasları Hazine Müsteşarlığınca belirlenen bina tamamlama sigortası yaptırması veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları sağlaması zorunludur”.

Madde incelendiğinde kanun koyucunun iki kriteri göz önünde bulundurduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, projenin konut sayısı kriteri, diğeri ise, projenin toplam değeri (bedeli) kriteridir.

a. Konut Adedi

ÖÖKSHY md. 12/1’e göre, “*Satıcının konut satışına başlamadan önce, konut adedi otuz ve üzerinde olan projeler için bina tamamlama sigortası yaptırması ...zorunludur”.* İlgili düzenleme incelendiğinde, yüklenici ya da satıcının bina tamamlama sigortası veya diğeri teminat türlerinden birini yaptırma yükümlülüğü, konut sayısının otuz veya üzeri olması şartına bağlanmıştır. Teminat yükümlülüğü açısından kanun koyucunun getirdiği otuz adetlik konut kriterinin hangi kıstaslara göre belirlendiği konusunda, ilgili madde gerekçesinde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bununla birlikte neden on beş ya da yirmi konut değil de otuz adetlik sınır konulduğu da anlaşılamamaktadır. Kanaatimizce, otuz adet altındaki konut projeleri bakımından sigorta şirketlerinin yeterli prim elde edemeyeceği ve teminat sağlama konusunda çekinceleri olduğudur. Zira, otuz adet altındaki konut projeleri sigorta şirketlerince kârlı bulunmamakta ve sanırım ki bu nedenle de teminat yükümlülüğü dışında tutulmaktadır⁴⁹⁴. Buradan çıkan sonuca göre, bir projede inşa edilecek konut sayısı otuzun altında ise yüklenici veya satıcının teminat yükümlülüğünün bulunmadığı söylenebilir.

Diğeri taraftan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, projenin tamamı otuzdan fazla bağımsız bölüm içermesine karşın, arsa sahiplerine düşen bağımsız bölümler çıkarıldığında, ön ödemeli konut satıcısı olan yükleniciye düşen bağımsız bölüm sayısının otuzun altında olduğu durumda, teminat zorunluluğunun bulunduğu kabul

⁴⁹⁴ Nitekim, 15 Eylül 2016 tarihi itibarıyla, tek bir sigorta firması dahi Hazine Müsteşarlığından bu sigortayı yapma konusunda ruhsat almamıştır. Sigorta şirketleri, riski yüksek gördükleri ve yapılacak poliçenin kârlı olmayacağını düşündüklerinden bu poliçeyi yapmaya yanaşmamaktadırlar. www.hurriyet.com.tr/aradan-1-5-yil-gecti-bina-tamamlama-sigortasi-icin-basvuran-olmadi-40224183 (18.09.16).

edilmelidir. Çünkü, bileşik eşya olarak ana yapıda yer alan bağımsız bölümlerin birbirinden ayrı tamamlanması düşünülemezine göre, amaçsal yorum ilkelerine ters düşecek şekilde aksi görüşe varılmamalıdır. Toplu yapıların söz konusu olduğu bir parselde ise (KMK md. 66) birden fazla bloklardan birinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olması halinde satıcı, sadece satışa sunmuş olduğu blok için sigorta yaptırmakla, teminat yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacaktır. Zira KMK 66/3 maddesi her bir blokta ayrı ayrı kat mülkiyetine geçilebilmesine cevaz vermektedir⁴⁹⁵.

Uygulamaya baktığımızda, çoğu kentsel dönüşüm alanları veya toplu konut uygulamaları dışında büyük projelere daha az rastlanmakta, küçük ölçekli ve genellikle otuzun altında üretilen binalara daha sık rastlanmaktadır. Ankara, İstanbul ve İzmir gibi bazı büyükşehirleri istisna tutarsak, Anadolu'nun birçok şehrinde otuz adet üzerinde konut projesi görmek sık rastlanan bir durum değildir. Kaldı ki büyük projeleri, sermayesi güçlü inşaat şirketleri finanse ettiği için bu şirketlerden konut satın alan tüketicilerin mağdur olma ihtimali daha düşüktür. Halbuki yap-sat'çı olarak tabir edilen ve neredeyse toplumun tüm kesimindeki kişilerin artık meslek olarak uğraştığı müteahhitlerin (yüklenici/satıcıların), inşaatı bitirmesi için ulaşması gereken konut satış adedine ulaşamaması halinde, inşaat tamamlanma süresinin uzayacağı ve hatta iflas edip işi bırakacağı, bilinen bir gerçek olarak önümüzde durmaktadır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, teminat yükümlülüğünün otuz ve üzeri konut projelerinde zorunlu tutularak, otuzun altındaki projelerde zorunlu tutulmaması isabetsiz olmuştur⁴⁹⁶. Zira, otuz adet üzerinde altındaki projelerden konut satın alan tüketiciler, bu koruma şemsiyesinin dışında tutulmuş ve hatta aynı hukuki konumdaki diğer tüketicilerle aralarında adaletsiz bir durum yaratılmıştır. Misal olarak, bir ilçe veya bir semtte, imar mevzuatı gereği ya da fiziksel imkanların yetersizliğinden dolayı otuz adet kriterini karşılayamayacak olan konut inşaatlarından daire alan tüketiciler, satıcıya karşı korumasız kalmaktadır (Örneğin, İstanbul'un Kurtuluş semtinde tek bir parselde otuz adet konut inşa etmek neredeyse imkansızdır). Böyle bir durumda, aynı hukuki işlemi yapan tüketiciler arasında eşitlik olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

⁴⁹⁵ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 61.

⁴⁹⁶ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 61.

İlgili hükmün, tüketiciler arasında bir adaletsizliği ortaya çıkardığı ve yine tüketici aleyhine satış sonrası çıkaracağı sonuçlar düşünüldüğünde ve Kanunun amaçladığı gerekli hukuki korumayı sağlayamaması nedeniyle, bu düzenlemenin de lege feranda, en kısa zamanda değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

b. Konut Projesinin Toplam Bedeli

BTSGŞ A.1 maddesine göre, sigortacı, inşa edilecek proje için poliçe düzenler ve satıcıya ön ödemeli olarak satılacak konutlar bakımından azami bir teminat limiti tahsis eder. Proje kapsamında, tüketicilere konut satışı yapılmasından sonra konut satış bedeli üst sınır olmak üzere her bir tüketici için, müstakil teminat senetleri düzenlenir. Müstakil teminat senetlerinin toplamı sigortacı tarafından satıcıya tahsis edilen azami teminat limitini teşkil etmektedir (BTSGŞ md. A.3). Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, sadece banka kanalıyla yapılacak ödemelerin teminat senedi kapsamında olduğudur. Bankalar veya finans kuruluşları dışında satıcıya yapılacak ödemeler, teminat senedi kapsamı dışındadır. Taşınmazın bağlı kredi ile alındığı hallerde, kredi veren veya konut finansman kuruluşu tarafından sağlanan kredi tutarını aşan kısım teminat kapsamındadır⁴⁹⁷.

3. Ek Sözleşme ile Teminat Altına Alınabilecek Değerler

Bina tamamlama sigortası kapsamına giren üç duruma yukarıda kısaca değinmiştik. Bunların dışında kalan rizikolar ise sigorta kapsamında değildir. Ancak BTSGŞ A.3 maddesi, sigortacı ile yapılacak ek bir sözleşme ile teminat altına alınabilecek diğer menfaatleri düzenlemiştir. Buna göre, sözleşmenin kat karşılığı yapılması halinde arsa sahibine ait menfaatler, proje kapsamında yer alan dükkan, ofis vb. ticari nitelikteki taşınmazlar, bunlarla sınırlı olmamak üzere, deprem, yanardağ püskürmesi, toprak

⁴⁹⁷ Devre Tatil Yönetmeliği'nin 14/2 maddesine göre, "Satıcı veya sağlayıcının, ön ödemeli satışa başlamadan önce, proje toplam bedelinin bir milyon Türk Lirasını aştığı projeler için, 27/11/2014 tarihli ve 29188 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmeliğin "Teminat" başlıklı beşinci bölümü hükümleri çerçevesinde teminat sağlaması zorunludur". Bu düzenleme uyarınca ön ödemeli satışa konu olacak bir projenin toplam bedeli bir milyon Türk Lirası üzerinde ise satıcı yukarıda bahsedilen dört teminat türünden birini sağlama yükümlülüğü altındadır.

kayması, fırtına, dolu, yıldırım, sel ve su baskını gibi doğal afetler nedeni ile projenin tamamlanamaması, bağlı kredi ile alınan taşınmazlar için kredi verenin veya konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu, ek sözleşmeyle sigorta kapsamına dahil edilebilir.

BTSGŞ A.3/1 maddesine göre, satıcının konutları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şeklinde yaptığı durumda arsa sahibine ait olacak konutların Bina Tamamlama Sigortası kapsamında olmadığı anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda sigorta yaptırma yükümlülüğü olan otuz sayılı kriteri de zorlaştırılmış olmaktadır. Örneğin, bir binada otuz beş olan toplam konuttan on beş tanesinin arsa sahibine verileceği kararlaştırılmışsa, satıcıya kalacak yirmi konut için artık teminat yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Bu durum ise tüketicilerin korunmasını hedefleyen TKHK'nun amaçladığı sonuçlara ters düşmektedir. Bu nedenle, yukarıda da belirttiğimiz üzere, arsa sahibine kalacak olan konutların da ek bir sözleşme ile teminat altına alınması yerine, (aynen satıcı için zorunlu kılınan teminat gibi) genel kapsamlı sigorta şartlarının içerisinde yer verilmesi daha isabetli olacaktır.

BTSGŞ A.3/2 maddesi incelendiğinde, proje içinde bulunan dükkan, ofis ve ticari alanların Bina Tamamlama Sigortası kapsamında olmadığı, bu tip yerlerin sigorta kapsamına alınabilmesi için ek sözleşme yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Günümüzde bilhassa büyük şehirlerde, konut-ofis veya konut-avm ya da bunların hepsi birlikte, karma projelerin yapıldığı düşünüldüğünde ticari alanların ek sözleşme ile teminat altına alınabilmesi kanımızca isabetli bir düzenlemedir. Zira bu tip ticari alanlara yatırım yapan alıcılarında sigorta teminat şemsiyesi altına alınmış olması TKHK'nun amacı ile uygun düşmektedir.

BTSGŞ A.3/3 maddesi, inşaatı devam eden bir projenin deprem, yanardağ püskürmesi, toprak kayması, fırtına, dolu, yıldırım, sel ve su baskını gibi doğal afetler nedeni ile tamamlanamaması halleri de ek sözleşme ile güvence altına alınabilir. İlgili düzenlemede sayılan bu haller sınırlı olmayıp, başkaca bazı durumlar da sigorta poliçesiyle teminat altına alınabilir. Her ne kadar, BTSGŞ A.4/6-7 maddesine göre terör eylemleri ve bunların gerektirdiği inzibati ve askeri hareketler nedeniyle meydana gelen zararlar sigorta kapsamında olmasa da kanaatimizce terör olayları nedeniyle inşaatın

tamamlanamaması riski de ek bir sözleşme ile teminat altına alınmalıydı. BTSGŞ A.3/4 maddesi, bağlı kredi ile alınan taşınmazlar için kredi verenin veya konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğunun da ek sözleşmeyle sigorta kapsamına dahil edilebileceğini düzenlemiştir⁴⁹⁸.

4. Sigorta Kapsamı Dışında Kalan Haller

Bina Tamamlama Sigortası Genel Şartları A.4 düzenlemesi, sigorta sözleşmesinde teminat dışı olan halleri düzenlemiş ve ek sözleşme ile dahi bu hallerin teminat alınmayacağını hüküm altına almıştır. Buna göre;

Herhangi bir nükleer yakıttan veya nükleer yakıtın yanması sonucu nükleer atıklardan veya bunlara atfedilen sebeplerden meydana gelen iyonlayıcı radyasyonlar, radyo aktivite bulaşmaları veya kirlenme sigorta kapsamı dışındadır.

Herhangi nükleer kuruluş, nükleer reaktör veya bunların birleşik veya tamamlayıcı nükleerparçalarının radyoaktif, zehirleyici, patlayıcı veya diğer tehlikeli ya da kirlenici özelliklerinden meydana gelen zararlar ve atomik veya nükleer parçalanma ve/veya birleşme yahut diğerbenzer tepkime veya radyoaktif güç ya da madde kullanılan herhangi bir silah ya da cihazdan kaynaklanan zararlar teminat kapsamında değildir.

Herhangi bir sınıai, ticari, zirai, tıbbi, fenni veya sair barışçıl maksatlarla hazırlanan, taşınan, depolanan ya da kullanılanlar haricindeki radyoaktif izotoplardan kaynaklanan zararlar, her türlü kimyasal, biyolojik, biyo-kimyasal ya da elektromanyetik silahtan kaynaklanan zararlar sigorta sözleşmesi dışındadır.

Her türlü savaş olayları, istila, yabancı düşman hareketleri, çarpışma, ihtilal, isyan, ayaklanma ve bunların gerektirdiği inzibati ve askeri hareketler nedeniyle meydana gelen zararlar ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda belirtilen terör eylemleri ve bu eylemlerden doğan sabotaj sonucunda oluşan veya bu eylemleri önlemek ve etkilerini azaltmak amacıyla yetkili organlar tarafından yapılan müdahaleler sonucu

⁴⁹⁸ Bağlı kredi ile teminat için bkz. § 12, II, D.

meydana gelen biyolojik ve /veya kimyasal kirlenme, bulaşma veya zehirlenmeler nedeniyle oluşacak bütün zararlar sigorta sözleşmesi kapsamında değildir.

Satıcının mevzuata ve projeye aykırı işlemlerinden kaynaklanmaması şartıyla kamu otoritesi tarafından projede yapılacak tasarruflar nedeniyle meydana gelen zararlarda, projenin yeni mevzuata uygun hale getirilmesine kadar geçen süre, sözleşmede taahhüt edilen teslim süresinin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

Tüketicinin sözleşmeden cayması veya dönmesi halleri ile BTSGŞ B.3. maddesine aykırı olarak tüketicinin taşınmazı devir veya teslim almaktan kaçınması ve dolaylı zararlar ile sözleşmede kararlaştırılmış ise cezai şart da teminat kapsamı dışındadır.

Taşınmazın iç kısmında kullanılan fayans, musluk, yer döşemesi, kapı kolu, mutfak dolabı gibi oturmaya elverişliliği engellemeyen kıymetlerin projede taahhüt edilen nitelikte olmaması (ayıplı olması) halleri teminat dışında kalmakta ve ek sözleşme ile de sigorta kapsamı içine alınamamaktadır⁴⁹⁹.

5. Sigortacının Poliçeyi Tek Taraflı Fesih Hakkı

BTSGŞ A.5/3 düzenlemesine göre, sigortacı, vermiş olduğu teminat senetlerine ilişkin yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla, bazı hallerde, sigorta sözleşmesini derhal hüküm doğuracak şekilde sona erdirebilir. Bu hallerden ilki, satıcının, sigortacıya karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya sigortacıya yanlış beyanda bulunmasıdır. Dürüstlük kuralına göre sigortacıya doğru bilgi ve belgeleri sunmakla yükümlü olan satıcının, bu duruma aykırı davranması halinde veya poliçe primlerini zamanında ödememesi durumunda sigortacı sözleşmeyi sonlandıracak ve böylece konut projesi teminatsız kalmış olacaktır.

Sözleşmenin sonlandırılmasına dair ikinci durum ise, satıcının sigortacı tarafından talep edilen güvenceyi sunamaması veya sigortacıya verilen güvencenin yetersiz, ya da değersiz hale gelmesidir. Sigortacı bu hallerde sigorta sözleşmesini feshedebilir veya

⁴⁹⁹ Ayıplı ifa hakkında bkz. § 15.

satıcıdan ek prim ya da güvence talebinde bulunabilir. Sigortacının ek teminat istemesine dair diğer bir düzenleme BTSGŞ md. B.9'da yapılmıştır. Buna göre, satıcının üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmemesi ya da yanlış beyanda bulunması gibi sebeplerle sigortacı, satıcıdan ek güvence talep edebilecektir⁵⁰⁰.

6. Bina Tamamlama Sigortasında Tarafların Yükümlülükleri

a. Poliçe Düzenlenmeden Önce Satıcının Beyan Yükümlülüğü

BTSGŞ B.1 düzenlemesine göre satıcı, yapacağı projeye ve daha önce yapmış olduğu projelerine dair bilgileri, mali durumunu gösteren belgeleri ve kredibilitesine dair bilgileri sigortacıya sunmakla yükümlüdür. Satıcı bu bilgileri dürüstlük kuralına göre beyan etmelidir. Satıcının, sigortacıya yanlış beyanda bulunması halinde sigortacının sigorta sözleşmesini tek taraflı olarak feshetme hakkı vardır (BTSGŞ A.5/3-a). Bununla birlikte sigortacı, yanlış beyanın tespiti halinde sözleşmenin feshi yerine satıcıdan ek güvence talep edebilir (BTSGŞ B.9-a).

Sigortacı, satıcının vereceği bilgiler doğrultusunda projeyi sigortalamakla yükümlüdür; ancak, sigortacı, satıcıyla sigorta sözleşmesi yapmayı reddedebilir mi? Diğer bir ifade ile, sigortacı, satıcı ile sigorta sözleşmesi yapmaya mecbur mudur? Bir görüşe göre, sigorta şirketi belirli kriterleri yakalayamayan inşaat şirketleri ile sigorta sözleşmesi yapmaktan kaçınabilecektir⁵⁰¹. Bu kriterler, şirketin mali yapısı ve daha önce tamamlamış olduğu projeler olarak sayılabilir. Kanaatimize göre sigortacı, kendisine doğru bilgiler (mali durum, kredibilite vs.) vermeyen ve daha öncesinde yarıda kalan projeleri olan bir inşaat şirketiyle sigorta sözleşmesi yapmak durumunda değildir. Haklı

⁵⁰⁰ BTSGŞ md. B.9: Sigortacının talebi üzerine, satıcı;

a) Sigortacıya karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi, sigortacıya yanlış beyanda bulunması, mali durumunun sigorta sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuş olduğunun tespit edilmesi veya poliçe düzenlenirken beyan ettiği proje planı aşamalarında toplam 6 aydan fazla gecikme olduğunun tespit edilmesi halinde, azami teminat limitini aşmayacak şekilde nakit, ipotek, banka teminat mektubu, kefalet sigortası poliçesi veya uygun görülecek başka bir güvence sunmakla,

b) Güvence talebinin alındığı tarihten, güvencenin fiilen sunulduğu veya mevcut bütün teminat senetlerinin tasfiye edildiği tarihe kadar olan dönem için ilave prim ödemekle yükümlüdür.

⁵⁰¹ Dilber, Avni, 2.Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, (Edt. Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2013, s. 229.

gerekçeler göstermek kaydıyla, ilgili inşaat şirketinin projesini sigortalamayı reddedebilir. Böyle bir durumda satıcı, diğer sigorta şirketlerine başvurmalıdır. Tüm sigorta şirketlerinin ilgili satıcıyla sigorta sözleşmesi yapmaktan kaçınması halinde satıcının ön ödemeli konut satışı yapmasına olanak yoktur. Satıcı bu durumda, ilgili mahkemeye başvurarak, sigorta şirketlerinin gerekçelerinin yersiz ve mali durumunun yeterli olduğuna dair karar verilmesini talep edebilir.

b. Poliçe Düzenlenmesinden Sonraki Yükümlülükler

aa. Satıcının Yükümlülükleri

Bina Tamamlama Sigortası Genel Şartları B.2 düzenlemesinde tarafların hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir. İlgili hükümde satıcıya düşen en önemli yükümlülük, sigortacıya dürüstlük kuralı çerçevesinde doğru bilgileri sunmaktır. Satıcının sigorta sözleşmesi yapılmasından önce bu bilgileri verme yükümlülüğünün yanında poliçe düzenlenmesinden sonra da nakdi veya gayri nakdi kredi ilişkilerini ve mali durum bilgilerini sigortacıya bildirmelidir. Yine satıcı, sigortacıya bildirmeksizin üçüncü şahıslara aktifleri üzerinde şahsi ve aynı teminat (kefalet, ipotek, rehin, vb.) vermemekle de yükümlüdür (BTSGŞ B.2/a-b).

Satıcının diğer önemli yükümlülüğü ise, poliçede belirtilen prim tutarlarını zamanında ve eksiksiz olarak sigortacıya ödemektir. Satıcı prim ödeme borcunu, poliçede kararlaştırılan şekil ve zamanda ödemelidir. Sigorta primi, projedeki konut sayısı, proje süresi, proje bedeli, satıcının geçmiş faaliyetleri gibi hususlar göz önünde bulundurularak hesaplanır (BTSGŞ C.1-a).

Satıcı, sigorta teminatı verilmesi kararını etkileyebilecek ve poliçede bildirimde bulunulmasına ilişkin hüküm bulunan önemli ölçüdeki değişiklikleri ve konut projesinde zararın meydana gelmesinin muhtemel olduğu hallerde de sigortacıyı bilgilendirmekle yükümlüdür (BTSGŞ B.2-b).

Satıcı, tüketicinin ön ödemeli konut sözleşmesinden cayması veya dönmesi halleri ile; her ne ad altında yapılırsa yapılsın tüketicilerce yapılan ödemeleri sigortacıya gecikmeksizin bildirme borcu altındadır. Sigortacının talep etmesi halinde satıcı, poliçede kararlaştırılan dönemlerde proje gelişimi ile ilgili bilgileri vermek, projenin gelişimi konusunda yapılabilecek her türlü araştırma ve incelemeye izin vermekle yükümlüdür (BTSGŞ B.2/d-e-f). Satıcı, tüketicinin yaptığı ödemelerle ilgili olarak da sigortacıya gerekli bilgi ve belgeleri sunmak ve sigorta konusu ile ilgili başka sigorta sözleşmesi varsa bunları da sigortacıya bildirmekle sorumludur (BTSGŞ A.5/c-ç).

BTSGŞ B.9-a düzenlemesine göre satıcı, sigortacıya karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi, sigortacıya yanlış beyanda bulunması, mali durumunun sigorta sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuş olduğunun tespit edilmesi veya poliçe düzenlenirken beyan ettiği proje planı aşamalarında toplam 6 aydan fazla gecikme olduğunun tespit edilmesi halinde, azami teminat limitini aşmayacak şekilde nakit, ipotek, banka teminat mektubu, kefalet sigortası poliçesi veya uygun görülecek başka bir ek güvence sunmakla yükümlüdür.

Teminat altına alınan riskin gerçekleşmesi halinde satıcı, poliçeye göre sorumluluğunu gerektirecek olan olayı, haberdar olduğu andan itibaren beş gün içinde sigortacıya bildirmek ve olayla ilgili bilgi ve belgeleri gecikmeksizin sigortacıya teslim etmek zorundadır (BTSGŞ B.5/a-b).

bb. Sigortacının Yükümlülükleri

BTSGŞ B.2/2'ye göre sigortacı, stratejik değişiklikler ile poliçede belirtilmesi kaydıyla, satıcının kredi değerliliği açısından önemli bulduğu konular ve satıcının faaliyetleriyle ilgili gelişmeler hakkında detaylı bilgi talep edebilir (BTSGŞ B.2/2-a). Sigortacı, satıcı için bir teminat hesabı tutar ve bu hesaba, her bir tüketici için düzenlenen teminat senedini düzenlendiği tarih itibariyle dâhil etmekle yükümlüdür (BTSGŞ B.2/2-b).

Sigortacı, (poliçede kararlaştırılmak şartıyla) teminat senedi düzenlenebilmesi için sözleşme akdedilmeden önce taşınmaz satışı ve tüketici ile ilgili bilgileri satıcıdan talep edebilir ve gerekli ön değerlendirmeyi gerçekleştirerek, her bir tüketici için satıcının

talebi üzerine teminat senedi düzenler (BTSGŞ B.2/2-c,ç). Bu durum poliçede kararlaştırılmadığı takdirde (satıcı istemezse) teminat senedi düzenlenmesini sağlayacak bilgi aktarımı devre dışı kalacaktır. Buradan anlaşılan husus şudur: Teminat senedi düzenlenmesi satıcının bunu istemiş olmasına bağlıdır. Peki, satıcının böyle bir istekte bulunmaması durumunda ne olacaktır? Bu konuda bir düzenleme olmamakla birlikte, böyle bir durumda tüketicinin en azından sigorta sözleşmesi bakımından (eğer başka bir güvence de söz konusu değilse) “açıkta kalacağı” aşıkardır. Tüketicinin açıkta kalmasına satıcının karar verebiliyor olması ise anlamlı ve doğru görünmemektedir⁵⁰².

Satıcı, tüketicinin sözleşmeden cayması veya dönmesi halinde, bahse konu tüketici için düzenlenen teminat senedini iptal eder ve iptal edilen kısım tutarını satıcının teminat hesabından düşer (BTSGŞ B.2/2-d). Satıcı, düzenlemiş olduğu teminat senetlerini ve asgari içeriği Hazine Müsteşarlığınca belirlenen ve bu sigortaya ilişkin önemli hususları içeren formu tüketicilere sunmakla da yükümlüdür (BTSGŞ B.2/2-e).

Sigortacı ve onun adına hareket edenler, bu sigorta dolayısıyla, tüketiciye ilişkin öğreneceği kişisel sırlar ile satıcıya ilişkin öğreneceği ticari ve mesleki sırların saklı tutulmamasından doğacak zararlardan sorumludur (BTSGŞ C.5).

Sigortacı teminat altına aldığı risk karşılığında satıcıdan prim talep etme hakkına sahiptir. Ek sözleşme ile teminat altına aldığı menfaatler için de, esas sigorta sözleşmesinden ayrı ek ödeme talebinde bulunabilir (BTSGŞ A.3). Sigortacı, teminat altına aldığı riskin ağırlaşması halinde satıcıdan ek güvence talep edebilir⁵⁰³. Bununla birlikte, satıcının sigortacıya yanlış bilgi vermesi, yükümlülüklerini yerine getirmemesi, satıcının kendisinden talep edilen güvenceyi verememesi veya güvencenin değersiz hale gelmesi hallerinde de sigortacı satıcıdan ek prim talebinde bulunabilir (BTSGŞ A.5-a,b).

⁵⁰² Ünan, s. 61.

⁵⁰³ BTSGŞ B.4'e göre aşağıda sayılan hallerin gerçekleşmesi halinde riziko ağırlaşmış sayılır;

Satıcı hakkında iflas yoluyla takibe başlanması ya da iflas davası açılması; satıcının, borçlarının ödenmesi ile ilgili olarak bir mahkeme veya yetkili bir resmi merci tarafından tüm alacaklıları bağlayan kısıtlayıcı bir karar alınması, borç ödemede acze düşmesinin belgelenmesi veya bu durumun sigortacı tarafından kabul edilecek başka bir şekilde kanıtlanması suretiyle yapılan icra takibinin sonuçsuz kalması, borçları ile ilgili konkordato ilan etmesi, mali durumunun sigorta sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuş olduğunun tespit edilmesi veya poliçe düzenlenirken beyan ettiği proje planı aşamalarında toplam altı aydan fazla gecikme olduğunun tespit edilmesi, hallerinde rizikonun ağırlaştığı kabul edilir.

7. Poliçede Taraf Değişikliği

Sözleşme konusu taşınmazın devir veya tesliminden önce sözleşmenin tarafı olan tüketicinin değişmesi halinde, poliçede kararlaştırılmak kaydıyla, devralan tüketiciye ilişkin yapacağı değerlendirmeden sonra sigortacı, sorumluluğunun yeni tüketiciye karşı da devam etmesine karar verebilir. Satıcı, meydana gelen değişikliği öğrendiği tarihten itibaren derhal sigortacıya bildirmekle yükümlüdür (BTSGŞ C.4). Burada dikkat edilmesi gereken nokta, taraf değişikliğinin yeni tüketici ile de devam etmesi isteniyorsa, bu durumun sigorta sözleşmesinde kararlaştırılmış olması gerektiğidir.

8. Riskin Gerçekleşmesi Halinde Satıcının Hak ve Yükümlülükleri

Satıcı, rizikonun gerçekleşmesi halinde kendi sorumluluğunu gerektirecek bir olayı, haberdar olduğu andan itibaren beş gün içerisinde sigortacıya bildirmek zorundadır (BTSGŞ B.5-a).

Satıcı, sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hal ve şartlar altında gerçekleştiğini ve sonuçlarının tespiti, tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yararlı, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri gecikmeksizin sigorta şirketine teslim etmelidir (BTSGŞ B.5-b). Tüketicinin yapmış olduğu ödemeler ve başka bir sigorta sözleşmesinin de var olması durumunda satıcı, elindeki tüm belge ve bilgileri sigortacıya sunmalıdır (BTSGŞ B.5-c,ç).

9. Riskin Gerçekleşmesi Halinde Ödenecek Tazminat Tutarı ve Ödenme Şekli

a. Tazminatın Kapsamı

BTSGŞ B.6/I düzenlemesine göre sigortacının sigorta sözleşmesi ile ödeyeceği tazminat tutarı, poliçede belirtilen azami teminat limiti ile sınırlıdır. Sigortacı, riziko gerçekleştiğinde, tüketicilerin yapmış olduğu ödemeleri anaparası teminat senedinde yer alan azami tutarı aşmamak üzere yasal faizi ile birlikte geri öder (BTSGŞ B.6/II). Satıcı

ve sigorta şirketi arasında akdedilen sigorta sözleşmesine göre sigortacı, teminata konu poliçeyi düzenleyerek satıcıya projenin ön ödemeli satışa konu kısmı için azami bir teminat limiti tahsis etmektedir. İlgili proje çerçevesinde sigortacı, konutların satışı sonrasında, konut satış bedeli üst sınır olmak üzere her bir tüketici için müstakil senetler düzenler. İşte bu müstakil teminat senetlerinin toplamı sigortacı tarafından satıcıya tahsis edilen azami teminatın da limitini teşkil etmekte, sorumluluğun sınırlarını belirlemektedir (BTSGŞ A.1/II).

Satıcının projede belirtilen konut sayısından daha fazla satış yapmış olması halinde, teminat hesabında yer alan tüketicilere ifa ile sigortacı borcundan kurtulur (BTSGŞ B.6/III). Bu hükme göre, teminat hesabında yer almayan tüketicilerin sigorta şirketlerinden talepte bulunmasının önü kapanmıştır. Taşınmazın bağlı kredi ile alınması halinde, kredi veren veya konut finansmanı kuruluşu tarafından sağlanan kredi tutarını aşan kısım da teminat kapsamındadır (BTSGŞ A.1/V). Bina tamamlama sigortasından kaynaklanan tazminat taleplerinin, rizikonun gerçekleşmesinden itibaren altı ay içerisinde ve her halükarda (poliçede kararlaştırılmışsa), ek bildirim süresi içinde yapılması gerekmektedir (BTSGŞ A.1/V).

b. Tazminatın Ödenme Şekli

Sigortacı sigorta tazminatını, tüketici tarafından taşınmaza ilişkin hakların yönetmelikle öngörülen sözleşmenin kuruluş şekline uygun olarak sigortacıya devredilmesi şartıyla nakden ödeyebilir (BTSGŞ B.6/IV). Bu düzenlemeden ilk anlaşılan, riskin gerçekleşmesi halinde sigortacının, evvela, tüketiciye satın almış olduğu konut için ödediği tüm bedeli geri ödeme sorumluluğu altında olduğudur⁵⁰⁴.

Bununla beraber, sigortacı, poliçede kararlaştırılmış olmak şartıyla, tüketicilere ödeme yapmak yerine projenin tamamlanarak hak sahiplerine teslim edilmesini de sağlayabilir (BTSGŞ B.6/V). Sigortacı makul süre içerisinde yapacağı araştırma ve değerlendirme ile binanın tamamlanmasına karar verebilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, eğer sigorta sözleşmesinde projenin tamamlanmasına dair herhangi bir kayıt yoksa bu

⁵⁰⁴ Aynı yönde, Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 63; İnal, s. 675, 679.

durumda binanın tamamlanarak tüketicilere teslim edilmesi yoluna gidilemeyeceğidir. Bu nedenle, sigorta sözleşmesinde binanın sigortacı tarafından tamamlanacağına dair bir hükmün bulunması gerekmektedir. Sigortacı, binanın tamamlanması yolunda karar alırsa, bu durumda yeni teslim tarihi her halde yirmi dört ayı geçemez (BTSGŞ B.6/VI). Ayrıca, projeyi tamamlayacak müteahhidin seçilmesinde sigortacının gerekli özeni gösterme yükümlülüğü vardır (BTSGŞ B.6/VII).

Tüm bu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere sigortacı, tüketicinin zararını iki şekilde karşılayabilir. Bunların ilki, tüketicie satın almış olduğu konut için ödediği tüm bedelin geri ödenmesi, diğeri ise, yarım kalan projenin tamamlanarak tüketicie teslim edilmesidir.

BTSGŞ B.6/VIII düzenlemesine göre, *“riziko, satıcının taşınmaz sözleşmede taahhüt edilen teslim tarihini müteakip 12 ay içinde tamamlayamaması nedeniyle gerçekleşmişse ... sigortacı projenin tamamlanmasında aynı satıcı/müteahhit ile anlaşılabilir”*. Buna göre sigortacı, projenin tamamlanarak tüketicilere teslim edilmesi yönünde karar alırsa, projeyi tamamlayamayan satıcı ile anlaşarak projeyi tamamlattırabilir. Sigortacının projeyi yarıda bırakıp tamamlayamayan yüklenici ile tekrardan anlaşabilmesine imkan veren bu düzenleme eleştirilmiştir. Bahse konu eleştiriye göre; Sigortacının, projeyi tamamlatma kararı alması halinde zaten satıcının temerrüdü nedeniyle sigortaya başvurmak için tüketicinin temerrütten itibaren on iki ay daha beklemesi gerektiği düşünülecek olursa (36+12=48 ay), bir de sigortacının temerrüde düşmüş bu yüklenici ile projeyi tamamlatma noktasında anlaşması halinde, tüketicieyi korumak bir tarafa adeta temerrüde düşen satıcı ödüllendirilmiş olmaktadır. Bir de yeni yükleniciye projeyi tamamlamak için en fazla yirmi dört aylık süre verilebileceği hesaba katılınca (BTSGŞ B.6/VI), satıcının adeta borcunu ifa etmek için toplam yetmiş iki aya sahip olacağı (36+12+24=72 ay), tüketicinin ise gereği gibi ifanın yapılmasını beklemek zorunda kalacağı ifade edilmektedir⁵⁰⁵.

Bina tamamlama sigortasıyla amaçlanmak istenenin ne olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler de mevcuttur. Bir görüşe göre, TKHK md. 42 gerekçesinden,

⁵⁰⁵ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 63-64.

sigortacıları müteahhitliğe (yükleniciliğe) zorlayan bir ifadenin çıktığı, sigortacıdan sigorta tazminatı ödemek yerine yüklenici gibi hareket ederek yapıyı tamamlamasının beklenmemesi gerektiği belirtilmiştir. Aynı görüş, sigortacıdan sigorta tazminatı ödemek yerine yüklenici gibi hareket ederek yapıyı tamamlama zorunluluğunun getirilmesi halinde sigortanın ölü doğacağını ve hiçbir sigorta şirketinin müteahhitlik yapmak istemeyeceğini belirtmiştir⁵⁰⁶.

Bir başka görüşe göre, sigorta teminatıyla amaçlanan, tüketicinin ödediği meblağı geri almasıdır. Zira, yarım kalmış bir projenin başka bir inşaat firması tarafından tamamlanma ihtimali çok gerçekçi değildir. Bu sebeple, sigortacı yarım kalan konutları tamamlatıp tüketiciye eksiksiz teslim etme yükümlülüğü altında değildir⁵⁰⁷.

Karşı görüş ise, kasko sigortasında rizikonun gerçekleşmesi halinde, sigorta şirketlerinin zarar gören aracı tamir ettirmesini örnek göstermiştir. Buna göre, sigorta şirketi aracı bizzat onarmamakta, aracın onarılması için ilgili kişilerle anlaşma yapılarak, onarım bedelinin ödendiğini, aynı yöntemin ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinde de uygulanabileceği belirtilmiştir. Böylece sigorta şirketi aynen kasko sigortalarında olduğu gibi, binanın tamamlanması için yeni bir anlaşma yapacak ve gerekli olan masrafları karşılayacaktır. Aynı görüş, TKHK md. 42/2 gerekçesinde belirtilen “... sigorta şirketinin binanın tamamlanmasına yönelik bir an önce çalışmalara başlanmasının önündeki engellerin kaldırılması amaçlanmıştır” ifadesini gerekçe olarak göstermiş ve TKHK md. 42'nin düzenlenme amacının, tüketicinin ödemelerini güvence altına almanın yanında, binanın tamamlanmasını sağlamak olduğunu vurgulamıştır⁵⁰⁸.

Diğer bir görüşe göre ise, bu tür tazminatlar sigorta tazminatı olarak tanımlanmaktadır. Ancak, sigorta müessesesinde muafiyet ve sigortanın hangi değer üzerinden yapılmış olduğu gibi kriterler söz konusu olduğundan, ödenecek tazminat tutarının, inşaatın kararlaştırıldığı gibi bitirilmesine yetip yetmemesi de göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla, bu sigortanın inşaatla mı yoksa o kişinin uğradığı zararlar mı ilgili

⁵⁰⁶ Gümüş, s. 260.

⁵⁰⁷ Atamer, Yeşim M., Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (Der. İnceoğlu, Murat), İstanbul 2015, s. 266. Aynı yönde, İnal, s. 675; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 63.

⁵⁰⁸ Çabri, 219-220.

olduğunun tartışılması gerekir. Aynı görüşe göre, ortada henüz bir konut bulunmadığından dolayı, bina tamamlama sigortasının ileride doğacak bir alacağın sigortası olması daha mantıklı görülmektedir⁵⁰⁹.

Kanaatimizce, BTSGŞ B.6/IV düzenlemesinin lafzi yorumundan, sigortacının öncelikle, tüketiciye o güne kadar ödemiş olduğu bedeli geri ödeme yükümlülüğü altında olduğu anlaşılmaktadır. Zira, projenin tamamlanmasının söz konusu olabilmesi için sigorta sözleşmesinde tarafların bu yönde bir anlaşmasının varlığı aranmaktadır (BTSGŞ B.6/V). Poliçede kararlaştırılmış olsa dahi, sigorta şirketi projeyi tamamlama veya bedeli geri ödeme konusunda istediği şekilde karar verebilir. Çünkü BTSGŞ B.6/V maddesi, sigortacının yapacağı değerlendirmeye göre karar verebileceğini düzenlemiştir. Bu nedenle, sigortacı tazminatın ödenme şeklinin nasıl olacağı hususunda karar vermekte serbest görünmektedir. Ancak sigortacı, dürüstlük kuralı ve hakkaniyete göre bir karar verme yükümlülüğü altındadır.

Her ne kadar, bahsedilen düzenlemelerle sigorta şirketine tazminatın ödenme şekli ile ilgili dilediği gibi karar verme serbestisi tanınsa da kanaatimizce bu kararı alma hakkı tüketiciye tanınmalıydı. Zira, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde tüketici, henüz inşaat başlamadan (maket halindeyken) veya inşaat devam ederken konutu satın almakta ve bu konutlar projenin tamamlanması ile birlikte büyük oranlarda değer kazanabilmektedir. Tüketicilerin bu kazanç oranını sigorta şirketine bırakıp sadece o güne kadar ödemiş oldukları parayı (faizi ile) geri almaları Tüketici Kanununun ruhuna ve amaçladığı koruma gayesine uygun düşmemektedir. Kanaatimizce, riskin gerçekleşmesi halinde tazminatın ödenme şekline tüketicilerin çoğunluğunun karar vermesi, hakkaniyete de uygun düşmektedir. Zira tüketiciye, sadece o güne kadar ödemiş olduğu bedelin iade edilmesi onu mağdur duruma düşürecek, yüksek prim yapmış projenin bu kazancından sigorta şirketleri faydalanmış olacaktır. Bu nedenle bizim önerimiz, tazminatın ödenme şekline tüketicinin karar vereceği yönünde bir düzenlemenin getirilmesidir.

⁵⁰⁹ Özakman, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, s. 264, 266.

Sigortacı, riskin gerçekleşmesinin ardından tazminatı ödemekle, ödenen tazminat tutarınca satıcının yerine geçer ve satıcının haklarına halef olur (BTSGŞ B.7-B.8). Sigortacı, tüketiciye ödediği bedeli rücu yoluyla satıcıdan faizi ile birlikte tahsil etme imkanına sahiptir⁵¹⁰.

10. Bina Tamamlama Sigortasına Sağlanan Ayrıcalıklar

Bina tamamlama sigortasının amacı, satıcının iflası, mali yetersizlikler, yetersiz teknik kapasite gibi sebeplerle binayı tamamlayamaması halinde, sigorta şirketinin devreye girerek söz konusu projenin tamamlanması veya tüketiciye ödemiş olduğu satış bedelini geri ödemektir. Ancak, sigorta sözleşmesinden elde edilecek tazminatın alacaklılar tarafından haczedilmesi düzenlemenin getirdiği faydaları ortadan kaldıracaktır. İşte bu nedenle, TKHK md. 42/2 ve ÖÖKSHY 13/2 maddesi, “*Bina tamamlama sigortası kapsamında sağlanan tazminat, teminat ve benzeri güvenceler iflas veya tasfiye masasına dahil edilemez, haczolunamaz, üzerlerine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konulamaz*” hükmüyle tüketiciyi korumayı amaçlamıştır. İlgili düzenlemeye göre, sigortacı tarafından ödenen sigorta tazminatından veya teminatların paraya çevrilmesi ile elde edilen paradan tüketicinin yapmış olduğu ön ödeme tutarında payına düşen miktar, haczolunamaz, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz konulamaz. Bu hüküm uyarınca, gerek bina tamamlama sigortası gerek diğer teminatların iflas masası veya tasfiye masasına dahil edilememesi yoluyla tüketicilerin hakları güvence altına alınmak istenmiştir⁵¹¹.

Tüketici, aynı zamanda tacir sıfatına sahip olup da iflas ettiği takdirde, sigorta tazminatından veya teminatların paraya çevrilmesi ile elde edilen paradan (yapmış olduğu ön ödeme tutarında) payına düşen miktara alacaklıları tarafından el atılamaz⁵¹². Diğer yandan, bu hüküm kapsamında sadece bina tamamlama sigortasının iflas veya tasfiye masasına dahil olmayacağı, haczolunmayacağı veya üzerine ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz konulmayacağı ileri sürülemez. ÖÖKSHY’de yer alan ve bina

⁵¹⁰ Acar, s. 28.

⁵¹¹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 61; Çabri, s. 220-221; Ceylan, s. 63; Gümüş, s. 261; Acar, s. 27-28.

⁵¹² Gümüş, s. 261.

tamamlama sigortası dışında düzenlenmiş ve satıcının tercihine bağlı diğer teminatların da bu hükmün kapsamında olduğu kabul edilmelidir⁵¹³.

TKHK 42/2 maddesinin gerekçesinde, “...bina tamamlama sigortası kapsamında sağlanan tazminat, teminat ve benzeri güvencelerin iflas veya tasfiye masasına dahil edilemeyeceği, hacze konu edilemeyeceği ve üzerlerine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konulamayacağı düzenleme altına alınarak, sigorta şirketinin binanın tamamlanmasına yönelik bir an önce çalışmalara başlanmasının önündeki engellerin kaldırılması amaçlanmıştır” ifadesine yer verilmiştir. Böylece, riskin gerçekleşmesi halinde sigortacı, haciz baskısı altında olmadan projenin bir an evvel bitirilmesi işine başlayacaktır. Aksi halde mahkemelerin ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir kararlarının sonuçları beklenerek veya iflas masasının taleplerini dikkate almak durumunda kalınarak, işin içinden çıkılmaz bir hal söz konusu olacaktır. Bu durumda ne konutu ne de ödemiş olduğu bedeli geri alabilen tüketicinin açacağı davalarda yeterli ve etkin bir koruma sağlayamayacaktır⁵¹⁴. Bu nedenle, doktrindeki ağırlıklı görüş ilgili düzenlemenin yerinde olduğu yönündedir⁵¹⁵.

Karşı görüşe göre ise, bu hüküm “havada kalan”, “gerekli olmayan” bir hükümdür. Çünkü, ilgili düzenleme her ne kadar sigortacı tarafından ödenecek tazminatın iflas veya tasfiye masasına girmeyeceğini ve hacze yahut tedbire konu olamayacağını hükme bağlamakta ise de, kimin iflas veya tasfiye masasına girmeyeceğini veya kimin borcu için haczedilemeyeceğini ve üzerine tedbir konulamayacağını belirtmemektedir. Sigorta parası doğrudan tüketiciye ödenecekse (alacaklı, hak sahibi tüketici ise), TKHK md. 42/2 hükmüne gerek yoktur. Zira, tüketiciden alacaklı olan kimselerin tüketiciye ödenecek bir parayı haczettirmeleri mümkündür. Buna hukuken hiçbir engel olmaması gerekir⁵¹⁶. Diğer bir anlatımla, ödeme zaten satıcıya yapılmayacak dolayısıyla da satıcının alacaklıları bu ödemelere el uzatamayacaktır. Başka bir ifadeyle, tüketicinin

⁵¹³ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 61.

⁵¹⁴ Tutumlu, s. 128.

⁵¹⁵ Kara, s. 893; Aydoğdu, s. 89; Tutumlu, s. 128; Çabri, s. 221 vd; Acar, s. 27 vd; Gümüş, s. 260 vd; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 61; Ceylan, s. 63; Özel, s. 190.

⁵¹⁶ Ünan, s. 63.

kendi alacaklıları açısından böylesi bir düzenlemenin anlamı yoktur, zira alacaklıların, tüketicinin bütün malvarlığına el atabileceği tartışmasızdır⁵¹⁷.

Bina tamamlama sigortası kapsamında sağlanan tazminattan ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tarafı olan tüketiciler alacağını elde ettikten sonra kalan kısmın iflas masasına dahil olmasına, haczine, üzerlerinde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz koyulmasına bir engel bulunmamaktadır⁵¹⁸.

B. Banka Teminat Mektubu

1. Genel Olarak

Banka teminat mektupları “bankaların muayyen bir işin gerçekleştirilmesini, bir malın teslimini veya bir borcun ödenmesini muhataba taahhüt eden müşterisinin, bu taahhüdün evvelce muhatap tarafından saptanan koşullara uygun olarak yerine getirilmemesi halinde belirli bir paranın, banka tarafından muhataba ödeneceğini garanti altına alan belgeler...” şeklinde özetlenmiştir⁵¹⁹. Bir başka tanıma göre ise, “borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı bir edimi yerine getirmemesi halinde, belirli bir miktar parayı alacaklının ilk talebinde ona derhal ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğine dair verilen bir mektuptur”⁵²⁰.

Yargıtay 11. HD. vermiş olduğu bir kararda teminat mektuplarını şu şekilde özetlemiştir; “Teminat mektubu sözleşmesi, fer’i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki garanti veren, garanti altından bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almaktadır”⁵²¹.

⁵¹⁷ Atamer, s. 236.

⁵¹⁸ Çabri, s. 222.

⁵¹⁹ Reisoğlu, Seza, Özellikle Dış Ülkelerle İlgili Olarak Banka Teminat Mektupları, Kontrgarantiler ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, No:105, Ankara 1980, s. 33.

⁵²⁰ Barlas, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986, s. 8.

⁵²¹ Yargıtay 11.HD, 15.10.1985 T, 1985/4169 E., 1985/5613 K. www.kazancı.com (18.03.2016).

Banka teminat mektupları ile bankalar, müşterisinin isteği üzerine onunla herhangi bir hukuki ilişkiye girme durumunda bulunan üçüncü kişiye, müşterisinin bu ilişkiden doğan borcunu yerine getirmemesi veya herhangi bir edimin ifa edilmemesi ile alakası olmadan, sadece korkulan bir olayın vukuu halinde belirli bir meblağa kadar ödemede bulunmayı garanti ettiği sözleşmedir⁵²².

Ön ödemeli konut satışlarında banka teminatını ele alan hüküm ÖÖKSHY md. 14/1' de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “*Banka teminat mektubu, satıcının tüketiciye karşı ön ödemeli konut satışına ilişkin 10. maddede yer alan yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, tüketicinin ödediği bedeli, ilk talebinde ona derhal ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğine dair banka tarafından verilen kesin ve süresiz mektup*” olarak tanımlanmıştır.

2. Banka Teminat Mektubunun Hukuki Niteliği ve Türleri

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler ileri sürülse de⁵²³, Yargıtay tarafından 1967 tarihinde verilen İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi sayılması gerektiği vurgulanmış⁵²⁴,

⁵²² Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, C. I, İstanbul 1988, s. 372.

⁵²³ Bu görüşler hakkında daha fazla bilgi için bkz.; Tandoğan, Haluk, Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1962, s. 817; Aral, Fahrettin, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Teminattan Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 426; Güler, Muhammet Ali, Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 7-13; Coşkun, Hilal, Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, İstanbul 2012, s. 22-35; Doğan, Elif, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 45-54.

⁵²⁴ “... Bankanın sıfatı, teminatı veren olduğundan, taahhüdü; esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas akitten ayrı ve tamamıyla müstakildir. Bankanın taahhüdü lehdarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak tecessüm eder. Banka bu teminat mektubu ile bir sözleşmeye bağlanmış şahsın vecibesini yerine getirmesini ve yerine getirmediği takdirde teminatı alan şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alır. Bir kimse, asıl borçlunun ileri sürebileceği itirazlara bakılmaksızın borcun yerine getirilmemesinden doğan zararın tazminini kabul etmesi halinde, o kimse garanti veren durumundadır. Üçüncü şahsın fiilini garanti eden, yani bu şahsın bir şey yapacağını başkasına vaat eden şahıs müstakil bir taahhüt altına girmiş olup, o şeyin yerine getirilmemesi halinde müspet ve karşılık mahiyette zarar ve ziyan tediyesine mecburdur. Garanti aktinin kefaletten farkı; kefilin borcu ferî mahiyeti haiz, yani asıl borca munzam ikinci derecede bir taahhüt olduğu, kefil borcun tediyeye edilmemesi halinde tazminat vermeyi değil asıl borçluca icrası lazım olan taahhüdün ifasını, yani borcu ödemeyi üzerine aldığı halde; garanti veren kimsenin borcu, ferî değil müstakil niteliği taşımış olmasıdır. Garanti veren, asıl taahhüdün icrasıyla değil, zarar ve ziyan tediyesiyle yükümlüdür. Teminat mektubunu veren banka, bir borç yüklendiğinden bu akdin borçlusu ve teminatı alan ise alacaklısı durumundadır. Sözleşme hükümlerini

1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile de teminat mektuplarının hukuki niteliğinin, üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olduğu ifade edilmiştir⁵²⁵.

Banka teminat mektuplarının, TBK. md. 128'de "üçüncü kişinin edimini üstlenme" niteliğinde olduğu bir kısım yazarlarca ifade edilmektedir⁵²⁶. Burada "üstlenen" bir başkasını borç altına sokmamakta, sadece "üstlenilen"e, üçüncü kişinin belirli bir edimde bulunacağı hususunda bir garanti vermekte ve bu suretle kendisi borç altına girmektedir⁵²⁷. Bugün uygulamada kullanılan hemen hemen tüm teminat mektupları bankanın ilk talepte, derhal, itirazsız, kayıtsız ve lehdarın muvafakatine ihtiyaç bulunmaksızın ödeme kaydı içeren türdeki teminat mektuplarıdır.

Banka teminat mektupları sürelerine, içerdikleri kayıtlara, muhataplarına göre farklılıklar gösterebilmektedirler. Bu nedenle de banka teminat mektupları çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmuştur, teminat mektuplarının taşıdığı bu farklı özellikler, tarafların hak ve yükümlülükleri konusunda da birtakım farklılıkları ortaya çıkarmaktadır⁵²⁸. Ancak tüm sınıflandırma çeşitlerinde ortak olan nokta, lehdarın edimini yerine getirmemesi durumunda işleme konulacak olmalarıdır⁵²⁹.

yerine getirme yönünden fiili taahhüt edilen üçüncü şahıs ise bu garanti sözleşmesinin taraflarından değildir. Bu garantinin geçerli olabilmesi için, bu fiilin üçüncü şahıs tarafından yapılabileceğinin düşünülmesi yeterlidir. Teminat altına alınan sonucun gerçekleşmesi halinde bu taahhüt ortadan kalkar..." Yargıtay İBGK, 13.12.1967 T., 1966/16 E., 1967/7 K. www.kazancı.com (19.03.2016).

⁵²⁵ "...Muvakkat ithal yoluyla ithal edilen malların tayin edilen süre içerisinde yurt dışına çıkarılmaması halinde bu eşya için gümrük vesaire vergi ve resmi olarak tahakkuk ettirilen paranın gümrük idaresinin her zaman yapabileceği yazılı istek üzerine, derhal ve herhangi bir itiraza veya hüküm istihsaline mahal kalmaksızın ödemekte bankanın borçlu ile birlikte müşterek ve müteselsil kefil sıfatıyla zamin olduğuna dair bankalar tarafından gümrük vergisi borçlusu lehine ve fakat borçlu ile değil de diğer şahıslarla yapılan bir akde dayanarak gümrük idaresine verilen teminat mektupları mahiyet itibarıyla Borçlar Kanununun 110. Maddesinde sözü edilen 3. Şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akti olduğuna ve bu sebeple garanti veren bankanın alacaklı gümrük idaresine bu sebeple ödediği parayı fiili taahhüt edilen 3. Şahıs mevkiindeki muvakkat ithalatçıdan rücu istemeyeceğine, karar verildi. Bankalar tarafından gümrük vergisi borçlusu lehine, fakat borçlu ile değil de diğer şahıslarla yapılan bir akde dayanarak gümrük idaresine verilen teminat mektupları mahiyet olarak BK.nun 110. md. sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti aktidir..." Yargıtay İBGK, 11.06.1969 T., 1969/4 E., 1969/6 K. www.kazancı.com (19.03.2016).

⁵²⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1153; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 65; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 347.

⁵²⁷ Reisoğlu, s. 392 vd; Eren, Borçlar Genel, s. 1153; Oğuzman/Öz, s. 798-799; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 347.

⁵²⁸ Coşkun, s. 79.

⁵²⁹ E.Doğan, s. 57.

Banka teminat mektupları teminatın konusuna göre kesin teminat mektupları⁵³⁰, geçici teminat mektupları⁵³¹ ve avans teminat mektupları⁵³²; ödeme talebinin şekline göre, ilk talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektupları⁵³³, şarta bağlı teminat mektupları⁵³⁴; geçerli olduğu süre açısından, süreli teminat mektupları⁵³⁵ ve süresiz teminat mektupları⁵³⁶ ayırımına tabi tutulmaktadır.

⁵³⁰ Uygulamada kesin teminat mektupları daha ziyade temel ilişkiyi oluşturan sözleşmeden doğan edimin bir miktar para ödenmesi şeklinde olmadığı, yapı (inşaat) sözleşmelerinde olduğu gibi diğer edimlerin oluşturduğu hallerde uygulanır. Genellikle kamuya yapılan işlerde ve özel hukuk kişileri arasında yapılan büyük ölçekli işlerde kesin teminat mektubunun kullanıldığı görülmektedir. Bu tür teminat mektuplarında risk yüklenicinin işi gereği gibi veya zamanında ifa etmemesidir. Yüklenici, yerine getirmesi gereken işi zamanında veya gereği gibi yerine getirmemezse, iş sahibi, sözleşmeyi feshederek kesin teminat mektubunu cezai şart olarak irat kaydeder. Kesin teminat mektupları ile ilgili geniş bilgi ve açıklamalar için bkz. Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, 3.Bası, Ankara 2005, s. 78 vd; Güler, s. 47; Barlas, s. 121; Güler, s. 47; E.Doğan, s. 61-62; Coşkun, s. 80-81.

⁵³¹ Geçici teminat mektupları iç hukukta ve milletlerarası unsur içeren ihalelerde kullanılan bir teminat mektubu türüdür. Geçici teminat mektubu ile banka ihaleye teklif veren kişilerin ihalenin kendilerinde kalmasına rağmen ihale konusu sözleşmeyi akdetmemeleri diğer bir deyimle önerilerinde ciddi olmamaları nedeni ile doğabilecek zararları teminat altına almaktadır. Daha geniş bilgi için bkz. Doğan, s. 72 vd; Barlas, s. 13; Coşkun, s. 81; E.Doğan, s. 59.

⁵³² Avans teminat mektubu, iş sahibinin yükleniciye avans olarak ödediği parayı garanti altına alan teminat mektuplarıdır. Avans teminat mektubu ile banka, lehtarın taahhüdünü tamamen yerine getirmemesi ve aldığı avansın da istihkakıyla mahsup edilmemesi halinde muhatabın ilk talebi üzerine mektupta belirtilen meblağı ödemeyi taahhüt etmektedir. Bkz. Güler, s. 48; E.Doğan, s. 60; Coşkun, s. 82.

⁵³³ “Şartsız” olarak da adlandırılan ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektupları, muhatabın talebi üzerine herhangi bir itiraza mahal vermeden ve muhataptan teminat mektubuna dayanarak talepte bulunma hakkının var olduğunu ispat etmesine gerek duyulmadan, herhangi bir def’i ya da itiraz ileri sürmeden bankanın derhal ödeme yapmayı taahhüt ettiği teminat mektuplarıdır. Bkz. Tekinalp, s. 516; Coşkun, s. 79; Doğan, s. 65; Güler, s. 51-52; E.Doğan, s. 63.

⁵³⁴ Bu tip teminat mektuplarında, mektup bedelinin ödenmesi için mektup metninde bulunan şartların gerçekleşmesi aranmaktadır. Şarta bağlı teminat mektuplarında, öngörülen şartlar gerçekleşmediği takdirde banka ödeme yapmaktan kaçınabilir. Böylece şarta bağlı teminat mektubu ile muhatabının bankaya karşı haksız ödeme taleplerinin önlenmesi amaçlanmıştır. Bkz. E.Doğan, s. 66; Coşkun, s. 79-80; Tekinalp, s. 514; Güler, s. 53.

⁵³⁵ Bankanın, taahhüdünü belirli bir süreye bağladığı ve sorumluluğunun bu süre içerisinde rizikonun gerçekleşmesi halinde doğduğu teminat mektuplarına süreli (vadeli) banka teminat mektupları denir. Öngörülmuş olan sürede riskin gerçekleşmesi halinde banka sorumlu iken, ilgili süre içerisinde risk gerçekleşmez ise bankanın sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Bkz. Tekinalp, s. 518, 539; Doğan, s. 82 vd; Güler, s. 59; Coşkun, s. 83-84; E.Doğan, s. 70.

⁵³⁶ Bankanın vermiş olduğu ödeme taahhüdünün belirli bir süreye bağlanmadığı ve muhataba karşı sorumluluğunun, riskin gerçekleşmesinden başlayarak, zamanaşımı süresinin sonuna kadar devam eden banka teminat mektuplarına, süresiz (vadesiz) banka teminat mektubu denir. Tanım ve açıklamalar için bkz. Tekinalp, s. 518; Barlas, s. 24; Oğuzman/Öz, s. 816; E.Doğan, s. 71; Güler, s. 60; Doğan, s. 84; Coşkun, s. 83; Reisoğlu, Kontrgaranti, s. 151.

3. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesine Konu Banka Teminat Mektubu

Yukarıda da belirtildiği üzere satıcı, ön ödemeli konut satışlarına başlamadan evvel teminat şartını yerine getirmelidir. Bu teminat şartını, bina tamamlama sigortası şeklinde yaptırabileceği gibi, diğer teminat türlerinden biri olan banka teminat mektubu ile de karşılayabilir. Teminat mektubu, satıcının banka nezdinde kredili ve güvenilir müşteri olduğunu gösterdiğinden, tüketicinin sözleşmeyi daha rahat ve güvenli bir biçimde yapmasını sağlar⁵³⁷. ÖÖKSHY md. 14/1'e göre, "*Banka teminat mektubu, satıcının tüketiciye karşı ön ödemeli konut satışına ilişkin 10. maddede yer alan yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, tüketicinin ödediği bedeli, ilk talebinde ona derhal ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğine dair banka tarafından verilen kesin ve süresiz mektup*" olarak tanımlanmıştır.

Belirtilen maddede, ön ödemeli konut satışı yapabilmek için gereken teminat mektubu tipinin kesin, süresiz ve ilk talepte ödeme kaydını içeren (first demand guarantee) nitelikte bir teminat mektubu olması gerektiği anlaşılmaktadır. Yani tüketici, satıcının temerrüde düştüğü ana kadar ödediği satış bedellerini bankadan öncelikle talep edebilecektir⁵³⁸.

Teminat mektubu ilişkisinde banka, üçüncü kişinin (satıcı/yüklenici) edimini üstlenen konumundadır. Edimi üstlenilen kişi de satıcı/yüklenicidir. Banka, üstlendiği edimin ifa edilmemesi durumunda ortaya çıkacak zararı karşılama yükümlülüğü altındadır. Üstenilen edim (konutu devir ve teslim borcu) sözleşmede öngörülen zamanda (ÖÖKSHY md. 10'a göre, en fazla otuz altı ay) satıcı/yüklenici tarafından ifa edilmezse üstlenenin (bankanın) tazminat ödeme borcu kendiliğinden ortaya çıkar ve borç doğduğu anda muaccel olur⁵³⁹. Bu borç bir tazminat borcudur ve edimin yerine getirilmemesi nedeniyle üstlenilen kişinin uğramış olduğu zararı ifade eder. Buradaki

⁵³⁷ İnal, s. 682.

⁵³⁸ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 66; Çabri, s. 220; Acar, s. 28; Kara, s. 894; İnal, s. 682.

⁵³⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 809, 1159; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 349; Oğuzman/Öz, s. 804.

zarar ifa menfaatinin gerçekleşmemesinden doğan müspet zarardır⁵⁴⁰.

ÖÖKSHY md. 14/2'ye göre, ön ödemeli konut satışının banka teminat mektubu verilmesi suretiyle teminat altına alınması durumunda satıcı, 10. maddede belirtilen sürede konutun devir ve teslim yükümlülüğünü yerine getirmemezse, tüketiciler kendilerine verilmiş olan banka teminat mektubunu bankadan tazmin edebilirler. İlgili düzenlemede kast edilen süre konutun otuz altı aylık sürede devir ve teslim edilmemiş olmasıdır. Teslim süresi otuz altı aydan daha kısa kararlaştırılan bir sözleşmede tüketici, banka teminat mektubunu paraya çevirebilmek için otuz altı aylık sürenin sonunu beklemek durumundadır.

Tüketicinin bankaya böyle bir durumda başvurması halinde, bankanın tüketiciye hiçbir gerekçe göstermeksizin (sözleşmenin geçerli olup olmadığına, olağanüstü hal, ve zamanaşımı gibi iddialara bakmadan, herhangi bir def'i de ileri sürmeden) ödemede bulunması gerekir. Satıcının, ön ödemeli satışa konu olan taşınmazı zamanında devir ve teslim etmediğinin tespiti, tazminatın ödenmesi için yeterli olacaktır. Tüketici, satıcıya ihtar çekmeden, mahkeme kararına veya borçlunun rızasına gerek duymadan, derhal ödemiş olduğu bedeli bankadan tahsil edebilecektir⁵⁴¹. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, tüketicinin teminat mektubunu haksız olarak paraya çevirmesi nasıl kontrol edilecek, diğer bir deyişle, banka, teminat mektubunun paraya çevrilmesinin haksız olduğunu bilse dahi bu meblağı ödeyecek midir? Teminat mektubunun kötüniyetli tüketiciler tarafından paraya çevrilmesinin önüne geçilmesine yönelik kanun veya yönetmelikte bir düzenleme bulunmadığından banka, kendisine başvuran kötüniyetli tüketiciye dahi ödemede bulunacak⁵⁴² ve bu ödeme sonrası ancak yargı

⁵⁴⁰ Reisoğlu, s. 394 vd; Eren, Borçlar Genel, s. 1159; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 349.

⁵⁴¹ Acar, s. 28-29; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 349; Eren, Borçlar Genel, s. 1159; Kara, s. 894; Reisoğlu, s. 395.

⁵⁴² Banka kesin delillerle riskin doğmadığını veya sona erdiğini yahut hakkın kötüye kullanıldığını saptayabiliyorsa ödemeyi reddedecek; ödemede bulunursa lehdara rücu edemeyecektir. Ancak, bir delilin kesin delil olarak nitelendirilebilmesi için, sunulan belgeler dışında başka bir delile ihtiyaç duyulmuyor olması ve bu konuda hiçbir şüphe kalmamış olması gerekmektedir. Banka teminat mektubunda yer alan taahhütlerin öncelikle kanuna, ahlak ve adaba aykırı olması durumunda, bankanın bu hususu muhataba karşı ileri sürebilmesi gerekmektedir. Bunun yanında, banka ile muhatap arasındaki sözleşmenin hile, hata, ikrâh gibi nedenlere dayanarak banka tarafından iptal edilmesi halinde de banka, muhataba ödeme yapmaktan kaçınabilir; E.Doğan, s. 101-103; Hakkın kötüye kullanılması yasağı prensibi hakkında bkz. Erman, Medeni Hukuk, s. 109-113.

yoluna başvurabilecektir. Banka teminat mektupları, tüketicinin korunması açısından oldukça faydalı bir teminat olarak görünmekte ise de taraflar arasındaki dengeyi satıcı/yüklenici aleyhine bozmaktadır. Bunun sebebi de kötünietli tüketiciye karşı herhangi bir kontrol mekanizmasının getirilmemiş olmasıdır. Bu nedenle kötünietli tüketicilere karşı, teminat mektubunun basit yargılama usulüne tabi tutularak dava yolu ile paraya çevrilmesi veya teminat mektubunun şarta bağlı olarak verilmesi kanaatimizce daha uygun bir yol olarak görünmektedir.

Tüketicinin, satıcının temerrüdünden kaynaklanan diğer zararlarını ve satış bedelinin faizini banka teminat mektubu yoluyla tahsil edip edemeyeceğine dair herhangi bir düzenleme kanunda veya yönetmelikte yoktur. Ancak bir görüşe göre, tüketici ödemiş olduğu satış bedelinin faizini ve bunlar dışındaki zararını da banka teminat mektubundan tahsil edebilir. Zira, banka teminat mektubunun işlevi tüketicinin zararını tazmin etmektir⁵⁴³. Kanaatimizce, bankanın sorumlu olduğu miktar, teminat mektubunda belirtilen bedel ile sınırlıdır. Yani teminat mektubunda garanti edilen miktar, bankanın ödeyeceği azami tutarı ifade eder. Tüketicinin uğramış olduğu zarar banka teminat mektubundaki miktardan daha fazla ise, bunun için satıcı/yükleniciye dava yolu ile başvurması gerekir. Gerçekte tüketicinin zararı, banka teminat mektubundaki tutarla aynı veya daha az bir miktar ise bu durumda tüketicinin fazladan tazminat talebi dikkate alınmamalıdır. Zira Yargıtay 19. HD. bir kararında “...ceza koşulu niteliğinde bulunan kesin teminat; kural olarak, tazminat alacağından indirilir; başka bir anlatımla, alacaklı kesin teminatı aşan zararını isteyebilir. Yeterki sözleşmede ya da yasada tersine bir hüküm bulunmasın...” şeklinde karar vermiştir⁵⁴⁴.

Teminat mektubunun sağladığı garanti, tüketiciyi korumak için yeterlidir. Ancak uygulamada, teminat mektubu alabilecek inşaat firması sayısı sınırlıdır. Banka teminat mektubu, bir anlamda nakit para ile eşdeğerdir. Teminat mektupları ancak çok muteber kişilere, bankalara gerekli teminat veya karşılığın verilmesi halinde verilebilen bir teminat türüdür. Bu nedenle uygulaması çok sınırlı düzeyde kalmıştır⁵⁴⁵. Bununla

⁵⁴³ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 66-67.

⁵⁴⁴ Yargıtay 19. HD, 27.01.1994 T., 1993/7910 E., 1994/550 K. www.kazancı.com (25.03.2016).

⁵⁴⁵ Kara, s. 894.

birlikte, onlarca tüketiciye teminat mektubu verilmesi, satıcı üzerine gereksiz bir finans yükü yükleyecektir⁵⁴⁶. Bu nedenle, uygulamada bu teminat türüne rastlanmayacağı kanaatindeyiz.

Verdiği teminat mektubu uyarınca muhataba ödemede bulunan banka, yaptığı “kontrgaranti” sözleşmesi kapsamında lehbara veya kontrgaranti veren üçüncü kişiye rücu edecek, yaptığı ödemeyi isteyebilecektir⁵⁴⁷. Banka teminat mektubu, satıcının yüklenmiş olduğu projedeki konutların tamamının tüketicilere teslim edilmesi ile geri verilecektir.

C. Hakediş Sistemi

1. Tanımı ve Türleri

Hakediş, müteahhit veya taşeronun, uhdesindeki sözleşmeye göre inşaatla gerçekleştirdiği imalat ve belirli ihzarat⁵⁴⁸ karşılığı tahakkuk eden alacağı olarak tanımlanmıştır⁵⁴⁹. Bir başka tanıma göre ise, uzun süren inşaat işlerinde sözleşme ve eklerinde işin devamı sırasında belirli aşamalarda o zamana kadar yapılmış kısma isabet eden bedel kısmının yükleniciye ödenmesinin kararlaştırılmasına “hakediş” veya “situasyon” usulü ve buna göre ödenecek her bir bedel kısmına “ara hakediş” veya “geçici hakediş” denir⁵⁵⁰. Bir diğer tanıma göre hakediş, müteahhidin inşaatla tamamladığı imalat kısımları veya inşaatın belirli hazırlık safhaları hakkında tahakkuk eden alacağıdır⁵⁵¹. Geçici hakediş raporu, belli bir zaman dilimi (genellikle bir ay) içinde gerçekleştirilen iş bedelini; kesin hakediş raporu ise işin tamamlanmasından

⁵⁴⁶ GYODER-İNDER-KONUTDER, Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik Taslağı Hakkında Görüşler, s. 4-5 (22.03.2016).

⁵⁴⁷ Reisoğlu, s. 395.

⁵⁴⁸ İhzarat: İleride imalatlarda kullanılmak üzere yüklenici tarafından şantiyeye getirilerek depolanan malzemeyi ifade eder. Bkz. Aydemir, s. 190.

⁵⁴⁹ <http://www.yildiz.edu.tr/~inan/Hakedis.pdf> (23.03.2016).

⁵⁵⁰ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 80-81.

⁵⁵¹ İnal, s. 683.

sonra tüm bedelini gösteren belgeler bütünüdür⁵⁵².

2. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinde Hakediş Sisteminin Uygulanması

ÖÖKSHY md. 15/1'e göre, *“Tüketicinin ödemelerinin hakediş sistemi ile teminat altına alınması durumunda, tüketici, ödemeleri sözleşmede belirtilen bir bankada satıcı adına açılacak bir hesaba yatırmakla yükümlüdür. Bu hesapta toplanan tüketici ödemeleri konutun devir veya teslimine kadar bloke altında olup, yalnızca hakediş karşılığında serbest bırakılabilir”*⁵⁵³.

Yönetmelikte düzenlenmiş olan diğer bir teminat türü olan hakediş sistemine göre tüketici, satıcı ile yaptığı ön ödemeli konut sözleşmesi ile kararlaştırılan bankanın ilgili hesabına, yine sözleşme ile kararlaştırılmış olan bedeli yatıracaktır. Banka, yatırılan tutar üzerine bloke koyacak ve sadece satıcının projede ilerleme oranında satıcıya ödeme yapacaktır. Banka nezdinde açılacak bu hesaba TKHK md. 42/2 ve ÖÖKSHY 13/2 maddesi gereği haciz, tedbir veya ihtiyati haciz yada ihtiyati tedbir konulması mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde ilgili hesap, iflas veya tasfiye masasına da dahil edilemeyecektir.

ÖÖKSHY md. 15/2 düzenlemesine göre, *“Konutun tamamlanma oranına göre belirlenecek hakediş sisteminde, ödemelerin doğrudan bankaya yapılmış olması ve bankaların sorumluluğu altında inşaatın ilerleme seviyesi oranında şirkete aktarılması esastır. Bu şekilde yapılacak ödemelerde tüketicinin rızası aranmaz. Bu işlemlerle ilgili olarak banka, tüketiciden komisyon ve benzeri isim altında herhangi bir bedel talep edemez”*.

Satıcı, banka hesabına tüketici tarafından yatırılan bu bedeli sözleşmede belirtilen koşul ve miktara (yapmış olduğu imalat oranı) göre tahsil edebilecektir. Satıcının

⁵⁵² Aydemir, s. 180; Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Aydemir, s. 189-194.

⁵⁵³ İlgili maddede zikredilen *“konutun devir veya teslimine”* ifadesi *“konutun devir ve teslimine”* şeklinde anlaşılmalıdır. Zira, satıcı konutun hem mülkiyetini nakletmek hem de zilyetliğini devretme yükümlülüğündedir.

hakedişlerinin nasıl ödeneceği hususu önem arz eder. Çünkü yapılacak bir hata, taraflardan birinin mağduriyetine sebep olabilecektir. Bu nedenle banka, projenin ilerleme durumunu tespit etme yükümlülüğü altındadır. Banka bu yükümlülüğünü yapı denetim firmaları, kontrol mühendisi, yapı kontrol müşavirlikleri veya yapı danışmanlığı şirketleri vasıtasıyla yerine getirecektir⁵⁵⁴. Denetim tümü itibariyle banka ve seçmiş olduğu firma üzerindedir⁵⁵⁵. İlgili firma, vereceği rapor doğrultusunda ne kadarlık bir ilerlemenin kaydedildiğini (yapılaşma yüzdesi) bankaya bildirecek ve banka bu hakediş raporuna göre satıcıya ödemedede bulunacaktır⁵⁵⁶. Tüketicinin, satıcıya yapılacak ödemelerin nasıl ve ne miktarda olacağına dair herhangi bir müdahalesi veya izni söz konusu değildir. Kanaatimizce bankalar, şayet gerekli görürlerse, inşaatın ilerleme durumu ile ilgili, ikinci ve hatta üçüncü bir raporu da isteyebileceklerdir. İkinci veya üçüncü raporun alınması konusunda farklı bir firma ile anlaşılmasının önünde engel bulunmamaktadır.

Yukarıda zikredilen maddenin son cümlesinde de belirtildiği üzere banka, yapı denetim firması aracılığıyla yapmış olduğu denetim işinden dolayı tüketiciden her ne isim altında olursa olsun bir bedel talep edemez. Ancak bu hizmetlerin karşılığında satıcı/yükleniciden belli bir komisyon veya bedel istemesinin önünde herhangi bir engel yoktur⁵⁵⁷.

ÖÖKSHY md. 15/3'e göre, "*Satıcı, 10. maddede yer alan yükümlülüklerini yerine getirmese, hesap üzerindeki haklarını kaybeder. Bu durumda, tüketicinin yapmış olduğu ödemelerin hakediş usulüne göre satıcıya ödenmemiş kısmı banka tarafından*

⁵⁵⁴ ÖÖKSHY md. 15/4: Banka, hakedişlerin kontrolünün sağlanması amacıyla yapı denetim, müşavirlik veya danışmanlık firmalarından hizmet alabilir.

⁵⁵⁵ Atamer, s. 237.

⁵⁵⁶ Ara hakedişlerin ödenme zamanı ve miktarının belirlenmesi hususunda genellikle ayrıntılı hükümlerle bir kontrol ve değerlendirme sistemi kurulur. Şayet birim fiyatlarla belirlenen bir bedel söz konusu ise, ara hakedişler belirlenirken her bir aşamada yapılan işler kendilerine ilişkin birim fiyatlarla çarpılır. Çıkan rakama genellikle yüklenici tarafından sağlanmış ve inşaat için yapı alanına getirilmiş malzemelerin fiyatı da eklenir. Ara hakedişler genellikle birer aylık dönemlere bağlıdır. Ara hakedişlerin gerçeğe ve sözleşmeye uygun belirlenmesi için belirli kayıtlar tutulur. Bunlardan programa göre yapılan işlerin nitelik ve niceliklerinin kaydedildiği "yevmiye defteri" ve proje dışı yahut proje değişikliğiyle fakat zorunlu olarak yahut iş sahibinin talep ya da onayıyla yapılmış ek işlere ilişkin "ataşman defteri" en önemlileridir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, İnşaat Sözleşmeleri, s. 81.

⁵⁵⁷ Aynı yönde, Acar, s. 30.

tüketiciye iade edilir. Tüketicinin o ana kadar yapmış olduğu ödemelerin satıcıya ödenen kısmı üzerinde ise tüketicinin hakları saklıdır”.

Satıcı ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde kararlaştırılan sürede (azami otuz altı ay) konutu tüketiciye devir ve teslim etmez ise banka hesabından ödeme alamaz. Banka, yükümlülüğü gereği satıcıya (hakediş olsa dahi) ödemeyi kesmek durumundadır. Hesapta kalan para ise tüketiciye iade edilecektir. Tüketicinin bu bedeli geri alması için herhangi bir işlem yapmasına gerek yoktur. Tüketicinin hesapta kalan bedelin kendisine ödenmesi için bankaya başvurusu, sözleşmeden dönme olarak algılanmamalıdır, çünkü, dönme beyanının noter aracılığıyla satıcıya bildirilmesi gerekir (ÖÖKSHY md. 9/2)⁵⁵⁸.

Doktrinde ağırlıklı olarak eleştirilen ve bizim de haklı bulduğumuz görüşlere göre, hakediş sistemi etkin ve tam koruma sağlayan bir teminat türü değildir⁵⁵⁹. Bunun nedeni, bankaların tüketiciye yapacağı bedel iadesinin hangi oranda ve nasıl yapılacağı konusunda yönetmelikte bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla tüketicinin, yatırmış olduğu bedelin tümünü geri alamaması söz konusudur. Her ne kadar ilgili düzenlemede *“tüketicinin o ana kadar yapmış olduğu ödemelerin satıcıya ödenen kısmı üzerinde tüketicinin hakları saklıdır”* denilse de iflas etmiş veya projeyi bırakıp kaçmış bir satıcıdan bedel iadesinin nasıl tahsil edileceği belirsizdir. Bunun için dava açma yoluna gidilebileceği düşünülse de, ülkemizdeki ortalama yargılama süreleri dikkate alındığında tüketicinin mağdur olacağı açıktır. Bankanın hakediş ödemelerinde gereken özeni göstermemesi veya ihmali durumunda tüketici yine dava açma yoluna başvuracak ve ödemiş olduğu bedeli geri alma süreci uzadıkça uzayacaktır. Bankanın hakediş ödemelerinde gereken özen yükümlülüğünü göstermemesi halinde anlaştığı yapı denetim firmasının da BK md. 116 anlamında ifa yardımcısı olarak nitelendirilerek, sorumluluğuna gidilmesinin önünde bir engel yoktur⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Acar, s. 30.

⁵⁵⁹ Atamer, s. 239; Acar, s. 31. Aynı yönde, Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 68.

⁵⁶⁰ Atamer, s. 238. İfa yardımcısı tanımı ve asıl borçlunun sorumluluk şartları hakkında bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 1073 vd; Oğuzman/Öz, s. 363 vd; Reisoğlu, s. 361 vd.

D. Bağlı Kredi İle Teminat

1. Tanımı

Bağlı konut finansman kredisi belli bir konutun satın alınması için verilen bir kredidir. Bağlı kredi sözleşmesi, “*Konut finansmanı kredisinin münhasıran belirli bir konutun satın alınması durumunda bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik bir birlik oluşturduğu sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. (TKHK md. 35/1). 2008/48 sayılı AB Direktifinin tanımlar başlıklı 3/n maddesine göre, bir kredinin belirli bir malın satın alınması ya da bir hizmetin sağlanmasını finanse etmek amacıyla verilmesi ve kredi sözleşmesi ile satış sözleşmesinin objektif olarak ekonomik birlik oluşturması halinde bağlı kredi sözleşmesi söz konusu olur. Bu anlamda kredi, sadece belli bir (konuyla alakalı olarak) konuta münhasır kılınmıştır⁵⁶¹. Bağlı konut kredisinde finansman kuruluşu, tüketiciye “belirli bir konutu satın alması” halinde özel avantajlar içeren kredi vermeyi önermekte; tüketici de bunu kabul ederek kredi ilişkisine girmektedir⁵⁶².

Bağlı krediler kredi kuruluşu tarafından satıcıya ödenen bir tüketici kredisidir ve tüketiciyi, satıcı değil, üçüncü bir kişi olan banka ya da finans kuruluşları kredilendirmektedir. Bağlı krediler alanındaki üçlü ilişki kapsamında, tüketicinin taraf olduğu iki sözleşme, birbirinden bağımsız iki sözleşmedir. Tüketici bir yandan kredi kuruluşu ile tüketici kredisine sözleşmesi yaparken; diğer yandan satıcı ile satış sözleşmesi yapmakta ve iktisadi bütünlükten bahsedebilmek için yapılan sözleşmeler arasında karşılıklı bir bağımlılığın kurulabilmesi gerekmektedir. Tüketici kullanmış olduğu bağlı

⁵⁶¹ Bağlı kredi sözleşmesi ile satış sözleşmesinin ekonomik birlik oluşturmasına dair kriterler Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği md. 15’de sayılmıştır. Ayrıca bkz. Acar, Şerh, s. 575 vd; Acar, Faruk, yTKHK Bakımından Konut Finansmanı Sözleşmesi, 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, (Edt: Tokbaş, Hakan/Döner, İsa), 3.Baskı, Ankara 2015 s. 120-121. Tanımlamalar ve detaylı bilgi için bkz. Çelik, Serap, Konut Finansmanı Amacıyla Yapılan Konut Kredi Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s. 127, dn. 414; Üzeler, Rabia Sanem, Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011, s. 50 vd. Çabri, Şerh, s. 461 vd; Çabri, Finansman, s. 173.

⁵⁶² Acar, Şerh, s. 576 vd. İlgili düzenleme ile bağlı kredi sözleşmesinin uygulama alanı ve kredi veren kuruluşun müteselsil sorumluluğunun daraltıldığı hususunda bkz. Acar, Şerh, s. 575 vd. Ayrıca bkz. Çabri, Finansman, s. 173 vd. Bağlı kredinin görünüm şekilleri hakkında bkz. Üzeler, s. 54-61; Bağlı kredilerin farklılıkları hakkında daha geniş bilgi için bkz. İnal, s. 686-687. Ayrıca bkz. Akipek, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisine, Ankara 1998, s. 156-158.

krediyi bankaya taksitler halinde geri ödemekte ve böylece, bağlı kredilerde taksitli satış hükümlerinin uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır⁵⁶³.

2. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinde Bağlı Kredi ile Teminat

ÖÖKSHY 16. maddesi, satıcının sağlayacağı diğer bir teminat türü olan “bağlı kredi ile teminat” düzenlemesini hüküm altına almıştır. Buna göre, “*Ön ödemeli konut satışının bağlı kredi ile yapılması halinde, kullanılan kredi tutarında teminat sağlanmış olur. Ancak, satıcı kullanılan bağlı kredi tutarının üzerinde kalan tutarı, ayrıca teminat altına almak zorundadır*”.

Bağlı kredi ile yapılan ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde satıcı veya banka, tüketiciye belli projelerden konut satın alması durumunda kredi verilebileceği hususunda yönlendirmede bulunur⁵⁶⁴. Satıcı ve banka, genellikle inşaaata başlanmadan önce aralarında bir anlaşma yapmakta ve bu anlaşmaya göre banka, satışa sunulacak konutlar için “özel” tabir edilen, piyasa koşullarından daha düşük faiz oranlarını tüketiciye sunmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, ilgili düzenlemeyle tüketiciye karşı sorumluluğun müteselsil olacağını ve kullanılan kredi oranında teminat sağlanmış olacağı hüküm altına almıştır.

Kredi veren, konutun hiç veya gereği gibi teslim edilmemesi halinde tüketicinin satıcıya ödemiş olduğu satış bedelini teminat senedinde yazılan azami tutar dahilinde faizi ile birlikte ödeme yükümlülüğündedir. TKHK md. 35/2, satışa konu olan konutun hiç veya gereği gibi teslim edilmemesi halinde kredi veren ile satıcının müteselsilen sorumlu olduğunu düzenlemiştir⁵⁶⁵. Yani kredi veren banka veya finans kuruluşu, satıcı ile birlikte tüketiciye satış bedelinin iadesi konusunda ortak sorumluluk altındadırlar.

⁵⁶³ İnal, s. 685-688.

⁵⁶⁴ Atamer, s. 238; Özmen/Vardar Hamacıoğlu, s. 68; Acar, s. 31.

⁵⁶⁵ TKHK md. 35/2: Bağlı kredilerde, konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi nedeniyle tüketicinin bu Kanununun 11. maddesinde belirtilen seçimlik haklarından birini kullanması hâlinde, satıcı ve konut finansmanı kuruluşu müteselsilen sorumludur. Ancak, konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu; konutun teslim edilmemesi durumunda konut satış sözleşmesinde veya bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen konut teslim tarihinden, konutun teslim edilmesi durumunda konutun teslim edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır.

Konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu, konutun teslim edilmemesi durumunda konut satış sözleşmesinde veya bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen konut teslim tarihinden, konutun teslim edilmesi durumunda konutun teslim edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır (TKHK md. 35/2). Sözü edilen bir yıllık sürenin ardından müteselsil sorumluluk kendiliğinden sona erecek ve tüketici sadece satıcıya başvurabilecektir. Bir yıllık süre içinde tüketici finans kurumuna başvurarak, satıcının temerrüde düştüğü zamana kadar ödediği kredi miktarını faiziyle birlikte finans kuruluşundan talep edebilir⁵⁶⁶.

Tüketicinin ön ödemeli konut satışı için kullandığı kredi, toplam satış bedelinin sadece belli bir bölümünü kapsıyorsa, diğer bir anlatımla konut bedelinin bir kısmını kredi ile kalan kısmını ise kendisi karşılıyorsa, tüketicinin ödediği o miktar için satıcının ayrıca farklı bir teminat türünü sağlaması gerekmektedir⁵⁶⁷. Örneğin, ön ödemeli satışa konu olan konutun satış bedeli 400.000 TL ve bu konutun 300.000 TL'lik kısmı için kredi kullanılıyor kalan kısmı da tüketici kendi ödüyorsa, satıcı tüketicinin ödemiş olduğu 100.000 TL'lik kısım için ÖÖKSHY md. 16 son cümle gereği, farklı bir teminat türünü sağlamak zorundadır.

III. Teminat Şartının Yerine Getirilmemesinin Sözleşmeye Etkisi

Yukarıda bahsedildiği üzere, ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinde tüketici açısından en büyük tehlike, inşaatın hiç başlamaması veya yarım bırakılmasıdır. Satıcıların ilgili proje finansmanı için birçok tüketici ile sözleşme yaparak yüksek tutarda meblağları tüketicilerden topladıktan sonra inşaatı bırakıp gitmesi yahut iflas etmesi, ödenen bu meblağların güvence altına alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu sebeple kanun koyucu, tüketicilerin ödemiş olduğu konut bedellerini geri almasını temin etmek amacıyla

Bağlı kredinin varlığı halinde satıcının konutu hiç ya da gereği gibi teslim etmemesinden konut finansman kuruluşu müteselsilen sorumludur. Satıcının borca aykırılıktan sorumluluğu sözleşme ilişkisine dayanmakta iken, konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu kanundan kaynaklanır. Diğer bir ifadeyle, kanundan kaynaklanan bir teselsül hali vardır. Hüküm, emredici nitelikte olduğundan müteselsil sorumluluğu ortadan kaldıran veya tüketici aleyhine değiştiren anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Konut finansman kuruluşunun müteselsil sorumluluğunun koşulları ve sınırları hakkında bkz. Acar, Şerh, s. 577-583.

⁵⁶⁶ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 69.

⁵⁶⁷ Nitekim uygulamada, kredi veren kuruluşlar, satışa konu konutun tamamı için kredi vermemektedir.

TKHK md. 42 ve ÖÖKSHY md. 12 hükümlerini düzenleme yoluna gitmiştir. Ancak, aynen yapı ruhsatı alınmasında olduğu gibi, satıcının teminat şartını sağlamadan sözleşme yapması halinde sözleşmenin akibetinin ne olacağına dair Kanun ve Yönetmelikte herhangi bir hüküm getirilmemiştir. Bu yüzden teminat şartı yerine getirilmeden yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin sonuçları önem arz etmektedir.

İlgili maddeler incelendiğinde⁵⁶⁸ satıcıya, ön ödemeli konut satışlarına başlamadan önce teminat yükümlülüğü getirildiği ve bu yükümlülüğün emredici nitelikte olduğu açıktır. Hükmün lafzi yorumu, teminat şartını sözleşmenin varlığı için bir zorunluluk olarak görmekte, teminat şartının bulunmaması halinde sözleşmenin “kesin hükümsüz (batıl)” olacağı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu düzenlemelerden, teminat şartı sağlanmadan yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğunun kabulü gibi bir anlam çıksa da, buradaki geçersizliği aynen yapı ruhsatı almadan yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesindeki geçersizlik gibi algılamak gerekir⁵⁶⁹. Yani, TKHK md 42/1 ve ÖÖKSHY md. 12/1’deki geçersizlik türü, sözleşmenin korunan taraf yönünden geçersizliğidir. Diğer bir ifadeyle, tüketici lehine yorum yaparak, bu geçersizliği sadece tüketicinin öne sürebileceğini kabul etmek gerekir⁵⁷⁰. Bu nedenle, teminat sağlama borcuna aykırılık, sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir⁵⁷¹.

Bununla birlikte, tüketicinin teminat şartının yerine getirilmesi için satıcıya ihtarda bulunarak süre vermesi mümkündür⁵⁷². Bu sürenin sonunda satıcı teminat şartını yerine getirmezse idari para cezası uygulanır (TKHK md. 77/8). Eksik kalan işlem

⁵⁶⁸ TKHK md. 42/1: ... satıcının ön ödemeli konut satışına başlamadan önce ... bina tamamlama sigortası yaptırması veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları sağlaması zorunludur.

ÖÖKSHY md. 12/1: Satıcının konut satışına başlamadan önce, konut adedi otuz ve üzerinde olan projeler için bina tamamlama sigortası yaptırması veya aşağıda belirtilen diğer teminat ve şartlardan en az birini sağlaması zorunludur.

⁵⁶⁹ Bu konu hakkındaki açıklamalar için bkz. § 11, IV.

⁵⁷⁰ Teminat şartı sağlanmadan yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesini kesin hükümsüz olarak kabul etmek, TKHK’nun ulaşmak istediği amaçla da çelişmiş olacak ve tüketiciyi korumaktan ziyade, tüketici aleyhine sonuçların doğmasına neden olabilecektir. Tekrara düşmemek adına, tek taraflı hükümsüzlük hakkındaki açıklamalar için bkz. § 11, III. Ayrıca bkz. Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 145.

⁵⁷¹ Makaracı, Konferans, s. 244. Atamer’e göre, sözleşme geçerli şekilde yapılmış olmasına rağmen teminat şartının yerine getirilmemesi bir askıda hükümsüzlük halidir. Atamer, s. 234.

⁵⁷² Atamer, s. 234. TKHK md. 77/8’e göre bu süre bir aydır.

tamamlandığında ise sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁵⁷³. Sözleşmedeki eksikliklerin daha sonradan giderilmesiyle birlikte, tüketici artık sözleşmenin geçersizliğini ileri süremez⁵⁷⁴. Sonuç olarak, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin, teminat şartı sağlanmadığından bahisle geçersizliğini sadece tüketici ileri sürebilecek, satıcı ise sözleşmenin geçersizliğini iddia edemeyecektir.

§ 13. SATICININ TÜKETİCİYİ SÖZLEŞME ÖNCESİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. Genel Olarak

Sözleşme öncesi bilgilendirme, sözleşme yapıp yapmama veya yapılacak sözleşmenin koşullarını belirleme noktasındaki kararın sağlıklı olmasını sağlar. Sözleşme yapılmadan önce taraflar, sözleşme koşullarını müzakere etmek için bir araya gelerek, birbirlerini dürüstlük kuralına uygun şekilde sözleşme içeriği ile ilgili bilgilendirmelidirler. İleride kurulacak bir sözleşmeye ilişkin bu görüşmelere başlanması, açıklama (bilgi verme) yükümlülüğünün taraflar açısından başlangıç noktasını oluşturur. Sözleşme öncesi ve sözleşmenin kurulma aşamasında tüketicinin korunması, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (Culpa in Contrahendo) ile mümkündür⁵⁷⁵. Sözleşme görüşmeleri esnasında söz konusu olan bilgilendirme yükümlülüğü, bir tarafın kendisinden talep edilmeksizin ve talep edilmesi gerekmeksizin, muhatapın kararı için önemli olduğu fark edilebilir olan ancak, muhatap tarafından vakıf olunmayan hususlara ilişkin bilgi verme yükümü olarak açıklanabilir⁵⁷⁶. Bilgilendirme yükümlülüğünün konusu, muhatap tarafından

⁵⁷³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı s. 593 vd; Atamer, s. 234; Akipek, Olgu, s. 290.

⁵⁷⁴ Öz, 4.Tüketici Hukuku Kongresi, s. 145-146; Öz, TKHK md. 42/2 hükmünün bir “düzen hükmü” olduğunu belirterek, tüketici ile yapılacak sözleşmelerin geçerliliğini etkilemediği şeklindeki görüşünü değiştirmiştir. Eski görüşü hakkında bkz. Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 105.

⁵⁷⁵ Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, sözleşmenin kurulmasından önceki safhalarda, görüşmecilerden birinin veya yardımcılarının diğer görüşmeciye veya onun koruma alanında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zararlardan sorumluluktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 1128; Reisoğlu, s. 343; Oğuzman/Öz, s. 323 vd; Antalya, s. 188 vd. Culpa in Contrahendo kavramı ile geniş bilgi ve açıklamalar için bkz. Erbek, s. 50 vd.

⁵⁷⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1129 vd; Ozanoğlu, s. 196; Erbek, s. 68. Ayrıca bkz. Özen, s. 69 vd.

bilinmeyen, ancak bilinseydi, sözleşme yapıp yapmama kararında belirleyici olabilecek bilgilerdir.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi kurulmadan en az bir gün önce satıcının tüketiciyi bilgilendirmesi gerektiği ve ön bilgilendirme formu verme zorunluluğu TKHK md. 40/2'de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, satıcı, tüketicilere sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce, Bakanlıkça belirlenen hususları içeren ön bilgilendirme formunu tüketiciye vermek zorundadır.

ÖÖKSHY md. 5/1 ise, “*Ön ödemeli konut satış sözleşmesi kurulmadan en az bir gün önce ... anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir şekilde düzenlenen ön bilgilendirme formunun tüketiciye verilmesi zorunludur*” şeklindedir.

Ön bilgilendirme formunun verilmesi, tüketicinin acele karar vererek yanlış bir karar almasına mani olmayı amaçlamaktadır. Tüketici, kendisine verilen ön bilgilendirme formunu inceleyerek, yapacağı sözleşmenin içeriğini kavrama ve bu sözleşme ile gireceği yükümlülüğün sonuçları hakkında bilgi sahibi olmaktadır. Özellikle vahşi pazarlama yöntemlerinin kullanıldığı konut sektöründe tüketici, bilgi almak için gitmiş olduğu satış ofislerinden çoğu zaman satın alma kararı ile çıkmaktadır. Konut satın alma kararının bir aile açısından önemi düşünüldüğünde bu kararın aceleyle getirilmemesi gerektiği herkesçe malumdur. Zaten ilgili hükümde bilgilendirme formunun en az bir gün önce verilmesi yükümlülüğündeki amaç, tüketiciyi düşünmeye sevk etmek ve sözleşme şartlarını inceleme imkanı tanınmak istenmesidir⁵⁷⁷. Böylece tüketiciler sözleşme ile ilgili şartları önceden öğrenebilecek ve kararlarını daha bilinçli olarak verebileceklerdir. Tüketici, kendisine tanınan düşünme süresinde, satın almaya karar verdiği konutun bedelini nasıl ödeyeceğini, bir anlık beğenme ve heyecan duygusuyla hareket edip etmediğini hesaplama şansını bulacaktır. Tüketicie sağlanan yirmi dört saatlik bu döneme “soğutma dönemi” de (délai de refroidissement-cooling-off period) denilmektedir⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ İnal, s. 647; Karadağ, s. 49; Özel, 187. Saldırgan satış yöntemleri hakkında bkz. Karamanlioğlu, s. 67 vd.

⁵⁷⁸ Sirmen, s. 161; İnal, s. 647-648, 651.

TKHK md. 40/2 düzenlemesi, konut finansmanı sözleşmelerinde bilgilendirme zorunluluğunu düzenleyen TKHK md. 33 ile benzerlik göstermektedir. Konut finansmanı kuruluşlarının, tüketiciye, konut finansmanı sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermek zorunda olduğu TKHK md. 33 ile hüküm altına almıştır. Ancak, TKHK md. 42/2’de bu bilgilendirme yükümlülüğü satıcı/yükleniciye ait iken, TKHK md. 33’deki tüketiciyi bilgilendirme ve ön bilgilendirme formu verme yükümlülüğü finans kuruluşlarına aittir. Bununla beraber, kredi finansman sözleşmesindeki konut finansmanı kuruluşları, tüketiciye, konut finansmanı sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermek zorunda iken, ön ödemeli konut satışlarına ilişkin bilgilendirme formunun, sözleşmenin kurulmasından sadece bir gün önce verilmesinin yeterli görülmüş olması dikkat çekicidir.

Satıcının bilgilendirme yükümlülüğünü bilinçli olarak eksik veya yanlış yapması durumunda, hileye dayalı satış yapıldığı kabul edilir. Bu durumda tüketici, TBK md. 36 gereği, yapılan satışla bağlı değildir. Sözleşmenin yapıldığı tarihte tüketiciye, geriye dönük ön bilgilendirme formunun imzalatılması durumunda ise, bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olduğu kabul edilmelidir⁵⁷⁹.

Her ne kadar tüketicinin ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yapıldıktan sonraki on dört gün içinde sözleşmeden hiçbir sebep göstermeden cayması mümkün olsa da böyle bir düzenlemeye aykırı hareket ederek tüketiciye ön bilgilendirme formu vermeyen ya da formda yer alması gereken bilgileri eksik veya yanlış veren satıcının kusurlu sayılarak, tüketicinin on dört günlük sürenin dışında da herhangi bir tazminat ödemediği sözleşmeyi sonlandırması mümkün olmalıdır⁵⁸⁰.

II. Ön Bilgilendirme Yükümlülüğünün Niteliği

Kanunun açıkça bilgilendirme yükümlülüğü getirdiği düzenlemelerde (TKHK md. 40/2 gibi), dürüstlük kuralının emrettiği hallerden farklı olarak, muhatabın aydınlatılma

⁵⁷⁹ Kara, s. 885.

⁵⁸⁰ Acar, s. 25-26; Atamer, s. 231.

ihtiyacı, bunun fark edilebilirliği gibi koşulların varlığı irdelenmez. Diğer bir ifadeyle, kanun bilgi verme yükümü getirmişse, bilgi verme yükümlüsü, muhatabının fark edilebilir bilgilendirme ihtiyacı içinde olmadığını ileri süremez. Satıcı, kanunun verilmesini istediği bilgileri aktarmakla yükümlü olduğu gibi, bundan başka somut olayda dürüstlük kuralı da bilgi vermeyi gerektiriyorsa, söz konusu bilgiyi de vermekle yükümlüdür⁵⁸¹.

Ön bilgilendirme formunun tüketiciye verilmesinin zorunlu kılınması, Alman öğretisinde yer alan aydınlatma yükümlülüğünün, TKHK ile emredici hale getirilmesidir⁵⁸². Böylece, bilgilendirme yükümlülüğünün kanundan doğan bir zorunluluk (kanuni bir yükümlülük) olduğu söylenebilir⁵⁸³. Burada tespit edilmesi gereken nokta; sözleşme öncesi bilgilendirme formundaki bilgilerin satıcı açısından bir icap niteliği taşıyıp taşımadığının, eğer bir icap niteliğinde ise, bunun bağlayıcı olup olmadığının belirlenmesidir⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ Erbek, s. 156.

⁵⁸² Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 48. Hukukumuzda bilgilendirme (aydınlatma) yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Özellikle hiç kimsenin bir başkasını, onun gerekli dikkat ve özeni göstermesi halinde öğrenip, fark edebileceği hususlarda aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu yükümlülüğünün ölçü ve derecesi sözleşmenin niteliğine, durumun özelliklerine ve tarafların menfaatlerine göre belirlenir. Bilgilendirme yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından doğar. Bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 398-399; Erman, Medeni Hukuk, s. 105; Atamer, “bilgilendirme yükümlülüğü” terimini kullanmıştır. Atamer, s. 230. “Bilgilendirme yükümlülüğü” ve “Culpa in contrahendo” kavramlarının tanımı ve ortaya çıkışı hakkında bkz. Erbek, s. 49 vd., 67 vd.

⁵⁸³ Gümüş, s. 253. Bilgilendirme bir yan yükümlülük olup, asli edim yükümlülüğüne bağımlı bir nitelik taşımaktadır. Bkz. Özdamar, Mehmet, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2009, s. 129. Sözleşmeden doğan borç ilişkisi, edim yükümlülükleri ve özellikle asli ve yan edim yükümlülükleri yanında diğer bazı yükümlülükleri de içerir. Asli edimin ifasına yardım eden, ifa hazırlık fiilleriyle ifa fiillerinin, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaate uygun şekilde gerçekleşmesine hizmet eden yükümlülüklerdir. Yan yükümlülükler, genel olarak dürüstlük kuralından, dolayısıyla güven ilişkisinden doğar. Asli edimi oluşturan bir konuda diğer tarafa gerekli bilgiyi vermeyen, onu aydınlatmayan taraf, dürüstlük kuralına aykırı davranmış olur. Bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 37-39. Sözleşmeden doğan bilgilendirme yükümlülüğü için bkz. Erbek, s. 73 vd.

⁵⁸⁴ İcap (öneri), sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli irade açıklamalarından zaman itibarıyla birincisini oluşturan ve sözleşme yapma teklifini de ihtiva eden tek taraflı bir hukuki işlemdir. İcap, karşı tarafa varmalı ve sözleşmenin objektif ve subjektif yönden esaslı bütün noktalarını kapsamalıdır. Bunlarla beraber, icapçı (öneren), icabında ciddi ve bağlanmak niyetinde olmalıdır. Detaylı açıklamalar için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 244; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 179; Antalya, s. 239; Reisoğlu, s. 64; Oğuzman/Öz, s. 45-46 vd; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 23; Zevkliler, Aydın/Ertaş, Şeref/Havutçu, Ayşe/Aydoğdu, Murat/Cumalıoğlu, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 79 vd; Erman, Medeni Hukuk, s. 65-66.

Satıcı, sözleşme öncesi tüketiciye vereceği ön bilgilendirme formunda, satışa konu olan konutun özellikleri ve hangi şartlarla satışın yapılacağına dair bilgileri tüketiciye yazılı olarak sunmakta, tüketiciye bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Bir görüşe göre, ön bilgilendirme formu, tüketiciye, bu formda gösterilen şartlarla ön ödemeli konut satışı veya satış vaadi sözleşmesini kurma imkanı verir. Ön bilgilendirme formunda yazılan şartlar ve bilgiler tek taraflı olarak değiştirilemeyeceği gibi, satıcı için bağlayıcı icap (öneri) niteliği taşır^{585 586}. Aynı görüşe göre, bilgi formunun varlığına rağmen satıcı başka sözleşme koşullarını ileri sürebilecekse, sözleşme öncesi bilgi verme zorunluluğunun bir anlamı kalmamaktadır.

Yukarıda bahsedilen görüşler doğrultusunda, tüketiciye verilmiş olan ön bilgilendirme formunda yer alan bilgilerin satıcı açısından icap niteliği taşıdığı ve bağlayıcı olduğunun kabulü gerekir. Zira kanun koyucu, ön bilgilendirme formu ile tüketicinin düşünmesini ve kendisi için en doğru kararı vermesini amaçlamıştır. Ön bilgilendirme formundaki bilgilerin satıcı açısından bağlayıcı olmadığı varsayılırsa, bu durumda sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmesinin bir nedeni kalmamaktadır. Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü ve ön bilgilendirme formundaki bilgilerin satıcı açısından bağlayıcı olması, tüketicinin korunması amacıyla da uygun düşmektedir. Bu nedenle, sözleşme öncesi bilgi verme ve ön bilgilendirme

⁵⁸⁵ Çabri, s. 209, dn. 16. Aynı yönde, Atamer, s. 230-231; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 48; Karakocalı/Kurşun, s. 129.

⁵⁸⁶ Aksî görüş için bkz. Reisoğlu, Seza, Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları, Bankacılar Dergisi, 2007, S. 61, s. 75-84, s. 82, Reisoğlu'na göre, konut finansman sözleşmelerine ilişkin ön bilgilendirme formunun verilme nedeni tüketiciyi bilgilendirme amaçlıdır. Yazar, ön bilgilendirme formunun bağlayıcılık taşıyan bir öneri niteliğine sahip olabilmesi için Kanun'da açık hüküm olması gerektiğini belirtmektedir. Makaracı Başak'a göre sözleşme öncesi bilgi forumunun verilmesindeki amaç tüketicilerin istedikleri kredi miktarına ve faiz çeşidine göre ödeyecekleri taksit tutarını hesaplayabilmelerini sağlamaktır. Sözleşme öncesi bilgi formunda yer alan temel esaslar dikkate alınarak, kullanılmak istenen faiz türüne ve kredi tutarına göre bir sözleşme hazırlandığına göre, sözleşme öncesi bilgi formunun verilmesi öneri niteliğine haiz değildir. Makaracı Başak, Aslı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Konut Kredi Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Aykırılığın Sonucu, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s. 911 vd. Sözleşme öncesi bilgi formunun önakit niteliğinde olduğu görüşünde, Çelikoğlu, Cengiz Topel, Konut Finansmanı Kanununun Leasing Sözleşmesi Üzerine Etki ve Sonuçları, İBD, S. 2007/5, C. 81. s. 2015-2040, s. 2028 (<http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20075/ibd2007518.pdf>) (15.04.2016). Ön bilgilendirme formunun bir önakit olamayacağı, icap niteliği taşımadığı gibi icaba davet niteliği de taşımadığı konusunda bkz. Zorlu, Işıl, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 10/B Maddesi Kapsamında Konut Finansmanı Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2010, s. 53-56. Sözleşme öncesi bilgi formu, öneri niteliği taşımayan, fakat kredi veren açısından bağlayıcı olan bir ön bilgi formudur. Bkz. Çelik, s. 88.

formunun verilmesi satıcı için bağlayıcı ve emredici nitelikte bir düzenlemedir.

III. Ön Bilgilendirme Formunun Verilme Zamanı, İçeriği ve Şekli

A. Formun Verilme Zamanı

TKHK md. 40/2 ve ÖÖKSHY md. 5/1'e göre "Ön ödemeli konut satış sözleşmesi kurulmadan en az bir gün önce ...en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir şekilde düzenlenen ön bilgilendirme formunun tüketiciye verilmesi zorunludur". İlgili hüküm gereği satıcı, tüketiciye ön ödemeli konut satış sözleşmesinden en az bir gün önce bilgilendirme formunu vermeli ve tüketici bu formdaki bilgileri analiz etmek suretiyle kendisi açısından uygun olan kararı vermelidir. Burada tartışmalı gözüken nokta, bir günlük süre ile neyin ifade edilmiş olabileceğidir. İlgili madde, yirmi dört saatlik bir süreyi mi ifade etmiştir yoksa sözleşmenin kurulmasından önceki günü mü kast etmiştir?

Bir görüşe göre, ilgili hükümde geçen "bir gün önce" ifadesi, yirmi dört saatlik zaman aralığını kast etmemekte, örneğin, 24.12.2014 saat 16.00'da ön bilgilendirme formu verilmişse ertesi gün saat 11.00'da sözleşmenin yapılabileceğini kabul etmektedir⁵⁸⁷. Karşı görüşe göre ise, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin yapılabilmesi için ön bilgilendirme formunun verilmesinin üzerinden en az yirmi dört saatin geçmesi gerekir. Zira kanun koyucunun bir günlük süreyi arama sebebi, tüketicinin nasıl bir yükümlülük altına gireceğini önceden düşünme imkanı tanımak istemesidir. Aynı görüşe göre, ön bilgilendirme formunun verilmesine müteakip yirmi dört saat geçmeden yapılan sözleşmeler geçersizdir⁵⁸⁸.

Bir diğer görüşe göre, konut finansman sözleşmesinde tüketiciye "makul süre" verilmesi gerektiğine işaret eden TKHK md. 33⁵⁸⁹ ile TKHK md. 40 birbiri ile çelişmektedir. Hatta bu iki hüküm karşılaştırıldığında ön ödemeli konut satışında

⁵⁸⁷ Gümüş, s. 253.

⁵⁸⁸ Çabri, s. 210.

⁵⁸⁹ TKHK md. 33: Konut finansmanı kuruluşları tüketiciye, konut finansmanı sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermek zorundadır.

tüketiciye tanınan bir günlük sürenin az olduğu söylenebilir. Aynı görüşe göre, hükümde belirtilen sürenin salt söze dayalı yorumla yirmi dört saat olarak anlaşılması gerekir. Yani Pazartesi saat 16.00’da tüketiciye bilgilendirme formu verilmişse sözleşmenin bir sonraki gün, Salı günü saat 16.01 itibariyle yapılması gerektiği sonucu yanlıştır⁵⁹⁰.

Bir başka görüşe göre, bilgilendirmenin kredi sözleşmelerine paralel olarak (TKHK md. 33) neden “makul bir süre önce” değilde “bir gün önce” olarak düzenlenmiş olduğunu anlamak mümkün değildir. Zira söz konusu olan yine bir konutun mülkiyetinin devrine ilişkin bir sözleşmedir ve daha uzun bir düşünme süresinin verilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sürenin en azından yirmi dört saat olarak yorumlanması doğru gözükmemektedir⁵⁹¹. Bu nedenle, bir günlük süre kısaltılmamalı, konut bedeli ödeme gibi önemli bir borç altına giren tüketicinin korunması amacıyla bu süre bir gün olarak anlaşılmalıdır⁵⁹². Bir diğer görüş ise, ilgili hükümde sözü edilen “bir gün önce” ifadesinin “bir iş günü” şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmaktadır⁵⁹³.

Kanaatimizce, konut satın alma gibi önemli bir konuda bilgilendirme formunun en az bir gün önceden verilmesine cevaz veren bu düzenleme yetersiz kalmakla birlikte daha uzun bir sürenin verilmesi konusundaki görüşlere katılıyoruz. Ancak uygulamada, tüketicilerin barınma amaçlı bir konutu almaya karar verirken ciddi bir araştırma yaptığı da bir gerçektir. Zira tüketicilerin büyük çoğunluğu zaten bilgilendirme formu almadan önce, satın alacağı konut hakkında etraflıca bilgi sahibi olmakta ve hatta bilgilendirme formunu incelemeye karar verdiğinde satın alma kararını vermiş bulunmaktadır. Bununla beraber tüketici, ön bilgilendirme formunu aldıktan bir gün sonrasında satıcı ile sözleşme yapma yükümlülüğünde de değildir. Bu nedenle, ilgili düzenlemede sözü edilen bir günlük süre yetersiz gibi görünse de taraf iradelerinin esas alınarak sonuca

⁵⁹⁰ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 48-49.

⁵⁹¹ Atamer, s. 230-231. Ceylan’a göre, konut satın alma gibi önemli bir kararın verilmesi için bir günlük süre yetersizdir. Ceylan, s. 60. Aynı yönde, Aslan, s. 527; Karakocalı/Kurşun, s. 129.

⁵⁹² Makaracı, Konferans, s. 247.

⁵⁹³ Aydoğdu, s. 88. Öz’e göre, bilgilendirme formunun verilme süresi belli olduğundan, sürenin yeterli olup olmadığı yönünde bir tartışma çıkmayacaktır. Bkz. Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 145. İnal’a göre ise, bir günlük süre makul olmakla birlikte, satın alma kararını bir günde alamayacak tüketiciye iyiniyet kuralları çerçevesinde daha geniş bir süre verilmesi uygun olacaktır. Bkz. İnal, s. 651.

varılması, diğer bir anlatımla yirmi dört saat ya da bir iş günü geçmeden de sözleşme yapılabilmesi mümkündür.

Kanaatimizce, bu konuda esas tartışılması gereken konu, ön bilgilendirme formunda bulunan bilgilerin satıcı için ne kadar süre ile bağlayıcı olduğudur. Eğer bilgilendirme formunda satıcının yapmış olduğu önerinin bağlayıcılığı ile ilgili bir kayıt varsa, taraflar bu süre ile bağlıdır. Aksine bir durumda, hayatın olağan akışı ve işin niteliğine uygun bir sürenin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Ancak her halükarda bu süre, bir günlük düşünme süresinden daha az olmamalıdır⁵⁹⁴.

B. İçeriği

ÖÖKSHY md. 5/1'e göre, ön bilgilendirme formunda ilk olarak, satıcının adı veya unvanı, açık adresi, telefon numarası ve varsa MERSİS numarası ile diğer iletişim bilgileri bulunmalıdır. Ön ödemeli konut sözleşmesine konu olan konuta ilişkin bağımsız bölümün yer aldığı ada, parsel, blok, konum, kat ve benzeri temel nitelik bilgileri ile Planlı Alanlar Tıp İmar Yönetmeliği'ne⁵⁹⁵ göre belirlenen bağımsız bölüm net ve brüt alanları da ayrıntılı olarak bu formda yer almalıdır.

Konutun tüm vergiler dahil Türk Lirası olarak peşin ve taksitli toplam satış fiyatı; varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgiler ve karşılaştırılmışsa, faiz miktarı ve faizin hesaplandığı yıllık oran bilgilendirme formunda belirtilmelidir. Tüketicinin cayma ve sözleşmeden dönme hakkına ilişkin bilgiler, konutun teslim tarihi, satıcının vereceği teminata ilişkin bilgiler, yapı ruhsatının alınış tarihi ve yönetim planına uygun olarak genel giderlere katılıma ilişkin bilgiler ön bilgilendirme formunda bulunmalıdır.

Yukarıda yer alan bilgileri içeren ön bilgilendirme formuna ek olarak tüketiciye, bağımsız bölüm planı, vaziyet planı, kat planı ve mahal listesi de verilmelidir (ÖÖKSHY md. 5/2).

⁵⁹⁴ Tüketicieye, düşünme süresinin başlangıç ve bitişinin bildirilmesinin gerekli olduğu görüşünde, İnal, s. 652. TBK md. 4, süresiz öneriyi düzenlemiştir. Buna göre, kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağılıktan kurtulur. Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.

⁵⁹⁵ RG. 02.11.1985 Tarih ve 18916 Mükerrer Sayı.

C. Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğünde Şekil ve İspat

ÖÖKSHY md. 5/3'e göre, yukarıda zikredilen bilgilerin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur. Yani satıcı, bilgilendirme formunu isterse elden yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı vasıtasıyla yapacak veyahut her iki yöntem aracılığıyla da tüketiciyi bilgilendirebilecektir. Bir görüşe göre, bilgilendirmenin kalıcı veri saklayıcıları ile yapılması yeterli değildir. Aynı görüşe göre, yazılı bir belgenin de tüketiciye elden verilmesi zorunludur⁵⁹⁶. Başka bir görüşe göre ise, uygulamada, sözleşme öncesi bilgi formuna önceki günün tarihi atılarak sözleşme ile aynı anda tüketiciye verildiği görülmekte, bu nedenle de kalıcı veri sağlayıcısıyla ön bilgilendirme formunun bir gün önce verilip verilmediğinin ispatı yazılı belgeye göre daha kolay olduğu belirtilmektedir⁵⁹⁷.

ÖÖKSHY md. 5/4 gereği, ön bilgilendirme yapıldığına ilişkin ispat yükü satıcıya aittir. Sözleşme sonrası ortaya çıkabilecek bir ihtilafta satıcı, tüketiciye ön bilgilendirme formunu sözleşmeden en az bir gün önce verdiğini ve bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlamalıdır.

IV. Ön Bilgilendirme Formu Verilmemesinin Sözleşmeye Etkisi

Satıcı, TKHK md. 40/2'de sözü edilen bilgilendirme yükümlülüğünü hiç ya da eksik olarak ifa ederse veya bilgilendirme formu verme yükümlülüğünü yerine getirmezse veyahut formda olması gereken bilgilerde eksiklik söz konusu olması durumlarında, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin geçerliliğine etki etmez. Yani sözleşme geçerlidir. Sözleşmenin geçerli olacağını, TKHK md. 4/1 düzenlemesinden anlamaktayız. İlgili maddeye göre, *“Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir. Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen taraftan derhal giderilir”*.

⁵⁹⁶ Gümüş, s. 253.

⁵⁹⁷ Çabri, s. 209, dn. 14. Aynı yönde, Karakocalı/Kurşun, s. 129.

Bazı yazarlara göre, sözü edilen hüküm incelendiğinde, bunun bir düzen hükmü olduğu ifade edilmekte ve sözleşme öncesi bilgi formunun verilmemesinin sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği belirtilmektedir⁵⁹⁸. Başka bir görüşe göre, bilgilendirme yükümlülüğünün hiç veya süresinde yerine getirilmemesi satıcıya bir dönme hakkı vermez⁵⁹⁹. Bir diğer görüşe göre ise, tüketiciye ön bilgilendirme formu vermeyen ya da formda yer alması gereken bilgileri eksik veya yanlış veren satıcının kusurlu sayılarak tüketicinin on dört günlük sürenin dışında da herhangi bir cezai şart (TKHK md. 43) veya bedel ödemedi (TKHK md. 45/2) sözleşmeden dönmesi mümkün olmalıdır⁶⁰⁰. Bizim de katıldığımız görüşe göre, dürüstlük kuralına ters düşmemek kaydıyla, ön bilgilendirme formu verilmesi zorunluluğuna uyulmaması ve bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde sözleşme geçersiz sayılmalı ve bu geçersizliği sadece tüketici ileri sürebilmelidir⁶⁰¹.

Satıcının ön bilgilendirme formunu tüketiciye verme yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde TKHK md. 77/3 gereğince idari para cezası uygulanır. Bu para cezası, tespit edilen her bir sözleşme için ayrı ayrı tatbik edilir.

§ 14. SATICININ KONUTU DEVİR VE TESLİM BORCU

I. Genel Olarak

Teslim, bağımsız bölümün, kullanım amacına uygun olarak kullanılmasına imkan sağlayacak şekilde hak sahibinin tasarrufuna bırakılmasıdır⁶⁰². Ön ödemeli konut satışında devir veya teslim süresinin sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemeyeceği TKHK md. 44’de düzenlemiştir. Aynı maddenin devamı, “*Kat irtifakının*

⁵⁹⁸ Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 105. Öz, bu görüşü sonradan değiştirerek, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğüne uyulmamış olmasının sözleşmenin geçerliliğini etkileyeceğini ifade etmiştir. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 49. Aynı yönde, Makaracı, Konferans, s. 247.

⁵⁹⁹ Gümüş, s. 253.

⁶⁰⁰ Acar, s. 25-26.

⁶⁰¹ Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 103; Öz, 4.Tüketici Hukuku Kongresi, s. 776. Buna göre tüketici, geçersizliği satıcıya karşı ileri sürebilecek veya hakim tarafından tüketici lehine re’sen göz önünde bulundurulacak, buna karşılık geçersizlik tüketicinin aleyhine ileri sürülemeyecektir. Ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, s 120, 127; Çabri, Şerh, s. 653-654.

⁶⁰² Erman, Arsa payı, s. 33 vd; İnal, İnşaat, s. 228.

tüketici adına tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte zilyetliğin devri hâlinde de devir ve teslim yapılmış sayılır” şeklindedir. ÖÖKSHY md. 10 ise, kat mülkiyetine konu konutun tüketici adına tescili veya kat irtifakına konu konutun tüketici adına tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte konutun oturmaya elverişli bir şekilde zilyetliğinin devri halinde konutun tüketiciye devir veya teslim edildiğinin kabul edilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır.

İlgili düzenlemenin ilk cümlesi incelendiğinde, sözleşmeye konu olan konutun devir ve teslimi için otuz altı aylık bir sınır getirildiği görülmektedir. Konutun devir ve teslimi için getirilen bu sınır üst bir sınırdır⁶⁰³. Bu hüküm, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin taşıdığı tehlikelere karşı alınan tedbirlerden biridir⁶⁰⁴. Taraflar otuz altı aylık konut teslim süresini anlaşmayla daha da kısaltabilirler. Ancak sözleşmede otuz altı aydan daha fazla bir süre için kayıt konulmuşsa, bu kayıt hükmün emrediciliği gereği geçersiz sayılacak ve otuz altı aylık üst sınır devir ve teslim için geçerli olacaktır. Satıcı, TBK md. 27/2 uyarınca otuz altı aylık vadenin geçerli olacağını bilseydi bu sözleşmeyi hiç yapmayacağını ispatlayarak sözleşmeyi geçersiz kılamaz. Bununla birlikte, taraflar sözleşmede konutun teslimi için bir süre kararlaştırmamış olsa da otuz altı aylık sürenin geçmesiyle birlikte satıcı ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşmüş sayılacaktır⁶⁰⁵.

TKHK md. 44’ün gerekçesi incelendiğinde, devir veya teslim için aslolanın tüketiciye kat mülkiyeti tapusunun verilmesi olduğu belirtilmiş ancak, piyasa şartlarında bazı durumlar nedeniyle tüketiciye kat mülkiyeti tapusu verilmese bile fiili olarak konut teslim edilebildiğinden, satıcının konutun mülkiyetini tüketiciye devretmeden, sadece konut üzerindeki zilyetliği tüketiciye naklederek borcunu yerine getirmiş sayılacağı şeklinde bir anlam ortaya çıkmaktadır⁶⁰⁶. Başka bir anlatımla, kanun koyucu piyasa şartları nedeniyle konutun fiilen tüketiciye teslim edilmesini borcun ifası için yeterli

⁶⁰³ Gümüş, s. 268 vd.

⁶⁰⁴ İnal, Şerh, s. 710.

⁶⁰⁵ Karakocalı/Kurşun, s. 137; Çabri, s. 238. Ancak Öz’e göre, kat irtifakının devri şeklinde yapılan satışlar bakımından, otuz altı aylık süre sonunda kat mülkiyetine geçilmemesi halinde satıcı temerrüde düşmüş sayılmamalıdır. Tüketici, bir ihtar çekmek suretiyle satıcıyı temerrüde düşürmelidir. Bkz. Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 153.

⁶⁰⁶ Acar, s. 17; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 53.

görmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, satıcının borcu gereği gibi ifa etmiş olabilmesi için satışa konu olan konutun mülkiyetinin devredilmesi gerektiğidir. İlgili madde gerekçesinde ifade edilen “piyasa koşulları” kelimesinden tam olarak neyin kast edildiği ise anlaşılmamaktadır. Ekonomik sebepler veya hukuki sebepler gibi bazı ihtimaller akla gelse de, bu sebeplerin hangi koşulda ve ne şekilde uygulanacağı konusu belirsizdir.

Çalışmanın çeşitli yerlerinde ifade edildiği gibi özünde taşınmaz satış sözleşmesi niteliği de taşıyan ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde satıcının asli borcunu tespit etmek için TBK md. 207/1’den faydalanmak mümkündür. İlgili maddeye göre, “*satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği*” bir sözleşmedir.

Dikkat edilirse satış sözleşmesinde satıcının asıl borcu, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmektir. Yani, zilyetlik veya mülkiyeti tek başına devretmek yeterli değildir. Halbuki kanun koyucu, TKHK md. 44 ve ÖÖKSHY md. 10 lafzından kanun koyucu sadece mülkiyetin devri veya konutun teslimini satıcının ifası için yeterli gördüğü izlenimi vermektedir. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, ne tek başına konutun mülkiyetinin devri ne de tek başına konutun zilyetliğinin devri, satıcının asli yükümlülüğünü sona erdirmez⁶⁰⁷. Çünkü, zilyetlik ve mülkiyetin devri satıcı için ayrı ayrı ifa edilecek bir borçtur. Satıcı, tapuda mülkiyetini devretmesine rağmen konutu teslim etmemişse veya konutu teslim etmekle beraber mülkiyeti devretmemişse, borcu tamamen ifa ettiğini iddia edemez.

Bu noktada, konutun teslimi ile ayıplı teslim arasındaki farka da değinmek gerekir. Ayıplı ifanın düzenlendiği TKHK md. 8/3 “*sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi ...sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir*” şeklindedir. İlgili düzenleme incelendiğinde, sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde malın teslim edilmemesi ayıplı ifa sayılmış, temerrüt müessesesi, sanki ayıplı ifa kavramının içindeymiş gibi bir izlenim yaratılmıştır.

⁶⁰⁷ Öz, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, s. 108; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 50 vd; Gümüş, s. 250, 252 vd; Makaracı, Konferans, s. 241; Eren, Borçlar Özel, s. 59-61; Acar, s. 18; Çabri, s. 237; Kara, s. 900; Tutumlu, s. 130. Karş. İnal, Şerh, s. 713; Atamer, s. 249.

Başka bir şekilde ifade edilmek gerekirse, ayıp ve temerrüt kavramları birbirine karıştırılmış, iç içe geçmiştir. Hem teknik anlamda ayıplı ifa hem zamanında ifa etmeme aynı hukuki sonuca tabi olunca, TBK'nın ifa ihlallerini tipleştiren ve tipe göre hukuki sonuçlar getiren sistemi ile hiç bağdaşmayan bir sistem ortaya çıktığı gibi, zaman yönünden borca aykırılık da TKHK'nın kapsamına alınmış olmaktadır⁶⁰⁸. Temerrüt halinde mal henüz teslim edilmemiş olduğuna göre, onarım hakkının ya da benzeri ile değiştirme hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı açıktır. Semen indirilmesi seçimlik hakkı da, indirim ayıp oranında gerçekleşeceğine göre, işin niteliğine uygun değildir. Bu durumda, tüketicinin hakları dönme ve tazminat olarak ortaya çıkmaktadır ki, tüketici bu haklara TBK md. 125 gereğince zaten sahiptir. Öyleyse, söz konusu hükümle amaçlanan tek husus, temerrüde ilişkin davaların da tüketici mahkemelerinde görülmesini sağlamak olduğu düşünülebilir⁶⁰⁹.

Bir görüşe göre, satış sözleşmesine konu olan konut, teknik şartnamede aranan koşullara, taşınmazın bütünleyici parça ve eklentiler ile birlikte sözleşmede belirtilen şartlara uygun imal edilmiş olmadıkça, gereği gibi ifadan söz edilemez⁶¹⁰. Karşı görüş

⁶⁰⁸ Havuççu, Sempozyum, s. 17.

⁶⁰⁹ Inceoğlu, Murat, Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Der. Inceoğlu, Murat), İstanbul 2015, s. 162-163; Gümüş, s. 91 vd; Cumaloğlu, Emre, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Satıcının Ayıplı Maldan Sorumluluğunun Koşulları, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, I.Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Kasım 2014, s. 23. Yargıtay 13.HD. 04.04.2017 T., 2015/12830 E., 2017/3943 K. ilamı ile, "Mahkemenin 19.02.2013 tarihli 2011/43 Esas, 2013/60 Karar sayılı kararın temyizi üzerine Dairemizin 02.12.2013 tarih 2013/17221 Esas 2013/29826 Karar sayılı ilamı ile " Davacı ... ile davalı arasındaki uyumsuzluk, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Taraflar arasındaki uyumsuzluk Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kalmamaktadır. 4077 Sayılı Kanun'un 23. maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Öyle olunca davacı ...yönünden davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevli değildir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine dair olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Bu durumda mahkemece, ara kararıyla genel mahkeme sıfatıyla bakılması yönünde karar verilerek işin esasına girilmesi gerekirken, yazılı şekilde tüketici sıfatıyla bakılarak hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir..." yönünde bozulması üzerine mahkemece bozma ilamına uyulmasına karar verilmiştir. Mahkemece, bozma ilamına uyulmasına karar verildiğine göre bozma ilamının gereğinin yerine getirilmesi gerekir... Bozma ilamında davacı ...yönünden davaya genel mahkeme sıfatıyla bakılması gerektiği belirtildiği halde mahkemece davaya tüm davacılar yönünden genel mahkeme sıfatıyla bakılmıştır. Oysaki, davacı ...yönünden mahkemece ayırma kararı verilerek genel mahkeme sıfatıyla, diğer davacılar yönünden ise tüketici mahkemesi sıfatıyla davanın görülmesi gerekirken tüm davacılar yönünden genel mahkeme sıfatıyla davaya devam edilerek karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" şeklinde karar vermiştir. Ayrıca bkz. Yargıtay13.HD. 05.04.2017 T., 2015/11939 E., 2017/3986 K. Yargıtay 11.HD. 10.04.2017 T., 2017/1096 E., 2017/1997 K. Yargıtay 14 HD. 03.04.2017 T., 2015/3323 E., 2017/2645 K. www.kazancı.com. (07.04.2017). Ayıplı ifa hakkında daha geniş bilgi için bkz. § 15.

⁶¹⁰ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 54.

ise, tüketiciye oturulabilir bir konutun teslimini, ifa açısından yeterli saymış, bu aşamadan sonrakilerin ayıplı ifa konusu olduğunu ileri sürmüştür⁶¹¹.

Diğer bir görüş, teslimin hiç yapılmamış olmasıyla, ayıplı yapılmış olması arasındaki farkın kaldırılmış olduğunu ve bu nedenle, tüketicinin her halde TBK'nın ayıba karşı tekeffül hükümlerinden değil, TKHK md. 8-12 çerçevesinde haklarını kullanabileceğini iddia etmiştir⁶¹². Kanaatimizce, bir konutun tesliminden söz edebilmek için en azından içinde yaşanabilir olması (örn. dış kapısının takılmış, tavan, taban, merdiven, mutfak, tuvalet, banyo vs. yapılmış olması) ve yapı kullanım izninin alınmış olması gerekir. Satışa konu konutta yaşayabilmek için gereken asgari unsurların yokluğu halinde teslimden söz edilemeyeceği açıktır.

II. Konutun Devir ve Teslim Süresi

A. Konutun Türüne Göre Devir ve Teslim

1. Kat Mülkiyetine Konu Olan Konutlar

Günlük hayatta sık rastlanmasa da kat mülkiyetine konu olan bir konutun ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile satılması mümkündür. Kat mülkiyeti, içinde yaşanılabilen, kendi başına yeterli olan bağımsız bölümdür. Bağımsız bölüm ise, tüketicinin diğer bölümlerden ayrı (bağımsız) yaşamasına imkan veren bölümdür⁶¹³. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölüme sahip olan tüketici, ortak alanlar üzerinde de arsa payıyla orantılı, müşterek mülkiyet hakkını kazanmaktadır (KMK md. 3).

ÖÖKSHY md. 10/2-a, “kat mülkiyetine konu konutun tüketici adına tescil edilmesi” ile, satıcının teslim borcunu ifa edeceğini düzenlemiştir. İlgili hükmün lafzı, tek başına mülkiyetin devrini yeterli görüp, zilyetliğin devrinin aranmadığı intibamı uyandırır da,

⁶¹¹ Atamer, s. 250.

⁶¹² Acar, s. 18.

⁶¹³ Akipek/Akıntürk, s. 417; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 445; Eren, Mülkiyet, s. 146; İnal, Şerh, s. 711; Erman, Eşya Hukuku, s. 128 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 606 vd; Ertaş, s. 418.

tapu da tescilin yanında zilyetliğin devrinin de gerektiği kabul edilmelidir⁶¹⁴. Bu nedenle, ne tek başına mülkiyetin devri, ne tek başına zilyetliğin devri, satıcının teslim borcunu ifa için yeterli olmaz. Satıcı, satışa konu konutun hem mülkiyetini hem de zilyetliğini birlikte tüketiciye devretmek durumundadır.

2. Kat İrtifakına Konu Olan Konutlar

Bir arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak veya yapılmakta olan bir veya birden çok yapının bağımsız bölümleri için o arsanın maliki veya ortak malikleri tarafından kurulan irtifak hakkına “kat irtifakı”; bu hakka sahip olanlara da “kat irtifak sahibi” denir (KMK md. 2/c). Kat irtifakı, kat mülkiyetine konu olacak bağımsız bölüm şeklinde satış söz konusu ise kurulmalıdır. Eğer sözleşmenin konusu kat mülkiyetine konu olmayan müstakil yapı niteliğindeyse, bu halde doğal olarak kat irtifakının kurulmasının aranması söz konusu olmayacaktır. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin noterde satış vaadi şeklinde yapılması durumunda da kat irtifakının kurulmuş olması aranmaz.

TKHK 40-46 maddeleri incelendiğinde, satıcının kat irtifakı kurmasına dair bir yükümlülükten bahsedilmemiştir. Ancak, TKHK md. 44’ün ikinci cümlesinde “*Kat irtifakının tüketici adına tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte zilyetliğin devri hâlinde de devir ve teslim yapılmış sayılır*” denilerek ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tapu sicil müdürlüğünde satış şeklinde yapılması halinde, kat irtifakı kurulmasının gerekliliği anlaşılmaktadır. ÖÖKSHY md. 6/1’de ise “*Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte yapılacak yazılı bir sözleşme şeklinde veya noterliklerde düzenleme şeklinde yapılan satış vaadi sözleşmesi ile kurulur*” düzenlemesi, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sanki kat irtifakı kurulmasının, sözleşmede bir geçerlilik şartı gibi algılanmasına neden olsa da, satıcının satışa konu olan konutu noterden satış vaadi şeklinde satma imkanı olduğu hatırlanmalıdır⁶¹⁵.

⁶¹⁴ Makaracı, Konferans, s. 256. Aynı yönde, Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 56. Karş. İnal, Şerh, s. 712-713.

⁶¹⁵ Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. § 8, I, B.

ÖÖKSHY md. 10/2-b, kat irtifakına konu konutun tüketici adına tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte konutun oturmaya elverişli bir şekilde zilyetliğinin devri halinde teslimin yapıldığını varsaymıştır. Kat irtifakının devredilmesi suretiyle yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde tüketici, diğer ihtimallere nazaran daha güvencedir. Çünkü, elinde bir müşterek mülkiyet payı vardır. Yani en azından arsanın belirli bir oranını elde etmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere kat irtifaklı payın tek başına devredilmiş olması, satıcının asli yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelmez. Satıcı tüketiciye zilyetliği de devretmelidir. Ancak, konut niteliğini henüz kazanmamış (oturmaya elverişli olmayan) bir taşınmazın zilyetliğinin devredilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, tamamlanmamış bir konutun zilyetliği devredilse dahi, teslimin yapılmış olduğu kabul edilemez, satıcının inşaatı bitirme borcu devam eder⁶¹⁶. Özetle, satıcı konutun inşasını bitirmeli ve yaşamaya elverişli bir şekilde tüketiciye teslim etmelidir⁶¹⁷.

Bu noktada akla hemen şu soru gelebilir; kat irtifakı ve zilyetliğin devredildiği bir konutta kat mülkiyetine geçilememesi halinde veya yapı kullanma izni verilmeyen bir konut için satıcı mülkiyeti ve zilyetliği devretmiş olsa dahi borcunu ifa etmiş sayılacak mıdır? Uygulamada en sık rastlanan sorunlar, satıcının konutları mimari projeye uygun inşa etmemesinden kaynaklanan sorunlardır. Zira, imara aykırı şekilde yapılmış bir projenin yapı kullanım belgesi alması neredeyse imkansızdır. Böyle bir durumda satıcı tüketiciye konutun mülkiyeti beraber zilyetliği de devretmiş olsa dahi TKHK md. 44 ve ÖÖKSHY md. 10 anlamında edimini ifa etmiş sayılamayacaktır.

İnal'ın haklı olarak belirttiği üzere, bağımsız bölümün amacına uygun olarak kullanılmasını engelleyen durumlar varsa, borcun gereği gibi ifa edildiğinden bahsedilemez⁶¹⁸. Bu nedenle satıcı, yapı izin belgesini alma yükümlüğü altındadır. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile satın alınan konut barınma amaçlı satın alındığına göre, tüketici bu konutta hayatını sürdüremeyecekse, yapılan sözleşmenin bir anlamı

⁶¹⁶ Acar, s. 18; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 52; Teslim kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Erman, Arsa Payı, s. 33 vd; Atamer, s. 249.

⁶¹⁷ Erman, Arsa Payı, s. 33-34; İnal, Sonuca Katılmalı, s. 228; İnal, Şerh, s. 713; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 32.

⁶¹⁸ İnal, İnşaat, s. 228.

kalmamaktadır. Satışa konu olan konutun yapı kullanım izni (iskan) alamayacak olması nedeniyle satıcının hukuki ayıptan dolayı sözleşmeye dayanan sorumluluğu devam eder ve TKHK md. 8-12 hükümlerinin uygulanması söz konusu olur⁶¹⁹.

Kat irtifakının tüketiciye devredilmesinden sonra inşaatı yapma borcunun kime ait olacağının da tartışılması gerekir. Zira, kat irtifakının tüketiciye devredilmesi ile inşaat yapma borcu, kat irtifakı sahibine geçmiş olmaktadır⁶²⁰. Her ne kadar kat irtifakı sözleşmesi bütün paylı ortakları bir bina inşa etme yükümlülüğü getirmekte ise de, bu borç inşaatın bilfiil yapılmasına ilişkin değildir. Kaldı ki, her pay sahibi, inşaatı birbirlerinden bağımsız gerçekleştiremez. Bunu ancak bir yüklenici (müteahhit) yapabilir. Yüklenici taşınmazda pay sahibi olsa dahi, diğer paydaşlarla arasında yapacağı sözleşme, ayrı bir inşaat sözleşmesi olarak nitelendirilir. İrtifak hakkı sahipleri yüklenici ile yaptıkları sözleşme gereği paylarına düşen para borcunu ödemek ve inşaatın yapılmasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğü altındadır⁶²¹. İrtifak hakkı sahipleri yapmış oldukları bu ödemelerin karşılığında ilgili taşınmaz üzerinde yükleniciden bir bina inşa edilmesine dair talep hakkına sahip olurlar. Uygulamada müteahhitler, irtifak hakkını devrettiği tüm alıcılarla ayrı ayrı inşaat sözleşmesi yaparak ilgili konut projesini tamamlamaktadırlar⁶²².

3. Müstakil Yapılar

Bir parsel üzerinde inşa edilmiş, kat mülkiyetine veya kat irtifakına konu olmayan yapılar müstakil yapı olarak adlandırılmaktadır⁶²³. Müstakil yapının özelliği, kat mülkiyetine konu olmaksızın arazinin bütünleyici parçası niteliğinde olan bir veya birden çok yapıyı bulundurmasıdır. Burada yapının büyüklüğü, kaç kat olduğu, nitelendirme bakımından önem taşımaz. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu

⁶¹⁹ Atamer, s. 250; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 25-27; Kara, s. 900 vd. Bağımsız bölüm teslim edilse dahi yapı kullanım izin belgesinin alınmamış olması durumunda (eğer kararlaştırılmışsa) cezai şart talep edilebileceği konusunda bkz. Erman, Arsa Payı, s. 35; İnal, Sonuca Katılmı, s. 228-229. Bu durumda tüketici sözleşmeden haklı nedenlerle dönebilir. Bu konu hakkında bkz. § 19, IV, D, 1.

⁶²⁰ Kat irtifakı ile ilgili açıklamalar için bkz. § 8, I, A, 3.

⁶²¹ Akipek/Akıntürk, s. 668; Atamer, s. 226, dn. 514.

⁶²² Özakman, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, s. 265; İnal, s. 654.

⁶²³ Akipek/Akıntürk, s. 58-59.

olan bir müstakil yapının teslim borcu yukarıda anlatılan hususlardan farklı bir özellik taşımadığı için yukarıdaki bilgilere atıf yapmakla yetiniyoruz.

B. Satıcının Konutun Devir ve Tesliminde Temerrüde Düşmesi

TKHK md. 44 gereği, ön ödemeli konut satışında devir veya teslim süresi sözleşmenin yapıma tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemez. Yukarıda belirtildiği üzere, bu süre taraflarca kısaltılabilir ancak taraflar anlaşarak dahi bu sureyi uzatamazlar. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olan konutun tesliminin sözleşmede belirtilen sürede gerçekleşmemesi halinde ne olacağına dair TKHK md. 40-46'da bir hüküm yoktur. Ancak, TKHK md. 8/3, geç teslimde dair bir düzenleme getirmektedir. İlgili maddeye göre, “sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi ...sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir” şeklindedir.

Bilindiği üzere, sözleşmeye konu malın (konutun) vadesinde teslim edilmemesi esasen ifada gecikme halidir ve şartları oluştuğunda borçluyu temerrüde düşürür. Dikkat edilirse kanun koyucu, kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesini ayıplı ifa olarak saymış, temerrüt müessesini, ayıplı ifa kavramı ile eş tutmuştur. Diğer bir ifadeyle, ayıp ve temerrüt kavramları birbirine karıştırılmış, iç içe geçmiştir⁶²⁴. Hem teknik anlamda ayıplı ifa hem zamanında ifa etmeme aynı hukuki sonuca tabi olunca, TBK'nun ifa ihlallerini tiplendiren ve tipe göre hukuki sonuçlar getiren sistemi ile hiç bağdaşmayan bir sistem ortaya çıktığı gibi, zaman yönünden borca aykırılık da TKHK'nın kapsamına alınmış olmaktadır⁶²⁵. Bu yönüyle ilgili düzenleme Borçlar Hukuku ilkelerine de ters düşen bir düzenlemedir⁶²⁶.

⁶²⁴ Sirmen, s. 159 vd; İnceoğlu, s. 162 vd; Cumalıoğlu, s. 22 vd; Şenocak, Zarife, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Kasım 2014, s. 31.

⁶²⁵ Havutçu, Sempozyum, s. 17. Bu durum madde gerekçesinde “... Tüketicilerin sıklıkla karşılaştıkları bir sorun olan sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde teslim edilmemesi durumunda da sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur. Bu durumda tüketici ayıplı mala ilişkin hükümlerden yararlanacaktır” şeklinde ifade edilmiştir.

⁶²⁶ İnceoğlu, s. 163; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 59. Karş. İnal, Şerh, s. 635. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK 23.11.2011 T., 2011/13-350 E., 2011/700 K. (Naklen, İnal Şerh, s. 635).

Temerrüt ve ayıp kavramlarının bu şekilde birbirine karıştırılmasının teorik isabetsizliği bir yana, tüketicinin ayıba karşı tekeffülde sahip olduğu ve TKHK md. 10'da sıralanan haklar da temerrüt hali ile bağdaşmamaktadır. Temerrüt halinde mal henüz teslim edilmemiş olduğuna göre, onarım hakkının ya da benzeri ile değiştirme hakkının kullanılmasının mümkün olmadığı açıktır. Semen indirilmesi seçimlik hakkı da, indirim ayıp oranında gerçekleşeceğine göre, işin niteliğine uygun değildir. Bu durumda, tüketicinin hakları dönme ve tazminat olarak ortaya çıkmaktadır ki, tüketici bu haklara TBK md. 125 gereğince zaten sahiptir⁶²⁷. Öyleyse, söz konusu hükümle amaçlanan tek husus, temerrüde ilişkin davaların da tüketici mahkemelerinde görülmesini sağlamak olduğu düşünülebilir⁶²⁸.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olan konutun taraflarca kararlaştırılmış süre içerisinde teslim edilmemesi halinde tüketicinin nasıl bir yol izleyeceği konusunda öğretilen çeşitli görüşler öne sürülmüştür.

Çabri'ye göre, konutun zamanında devir ve teslim edilmemesi halinde tüketici aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatını isteyebilecek, aynı zamanda karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin TBK md. 123 vd. hükümlerine başvurabilecektir. Aynı görüş, ön ödemeli konut satışının noterde satış vaadi şeklinde yapılması halinde, tüketicinin TMK md. 716 uyarınca tescile zorlama (ferağa icbar) davası açarak konutun kendi adına tescilini isteyebileceğini de ifade etmiştir. Tüketici, teslimin zamanında gerçekleşmemesinden dolayı uğramış olduğu zararların tazminini de talep etme hakkına sahiptir⁶²⁹.

⁶²⁷ Aradaki tek fark, TKHK hükümlerine göre sözleşmeden dönmek isteyen tüketicinin, satıcıya uygun bir mehil vermesine gerek olmadığıdır. Bkz. Cumalıoğlu, s. 23. Gümüş'e göre, kanun koyucu (tüketici sözleşmesinin synallagmatik yapısı çerçevesinde sahip olduğu yasal seçimlik hak olan) aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazmini isteme hakkını tüketicinin elinden almıştır. Bkz. Gümüş, s. 91.

⁶²⁸ İnceoğlu, s. 162.

⁶²⁹ Eğer sözleşmede kararlaştırılan teslim süresi otuz altı aydan az ise tüketicinin TBK md. 123'deki seçimlik haklarını kullanabilmesi kural olarak satıcıya uygun süre vermesine bağlıdır. Teslim süresi otuz altı ay olarak kararlaştırılmışsa, seçimlik hakların kullanılması için ayrıca uygun süre vermeye gerek olmaksızın tüketici TBK md. 125'deki seçimlik haklarından birini kullanabilecektir. Zira, konutun devir ve teslimi için kanun koyucunun belirlediği otuz altı aylık süre, kesin vadeyi ifade eder. Bkz. Çabri, s. 238.

Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, uyuşmazlığın tüketici işleminden kaynaklandığından bahisle, tüketici mahkemesi hakiminin, TKHK md. 83'ü nazara alarak TBK md. 123 vd. hükümlerini uygulaması gerektiğini savunmaktadır⁶³⁰.

Acar ise, otuz altı aylık süre içerisinde konutu teslim etmeyen satıcı hakkında TBK'nın temerrüde ilişkin hükümleri uygulanmaksızın doğrudan doğruya TKHK md. 8 vd. hükümlerine başvurulması gerektiğini savunmaktadır. Çünkü, TKHK'nın ayıplı maldan sorumluluğa ilişkin getirmiş olduğu sorumluluk rejimi sadece ayıplı mallara ilişkin değil, tüm sözleşmeye aykırılık hallerini içerecek şekilde düzenlenmiştir. Kaldı ki, TKHK'da, TBK'dan farklı olarak, özel bir korumanın varlığı söz konusudur⁶³¹.

Kaya'ya göre, tüketiciye konut geç teslim edilmiş ya da hiç teslim edilmemiş ise, bundan doğan zararlar ancak resmi sözleşme yapılmış olması halinde talep edilebilir. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması halinde tüketici ancak ödediği bedelin güncelleştirilmiş değerini isteyebilecektir. Tüketici bu hakkını kullanırken iyiniyet kurallarına göre hareket etmiş olmalıdır. Örneğin, satın almış olduğu konutun yüklenicisi inşaaatı hiç başlatmaz ya da yarım bırakırsa, tüketici projenin tamamlanmayacağını dolayısıyla da sözleşmenin ifa edilme şansının olmadığını anladığı anda dava açmalıdır. Uygulamada ise tüketici, sözleşmenin feshini istemeyerek, taşınmazın değerinin artmasını beklemekte ve daha fazla bir bedeli talep etme düşüncesinde olmaktadır. Böyle bir durumda, tüketicinin sözleşmenin ifasının imkansız olduğunu anladığı tarih belirlenerek, bu tarihe göre hesaplama yapılmalıdır⁶³².

Atamer, otuz altı aylık süre içerisinde satıcının konutu teslim edememesi durumunda tüketicinin ÖÖKSHY md. 9 gereği sözleşmeden tazminatsız dönme hakkının bulunduğunu belirtmektedir. Yazar, tüketicinin satıcıya ödemiş olduğu bütün satış bedelini faiziyle isteyebileceğini ve uğradığı zararın da tazmin edilmesi talebinde bulunabileceğini ifade etmiştir⁶³³.

⁶³⁰ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 58-59.

⁶³¹ Acar, s. 18-19.

⁶³² Kaya, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu, s. 562-563.

⁶³³ Atamer, s. 250.

Aydoğdu'ya göre, konutun hiç teslim edilmemesi halinde uygulanacak hükümler ve haklar sözleşmeye aykırılık hükümlerine (TBK md. 125) göre tayin edilmelidir. Geç de olsa teslim varsa, salt gecikme nedeniyle ayıbın varlığından söz etmek gücü olsa da, ayıp hükümlerinin uygulanacağını söylemek gerekir. Tüketicisi isterse ayıp hükümlerine, isterse sözleşmeye aykırılık hükümlerine (hakların yarışması) başvurabilmelidir⁶³⁴. Ancak, "malın kararlaştırılan sürede teslim edilmemesini" ayıp olarak tanımlayan TKHK md. 8 vd. hükümleri dar yorumlanmalı, istisna sayılmalıdır. Geç teslim halinde onarım ve değiştirme gibi hakların uygulanamayacağı, ancak ayıp varsa uygulanabileceği, geç teslim nedeniyle değil de ayıp nedeniyle bu hakların varlığının söz konusu olacağı açıktır. Bu nedenle, ayıp hükümlerinin uygulanmasının zor olduğu ve genel hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁶³⁵.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, kanun koyucu "ayıplı ifa" ile "ifa etmeme"ye aynı hukuki sonucu bağlamakla hatalı bir düzenlemeye yer vermiřtir⁶³⁶. İki farklı müessesenin aynı potada eritmeye çalışılması bize göre, kanun koyucunun "temerrüt" halini "ayba tekeffül" olarak nitelendirmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi halinde TKHK md. 8/3 ve TBK'nın borçlu temerrüdüne dair hükümlerinin yarışması, diğer bir ifadeyle, hakların yarışması söz konusudur⁶³⁷.

Genel hükümlere başvurmak isteyen tüketicisi TBK md. 123 gereği, eğer konutun teslim süresi otuz altı aydan az ise, satıcıya uygun bir mehil vermelidir. Verilen sürenin uygun olup olmadığını saptamak için, olayın özelliğinin gerektirdiği iyiniyet kurallarına riayet edilip edilmediğine bakmak gerekir⁶³⁸. Bu sürenin sonunda tüketicisi, TBK md. 125'e göre, kendisine tanınan haklarını kullanma yoluna gidecektir. Ancak, tüketicisi, satıcının teslimde temerrüde düşmesiyle, TKHK md. 8 gereği, ayıplı ifa hükümlerine göre de

⁶³⁴ Aydoğdu, Murat, Aydoğdu şerhi, Milli şerh, (Edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, zlem), İstanbul 2016, s. 203. Karş. Aslan, Tüketicisi Hukuku Dersleri, s. 120 vd.

⁶³⁵ Cumalıoğlu, s. 23. Aynı yönde, Aydoğdu, şerh, s. 212.

⁶³⁶ Sirmen, s. 160; Havutçu, Sempozyum, s. 17; İnceoğlu, s. 161; Gümüş, s. 92; şenocak, s. 31.

⁶³⁷ Gümüş, s. 92; İnceoğlu, s. 163.

⁶³⁸ İnal, şerh, s. 711; zmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 59; abri, s. 238. TKHK md. 11'de düzenlenen seçimlik haklardan birini kullanmak isteyen tüketicisinin TBK md. 123'de zikredilen ek süreyi vermesine gerek yoktur.

hakkını arama şansına sahiptir. Bu durumda tüketici sözleşmeden dönerek, menfi zararının tazmin edilmesini talep edebilir^{639 640}.

Tüketici mahkemesi, önüne gelen böyle bir uyuşmazlığa, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi hükümlerinde satıcının temerrüt hali düzenlenmediğinden, (TKHK md. 83 göndermesi ile), borçlunun temerrüdünü düzenleyen TBK 123 vd. maddelerini uygulama yoluna gidebilir. Buna karşın mahkeme, TKHK md. 8 gereği, satıcının temerrüt halini “ayıplı ifa” olarak nitelendirerek ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre de uyuşmazlığı çözebilir⁶⁴¹. Kanaatimizce, Tüketici mahkemesi, önüne gelen bu tür bir uyuşmazlıkta (tüketici hukuki sebebi belirtmemiş ise, TBK md. 60 gereği) tüketici lehine olan çözüm yolunu benimsemelidir.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde yukarıda çeşitli defalar ifade edildiği gibi, satıcının asli borcu, konutun mülkiyet ve zilyetliğini tüketiciye devretmektir. Taşınmazlarda bu durum her zaman aynı anda gerçekleşmemektedir. Diğer bir söyleyişle, konutun tüketiciye teslim edilmesiyle, mülkiyetinin devri farklı zamanlarda olabilmektedir. Kat mülkiyetine geçişin uzun sürmesi, proje eksikliklerinden kaynaklanan sorunlar veya tapu sicilinden doğabilecek problemler nedeniyle, mülkiyetin devrinin teslimden çok zaman sonra yapıldığına uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Mülkiyetin devredilmediği ancak, konutun tüketiciye teslim edildiği ve konutta tüketicinin yaşamaya başladığı durumlarda tüketici, mülkiyet devrinin

⁶³⁹ Tüketici, TKHK md. 11/6 c.2’de bahsi geçen “...Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir” düzenlemesi nedeniyle müspet zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Bkz. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 59.

⁶⁴⁰ İnal’a göre, yüklenicinin konutu zamanında teslim etmemesi halinde tüketici, aynen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki arsa sahibinin sahip olduğu haklara sahip olacaktır. Tüketici, zamanında teslim alamadığı konut için mahrum kaldığı kazançla birlikte, teslimde gecikilen her ay için kira tazminatı talep edebilir. Tüketici (sözleşmede belirlenmişse) kira tazminatını, sözleşmedeki hükümlere göre, sözleşmede böyle bir hüküm yoksa tespit edilecek rayiç değere göre talep edebilmelidir. Bkz. İnal, Şerh, s. 710 vd. Aynı yönde, Kara, s. 902; Tutumlu, s. 145. Kira tazminatı istenebilecek koşullar ve süre konusunda bkz. Yargıtay HGK 08.06.2016 T., 2014/23-1004 E., 2016/763 K. Sözleşmede kararlaştırılmamış olsa dahi kira tazminatı istenebileceği hakkında bkz. Yargıtay 13. HD. 10.10.2013 T., 2013/11438 E., 2013/25004 K. www.kazancı.com (01.04.2016).

⁶⁴¹ Uyuşmazlığa TBK md. 123-125 hükümlerinin tatbik edilmesi görüşünde, Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 59; Karşı görüşte, Acar, s. 18. Yazar, TBK’nın temerrüde ilişkin hükümleri yerine TKHK md. 8-12 hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. TKHK md. 8/3 düzenlemesinin yerinde olmadığı ancak, ayıplı mal teslimine ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde satış konusu malın sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde teslim edilmemesi durumuna uygulanması gerektiği görüşünde, Şenocak, s. 31.

gerçekleşmediğinden bahisle satıcıyı temerrüde düşürebilir. Ancak, konutu teslim alıp içinde yaşamaya başlayan tüketici, temerrüde düşürdüğü satıcıya karşı sözleşmeden dönme hakkını kullanıp müspet zararlarını talep edememelidir. Zira bu durumda TMK md. 2 devreye girecek ve tüketici hakkın kötüye kullanılması yasağıyla karşı karşıya kalacaktır. Tüketici böyle bir durumda, ancak gecikmeden doğan zararın tazminini talep edebilecektir⁶⁴².

Otuz altı aylık süre içerisinde konutun teslim edilmemesi halinde tüketici, TKHK md. 45 ve ÖÖKSHY md. 9/4-a gereği sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa, (gerekçesiz dönme hakkından farklı olarak) TKHK md. 45/1'de öngörülen tazminat tutarı, sözleşmeden kaynaklanan masraflar, vergi veya harç bedeli kendisinden talep edilemeyecektir. Çünkü, satıcı sözleşmeye aykırı hareket ettiğinden bu masraflara katlanmalıdır⁶⁴³. Konutun otuz altı ay sonunda tüketiciye teslim edilmemesi halinde satıcıya, her bir teslim edilemeyen konut için TKHK md. 77/4 gereği, idari para cezası uygulanır.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olan konutun bağlı kredi ile satın alınması durumunda, finansman kuruluşu konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesinden dolayı TKHK md. 35'e göre müteselsilen sorumludur⁶⁴⁴. TKHK md. 35/2 c.1 "*Bağlı kredilerde, konutun hiç ya da gereği gibi teslim edilmemesi nedeniyle tüketicinin bu Kanununun 11. maddesinde belirtilen seçimlik haklarından birini kullanması hâlinde, satıcı ve konut finansmanı kuruluşu müteselsilen sorumludur*" şeklindedir.

⁶⁴² Öz, Turgut, Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz Satımında Şekil Sorunu ve Ayıplı İfa Eksik İfa Ayrımı, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ses Çözümü ve Makaleleri, (Edt: Tokbaş, Hakan/ Üçışık, Fehim), Ankara 2013, s. 533. Bu konu hakkında ayrıca bkz. Erman, Hasan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü, İBD 1984, C.58, S. 4-5-6, s. 209 vd.

⁶⁴³ Atamer, s. 250.

⁶⁴⁴ Bağlı kredi sözleşmesi, tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir (TKHK md. 30). Bağlı kredinin en önemli özelliği, konut kredisi sözleşmesi ile satış sözleşmesinin ekonomik birlik içinde olmasıdır. Bağlı krediyle satın alınan bir konuttan dolayı konut finansmanı kuruluşunu sorumlu tutabilmek için "satın alınacak konutun belirlenmiş olması" yeterli olmayıp, bu konutu "finansman kuruluşunun belirlemiş olması" da gerekir. Finansman kuruluşunun sadece belirli bir inşaat projesinden daire alacaklara kredi vermesi veya sadece kendi belirlediği projelere özel avantajlarla kredi vermesi durumları da bağlı kredi sayılmaktadır. Bkz. Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 150; Acar, Şerh, s. 575 vd; Gümüş, s. 231 vd; Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 210 vd; Aydoğdu, Ders, s. 263 vd; Baskın, s. 95 vd.

İlgili hükümde satıcının sözleşmedeki yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi ifa etmeme (TBK md. 112) ya da satıcının temerrüde düşmesi hallerinin tümü kötü ifanın bir alt türüne ait hukuksal sonuçlara bağlanmıştır⁶⁴⁵. TKHK md. 35/2’de ifade edilen müteselsil sorumluluk kavramının kapsamı atıf yapılan TKHK md. 11’e göre daha geniştir. Çünkü, TKHK md. 11’de sadece ayıplı ifa bakımından müteselsil sorumluluk söz konusu iken, TKHK md. 35/2’de ayrıca temerrüt ve hiç ifada bulunmama hallerinde de tüketici seçimlik haklarını kullanabilecektir⁶⁴⁶. Bir görüşe göre, bu sorumluluk bir tür “kusursuz sorumluluk” halidir. Zira, finansman kuruluşunun sorumluluğu için kusurlu olması gerekmez⁶⁴⁷.

Özetlemek gerekirse, konut finansman kuruluşunun satıcıyla birlikte müteselsil sorumluluğu; kusurlu ifa imkansızlığını, konutun mülkiyet ve zilyetliğinin devrinde temerrüde düşülmesini, zapt sorumluluğunu, ayıplı ifa sorumluluğu ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi hallerini kapsamaktadır. Bu nedenle, satıcı ön ödemeli konut satışı sözleşmesiyle satılan konutu zamanında tüketiciye teslim etmez ise, konut finansmanı kuruluşu satıcıyla birlikte tüketiciye karşı sorumlu olacaktır. Bununla birlikte, hatırlatmak gerekir ki, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde satıcı sadece konutu teslim etmekle borcunu ifa etmiş olmaz. Satıcı hem konutun mülkiyetini hem de zilyetliğini devretmekle borcunu gereği gibi ifa etmiş olur. Satıcının kusursuz ifa imkansızlığı nedeniyle konutu teslim edememesi halinde ise konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu söz konusu değildir.

Tüketici, TKHK md. 11’deki seçimlik hakların hangisi kullanılırsa kullansın konut finansman kuruluşunun müteselsil sorumluluğu öngörüldüğünden; TKHK md. 11/2 ve 4 hükümlerindeki sınırlamadan farklı olarak, tüketicinin sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarını kullanması hallerinde de finansman kuruluşu satıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır⁶⁴⁸. Kredi verenin sorumluluğu, malın teslim veya

⁶⁴⁵ Gümüş, s. 234; Acar, Şerh, s. 577 vd; Eren, Borçlar Genel, s. 1043 vd.

⁶⁴⁶ Temerrüt ve ifa etmeme hallerinde tüketici “onarım” seçimlik hakkını kullanamaz. Aynı şekilde, ifa imkansızlığı söz konusuysa, “bedel indirimi” seçimlik hakkının kullanılması mümkün değildir.

⁶⁴⁷ Acar, Şerh, s. 577-578.

⁶⁴⁸ İnal, Şerh, s. 634; Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 150 vd.

TKHK md. 30/4: Bağlı kredilerde, mal veya hizmet hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmez ise satıcı, sağlayıcı ve kredi veren, tüketicinin satış sözleşmesinden dönme veya bedelden indirim hakkını

hizmetin ifa edilmediği durumlarda satış sözleşmesinde veya bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen malın teslim veya hizmetin ifa edilme tarihinden, malın teslim veya hizmetin ifa edildiği durumlarda malın teslim veya hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır (TKHK md. 30/4 c.3).

§ 15. SATICININ AYIPLI MALDAN SORUMLULUĞU

I. Genel Olarak Ayıp Kavramı ve Türleri

A. Ayıp Kavramı

Satılan şeyde satıcının bildirdiği bir nitelikte dürüstlük kuralına göre satılarda bulunması gereken bir niteliğin mevcut olmamasına “ayıp” denir⁶⁴⁹. Satılan maldan bütünüyle veya gereği gibi yararlanmayı engelleyen eksiklikler, bozukluklar olarak da tanımlanan ayıp, objektif nitelikte (bulunması gereken niteliklerin var olmaması) olabileceği gibi subjektif nitelikte de (satıcının vaad ettiği ya da bildirdiği özelliklerin bulunmaması) olabilir. Ayıplı mal teslimi, hukuki niteliği itibariyle, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği durumlardan biridir, kötü ifadır⁶⁵⁰. Bir malda ayıp bulunduğundan söz etmek ve satıcıyı ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu tutabilmek için, satıcının satılan malı alıcıya teslim etmiş olması gerekir.

kullanması hâlinde müteselsilen sorumludur. Tüketicinin bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde bağlı kredi de bu oranda indirilir ve ödeme planı buna göre değiştirilir. Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, o güne kadar yapmış olduğu ödemenin iadesi hususunda satıcı, sağlayıcı ve kredi veren müteselsilen sorumludur.

⁶⁴⁹ Feyzioğlu, s. 185; Kılıçoğlu, s. 646; Zevkliler/Aydoğdu, s. 108; Eren, Borçlar Özel, s. 102; Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 76 vd; Karakocalı/Kurşun, s. 51; Gümüş, s. 84; Atasoy/Taşkın/Acar, s. 52 vd; Edis, Seyfullah, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 1-8; Erzurumluoğlu, Erzan, Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s. 69; Özel, Çağlar, Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 780; Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 104 vd. Objektif ve subjektif ayıp ayrımının tanımlamada gereği gibi yapılmadığı görüşünde, Atamer, Yeşim/Baş, Ece, Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk, İBD, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C.88, S.1, 2014, s. 22.

⁶⁵⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 1047; Cumalıoğlu, s. 21; Gümüş, Borçlar Özel, s. 115. Karş. Özel, s. 91 vd.

TKHK md. 8/1, ayıplı malın tanımına yer vermiştir. Buna göre, ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre; ambalajında, etiketinde, tanıtmaya 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 mallar da ayıplı olarak kabul edilir.

B. Türleri

Borçlar Hukuku öğretisinde ayıp, üç farklı türde ortaya çıkmaktadır. Bunlar, maddi ayıp, hukuki ayıp ve ekonomik ayıplardır. Maddi ayıp, bir malın bozuk, kırık, lekeli, defolu vb. olduğu hallerdir. Konutlar bakımından maddi ayıp, binada rutubet bulunması, kanalizasyon sisteminin çalışmaması, elektrik veya su tesisatının hatalı döşenmesi gibi hallerdir.

Satılan malda maddi bir eksiklik olmamakla birlikte, tüketicinin maldan yararlanmasını engelleyen, kısıtlayan veya ortadan kaldıran kamu hukuku anlamında bazı yasaklamalar söz konusu ise burada hukuki ayıp söz konusudur. İmarı olmayan bir arsanın yapı inşa edilmesi amacıyla satışı veya iskân izni bulunmayan bir konutun satılması hukuki ayıp için örneklerdir. Ekonomik ayıp, tüketicinin maldan beklediği yararlanma ve kullanma imkanını azaltan veya kullanma olanağı bulursa da malın ekonomik değerini düşüren özelliklerdir. Binaya yapılan mantolama sisteminin birinci sınıf değilse, ikinci sınıf malzemeden yapılması, kombinin belirtilenden daha az verimli olması, bulaşık makinesinin bulaşıkları yeterli düzeyde temizleyememesi gibi örnekler ekonomik ayıp ile ilgili örneklerdir^{651 652}.

⁶⁵¹ Tanım ve kavramlar için bkz. Erman, Arsa payı, s. 199 vd; Eren, Borçlar Özel, s. 104 vd; Aydoğdu, Şerh, s. 196 vd; Zevkliler/Gökyayla, s. 118; Aral/Ayrancı, s. 105 vd; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 429 vd; Edis, s. 13 vd; Gümüş, Borçlar Özel, s. 72 vd; Kara, s. 744 vd; Özel, s. 90-91; Aydoğdu, Ders, s. 121-124; Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 78.

TKHK md. 9'a göre satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür. Sözleşmeye aykırı şekilde mal teslimi, her zaman ayıplı bir malın verilmesi anlamına gelmez. Eksik veya fazla ifa da bu anlamda sözleşmeye aykırı mal teslimi anlamına gelir⁶⁵³. Bu nedenle, tüketici sözleşmelerinde malın miktarındaki eksiklik (nicelik eksikliği) veya fazlalık, ayıplı ifa olarak değerlendirilmelidir⁶⁵⁴.

eTKHK md. 4/1 düzenlemesi, TBK md. 219 ile paralel olarak “niteliği etkileyen niceliğe aykırılık” durumunu da ayıplı ifa saymışken, TKHK md. 8 hükmündeki ayıp tanımında bu ifade yer almamaktadır⁶⁵⁵. Bu değişikliğin pratikte bir pek önemi yokmuş

⁶⁵² Bununla birlikte yapılan bir diğer ayırım, önemli ayıp-önemli olmayan ayıp ve açık-gizli ayıp ayrımlarıdır. TBK md. 223 düzenlemesi muayene ve ihbar yükümlülüğünü öngörmüş olmasına rağmen, tüketici işlemi niteliğindeki satış sözleşmeleri açısından TKHK, ayıplı ihbar yükümlülüğünü kaldırmıştır. Bu nedenle, açık veya gizli ayıp ayırımının bir öneminin kalmadığı görüşünde, Karakocalı/Kurşun, s. 55-56 vd. Tüketiciye muayene ve ihbar külfeti yüklenmemiş olsa da ayıptan doğan hakların kullanımı bakımından tüketiciler, hakkın kötüye kullanılması yasağı ilkesinden istisna tutulamazlar, Yeniocak, Arsa Payı, s. 152. İlk altı aydan sonraki gizli ayıpların malın ayıplı olduğu anlaşıldıktan “hemen sonra” satıcıya bildirilmesi gerektiği yönünde bkz. Kara, s. 744-745. Ayrıca bkz. Eren, Borçlar Özel, s. 111; Gümüş, Borçlar Özel, s. 74 vd; Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 108; Duman, Mete, İnşaat Sektöründe Ayıplı ve Eksik İfanın Sonuçları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, (Edt: Tokbaş, Hakan /Üçışık, Fehim), Ankara 2014, s. 552 vd; Cumalıoğlu, s. 27.

⁶⁵³ Aydoğdu, Ders, s. 133.

⁶⁵⁴ Aydoğdu, Şerh, s. 206 vd. Aksi görüşte, Gümüş, s. 85. Ancak, nicelik eksikliği, sözleşme konusunun değerini azaltıyor veya alıcının satılardan faydalanması bakımından nihai bir önem taşıyorsa yani, “nicelik farklılığı satılanın niteliğini de etkiliyorsa” ayıplı ifanın varlığı kabul edilmelidir.

⁶⁵⁵ Yargıtay kararlarında ayıp, yasa ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği ya da olmaması gereken vasıfların olması şeklinde tanımlanmıştır. Eksik iş; sözleşme konusu işlerin yapılmaması yani hiç yapılmayan iştir. Eksik ifa ise, kanunlarımızda tanımı yapılmamakla birlikte, 4077 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde sayılan ayıp kavramı içerisinde mütalaa olunmaktadır. Yargıtay 13. HD 9.6.2016 T., 2015/19821 E., 2016/14747 K., 13 HD 20.4.2016 T., 2014/45399 E., 2016/11172 K. Diğer bir karara göre. “4077 Sayılı Kanun'un 4.maddesinin 2.fikrası hükmüne göre; tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde açık ayıpları satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda gizli ayıpların ne kadar sürede satıcıya ihbar edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Öyle olunca, 4077 Sayılı TKHK'nun 30. maddesi gereğince, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, genel hükümlere göre uyuşmazlığın çözümü gerekli olduğundan, Borçlar Kanunu'nun bu konudaki 198. maddesi uygulanacaktır. O halde, gizli ayıpların, dava zamanaşımı süresi içinde ve ayıp ortaya çıktıktan sonra derhal (dürüstlük kuralına uygun olan en kısa sürede), ihbar edilmesi; ayıbın açık mı, yoksa gizli mi olduğunun tayininde ise, ortalama (vasat) bir tüketicinin bilgisinin dikkate alınması, gerekmektedir. Bunu ihmal ettiği takdirde, satılanı bu ayıp ile birlikte kabul etmiş sayılır. 4077 Sayılı Kanununun 4. maddesinin 4. fıkrasında ise, konut satışlarında zamanaşımı süresi beş yıl olarak öngörülmüştür. Eğer, ayıp ağır kusur veya hile ile gizlenmişse, zamanaşımı süresinden yararlanılamayacağından, açılan davanın süresinde olduğunun kabulüyle sonuca varılacaktır”. Yargıtay 13 HD 20.4.2016 T., 2015/14208 E., 2016/10970 K. www.kazancı.com (04.04.2016). Ayrıca bkz. Erman, Arsa Payı, s. 199, dn. 28, 201 vd; Duman, İfa, s. 554; Öz, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, s. 535 vd. Gönen, Coşku, İnşaat Sözleşmelerinin İfasında Eksik İş-Ayıplı İfa Ayırımı, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, s. 345 vd.

gibi görünse de özellikle kat mülkiyetine tabi konut satışlarında, ortak yerler için sözleşmede vaad edilenle teslim edilen arasında yüzölçümü eksikliği çıkabilmektedir. Satılan bağımsız bölümün bulunduğu ortak yerler bakımından bu eksikliğin ayıplı ifa mı yoksa eksik ifa mı olduğu oldukça tartışmalı bir konudur. Yargıtay, bu tür uyuşmazlıklarda, mevcut eksikliğin giderilmesi eserin diğer kısımlarına müdahale etmeyi gerektirmediğinden, ayıplı değil eksik ifanın söz konusu olacağı görüşündedir⁶⁵⁶

⁶⁵⁷

Yargıtay'ın bu görüşte olmasının nedeni, tüketiciyi ayıba karşı tekeffüldeki kısa ihbar ve kısa zamanaşımı sürelerinden kurtarmaktır. TKHK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte eski Kanun'da var olan ihbar süreleri kalktığı için artık eksik ifa-ayıplı ifa tartışmaları da azalmıştır. Eksik ifa esasen bir kısmi temerrüt teşkil etmekte, temerrüt hali de TKHK ile ayıplı ifa olarak nitelendirildiğine göre, tüketicinin talep hakları bakımından bu ayırımın öneminin azaldığını kabul etmek gerekir⁶⁵⁸. Tüketici böyle bir durumda dilerse ayıp hükümlerine, dilerse genel hükümlere (TBK md. 125) göre hakkını kullanabilecektir. Tüketici genel hükümlere dayanırsa, sözleşmeye aykırılıkta geçerli genel süre olan on yıllık zamanaşımı süresine (TBK md. 146), ayıplı ifa hükümlerine dayanır ise iki yıllık süreye tabi olacaktır⁶⁵⁹.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile satılan konutlara ilişkin uygulamada en sık rastlanan davalar eksik ya da ayıplı ifadan kaynaklanmaktadır. Satıcı ile tüketici

⁶⁵⁶ Her ne kadar ortak yerlerdeki metrekare eksikliklerinin artık eksik ifa olarak kabul edilmesi görüşü ağırlıklı olarak savunulmakta ise de, ortak yerlerdeki eksikliklerin ayıplı ifa sayılması görüşünde, Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 147; Öz, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, s. 543-546. Nicelik eksikliği veya fazlalığı niteliği de etkiliyorsa ayıplı ifanın var olduğu görüşünde, Aydoğdu, Ders, s. 134 vd. Tüketicinin satın aldığı taşınmaz, mimari projede veya maketlerde görünenlerden farklı bir sonuç ile teslim edilir ve projede mevcut unsurların bulunmadığı anlaşılırsa, ayıplı ifa değil, eksik ifa söz konusudur, İlgili Yargıtay kararları ve görüş için bkz. İnal, Şerh, s. 637 vd.

⁶⁵⁷ Yargıtay 13 HD 13.01.2014 T., 2013/24983 E., 2014/248 K., 13 HD 18.10.2011 T., 2011/7045 E. 2011/14642 K., 13 HD 28.12.2011 T., 2011 3341 E., 2011/20960 K. 13 HD 23.06.2011 T., 2011/2756 E., 2011/9888 K. Kara, s. 740 vd. Yargıtay 13. HD 9.6.2016 T., 2015/19821 E., 2016/14747 K. 13 HD 10.6.2010 T., 2010/5279 E., 2010/8356 K. Yargıtay HGK 25.2.2015 T., 2014/13-591 E., 2015/875 K. 13. HD 10.6.2010 T., 2010/2619 E., 2010/8344 K. Yargıtay HGK 24.12.2014 T., 2013/13-1172 E., 2014/1081 K. www.kazancı.com (04.04.2016).

⁶⁵⁸ Aliud ifa durumunda (TKHK md. 83 gereği) TBK md. 112 vd. hükümlerinin uygulanması görüşünde, İnceoğlu, s. 164; Cumalıoğlu, s. 23. Öz'e göre, artık böyle bir ayırım yapılmasına ihtiyaç yoktur. Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 147, dn. 16.

⁶⁵⁹ İnceoğlu, s. 164; Aydoğdu, Şerh, s. 207. Yargıtay HGK 23.11.2011 T., 2011/13-350 E., 2011/700 K. İnal, Şerh, s. 635.

arasında çıkan sorunların çoğu sözleşmede kararlaştırıldıktan daha küçük bir konutun teslim edilmesi veya ortak alanlarda vaad edilenlerin gereği gibi bulunmaması kaynaklıdır. Örneğin, taraflar sözleşmede 100 m² için anlaşmalarına rağmen tüketiciye 90 m² konut teslim edilmişse, Yargıtay yukarıda belirtilen muayene ve ihbar külfetine ilişkin tüketiciyi koruma adına bu durumda da eksik ifanın var olduğu görüşündedir⁶⁶⁰. Ancak bir görüşe göre, verilen örnekte TBK md. 219’da ifade edilen “niteliği etkileyen niceliğe aykırılık” söz konusudur ve bu durumun bir ayıp teşkil ettiğine dair tereddüt edilmemelidir⁶⁶¹.

Bir malın teslimi ile birlikte miktar fazlalığı niteliği etkilemiyor ve tüketicinin kullanması bakımından herhangi bir sorun doğurmuyorsa edim yerini tutan ifa kapsamında kabul söz konusu olabilir. Ancak bu gibi durumlarda satıcının bu fazlalıktan haberi yoksa, haberi olsaydı fazlalığı teslim etmeyecek idiyse fazla ifanın iadesi gerekir. Şu halde sözleşmeye aykırı fazla ifadan kastedilen genelde nitelik ayıbına yol açan fazlalıklardır⁶⁶².

Aliud ifa, borçlunun borçlanılan edimden başka bir şey teslim etmiş olması, diğer bir ifadeyle, satılan şeyin içinde olduğu cins ve kategoriden başka cins ve kategoride mal teslimi demektir⁶⁶³. Teslim edilen malın, ayıplı ifa mı yoksa aliud ifa mı sayılacağına ilişkin tespitin ticari işlerde kabul gören yaygın görüşlere göre yapılması gerekmektedir. Satıldaki eksiklikler cari sayılan durumlara göre, o malın değerini veya öngörülen faydasını, başka çeşitten ve cinsten bir mal olduğunu sanacak derecede azaltıyor ise, teslim edilen bu malın kararlaştırılan maldan farklı olduğu kabul edilecektir. Türk-İsviçre, Fransız, İtalyan, hukuklarındaki hakim olan görüşe göre, kararlaştırılan şeyden

⁶⁶⁰ Yargıtay HGK 09.12.1992 T., 1992/649 E., 1992/732 K., 15. HD 17.06.2008 T., 2008/1942 E., 2008/4021 K., 13.HD 16.6.2016 T., 2015/22960 E., 2016/15328 K. www.kazancı.com (04.04.2016). Ayrıca bkz. Erman, Arsa Payı, s. 199, dn. 28. Yargıtay 15 HD 01.04.2008 T., 2007/136 E., 2008/2056 K. numaralı ilamın tahlili hakkında bkz. Gönen, s. 347 vd.

⁶⁶¹ Inceoğlu, s. 165; Aksi görüşte, Kara, s. 744. Bir inşaatta mutfak dolaplarının takılmamış, fayansların döşenmemiş veya sözleşmeye göre konulması gereken iki asansörden biri konulmamışsa burada eksik iş söz konusudur. Diğer taraftan, birinci sınıf olması gereken doğrama ya da fayansların daha düşük kalitede olması gibi durumlar ise ayıplı ifa olarak kabul edilmelidir.

⁶⁶² Aydoğdu, Ders, s. 135.

⁶⁶³ Edis, s. 11; Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 81.

başka bir şeyin teslim edilmiş olması bir ayıplı mal teslimi değildir; bir âdemi ifa halidir ve genel temerrüt hükümlerinin uygulanması gerekmektedir⁶⁶⁴.

Bir görüşe göre, TKHK md. 8, 1999/44 sayılı Yönerge ve CISG sistemini benimsediğinden bugün için tüketici sözleşmelerinde aliud ifayı ayıplı ifa gibi değerlendirmek, yarışmalı olarak ayıplı ifa veya hiç ifa etmemeye ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul etmek gerekir. Zira, aliud ifa olup olmadığı konusunda şüphe duyan tüketicinin tercihine değer vermek ve bu ayrımı yapmasının güç olduğunun göz önünde tutulması yerinde olacaktır. Böylece tüketici eski sistemde hangi hükümlere göre başvuru yapacağını bilemez iken, artık bu kargaşanın dışında (hakların yarışması ile) ayıplı ifa hükümleri veya sözleşmeye aykırılık hükümlerinden (TBK md. 112 vd) birisine başvurabilecektir⁶⁶⁵.

C. Ayıbı Bildirim Süresinin Kalkması

eTKHK md. 4/2’de düzenlenen tüketicinin ayıbı otuz gün içerisinde bildirme ve gözden geçirme (muayene) yükümlülüğüne 6502 sayılı TKHK’da yer verilmemiştir. TKHK md. 10/1, malın tesliminden itibaren altı ay içerisinde ortaya çıkan ayıpların teslim anında var olduğu bir karine olarak kabul etmekte ve bu suretle tüketici lehine ispat kolaylığı getirmektedir⁶⁶⁶. Malın tesliminden itibaren altı ay içerisinde ayıplı olmadığının ispatı ise satıcıya yüklenmiş bulunmaktadır. Bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz. İlgili düzenlemede belirtilen altı aylık süre, ayıbın bildirilme süresi değil, ayıbın ortaya çıkma süresidir.

⁶⁶⁴ Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 81; Edis, s. 12. Eğer tüketici, aliud ifayı bilerek kabul etmişse, bu durumda ifa yerini tutan edim söz konusu olacak ve teslim edilen malın ayıplı çıkması durumunda da ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Zevkliler/Aydoğdu, s. 106-107 vd.

⁶⁶⁵ Aydoğdu, Şerh, s. 210 vd. Aliud ifa halinde TBK md. 112 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşünde, Cumalıoğlu, s. 23.

⁶⁶⁶ TKHK Madde 10/1: Teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir. Bu durumda malın ayıplı olmadığının ispatı satıcıya aittir. Bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz. Muayene ve ihbar teknik anlamda bir “yükümlülük” değildir. TKHK md. 10 gerekçesinde ihbar yükümlüğünden bahsedilmesi ise doğru bulunmamaktadır. Zira, ihbar külfetinin yerine getirilmemesi halinde herhangi bir tazminat (TBK md. 112 vd.) söz konusu olmaz; sadece seçimlik hakların kaybedilmesi sonucu doğar. Bu durumda aslında bir “külfet” durumu söz konusudur. Nitekim borç ile külfet kavramları arasındaki fark şöyle ifade edilmektedir: “borca aykırı davranan başkasına, külfete aykırı davranan kendine zarar verir”. Bkz. Aydoğdu Şerh, s. 233, dn. 777. Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Aydoğdu, Şerh, s. 232 vd.

İlgili hüküm göz önüne alındığında, ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olan konuttaki ayıp, teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkmışsa, bu malın tüketiciye ayıplı verildiği bir karine olarak kabul edilecektir. Satıcı sorumluluktan kurtulmak için var olan ayıbın, konut tüketiciye teslim edildikten sonra doğmuş olduğunu ispatlamak zorundadır. Altı aylık süre, ayıbı bildirim süresi olmadığından, tüketici ayıbın altı aydan önce ortaya çıktığını, hükümde belirtilen altı aylık süreden sonra da satıcıya bildirerek satıcıyı sorumlu tutabilir. Ancak, bu durumda ispat yükü tüketicinin üzerindedir. Yani tüketici, ayıbın teslimden itibaren altı aylık süre içerisinde çıktığını ispatla yükümlüdür⁶⁶⁷.

II. Satıcının Ayıplı Maldan Sorumlu Tutulmasının Maddi Şartları

Satılarda ortaya çıkan ayıp nedeniyle satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi için, TKHK’da zikredilen bir takım maddi şartların gerçekleşmesi aranır. TBK açısından ise, maddi şartların yanında şekli şartların da gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Maddi şartlar, malın bildirilen veya lüzumlu vasıflarında eksiklik bulunması sebebiyle ortaya çıkan ayıplarda söz konusu olmaktadır. Şekli şartlar ise, alıcının gözden geçirme (muayene) ve ayıbı bildirim sürelerine uyması koşuluyla gerçekleşmiş olmaktadır (TBK md. 223). Ayıba karşı sorumluluğun maddi şartları ile şekli şartları incelendiğinde bu şartların (mülga) 4077 sayılı eTKHK ve (mülga) 818 sayılı eBK ve yürürlükte olan 6098 sayılı TBK ile birbirine paralel biçimde düzenleme yapıldığı görülecektir. Bununla birlikte, 6502 sayılı TKHK md. 10’da, satıcının ayıba karşı tekeffül borcunun şekli şartlarından olan, gözden geçirme ve bildirim külfetine yer verilmediği unutulmamalıdır⁶⁶⁸. İlgili düzenleme, tüketici lehine ilk altı ay için ayıp karinesini kabul etmiş ve yukarıda da ifade edildiği üzere tüketici lehine bir ispat kolaylığı sağlanmıştır.

⁶⁶⁷ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 149; İnceoğlu, s. 174 vd. Tüketicinin ayıbı tespit ettiğinde uygun bir süre içinde ihbar etmesi yükümlülüğünün var olduğunun TBK md. 223 kıyasen kabul edilmesi gerektiği görüşünde, Cumalıoğlu, s. 27. Karş. Kara, s. 745.

⁶⁶⁸ Öğretide ağırlıklı olarak ayıba karşı tekeffül borcunun fer’i nitelikte, kusursuz sorumluluk kapsamında ve kanundan doğan bir borç olduğu ifade edilmektedir. Ayıba karşı tekeffül borcunun hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler için bkz. Yavuz, Cevdet, Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukuki Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 526 vd; Edis, s. 21-22 vd; Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 80; Baskın, s. 46 vd; Aral/Ayrancı, s. 103, 113; Ayıba karşı tekeffül borcunun akdi bir borç niteliğinde olduğu hususunda bkz. Serozan, Rona, Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme

A. Satılanın Ayıplı Olması

1. Bildirilen Niteliklerin Yokluğu

TBK md. 219/1'e göre, satıcının ayıplı maldan dolayı sorumlu olabilmesi için, satılanın satıcının herhangi bir surette tek taraflı olarak söz verdiği veya bildirdiği niteliklere sahip olmaması gerekir. Satıcının ayıptan sorumluluğu kapsamında, nitelik eksikliği veya ayıbın satılan malın değerini veya faydalanılabilir oluşunu engellemesi ya da önemli ölçüde azaltması şart değildir. Satılan malın satıcının bildirdiği vasıfların kapsamına giren özelliklerden herhangi birinden yoksun olması satıcının ayıptan sorumlu olabilmesi için yeterli olmaktadır. Ancak, bu eksikliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmamalıdır⁶⁶⁹.

TKHK md. 8'e göre "*Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıyamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır. 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 mallar da ayıplı olarak kabul edilir*"⁶⁷⁰. Satıcının ayıplı maldan dolayı sorumlu tutulabilmesi için satılan malın teslimi anında satıcı tarafından tüketiciye bildirilen niteliklerin taraflarca kararlaştırılmış olan "örnek ya da modele uygun olmaması" gerekmektedir. Zikir ve vaat edilen vasıfların yokluğu nedeniyle, satıcının sorumlu tutulabilmesi için, alıcının

Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi, Yasa Hukuk, İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C. XV, Sayı. 173/4, Mayıs 1996, s. 590. Aynı yönde, Cumalıoğlu, s. 23. "Ayıplı mal, sözleşmeye aykırı maldır" ifadesiyle ayıba karşı tekeffül borcunun kanuna mı, sözleşmeye mi dayandığı konusundaki tartışmaların sonlandığı görüşünde, Atamer/Baş, s. 22. Ayrıca bkz. Çetiner, Bilgehan, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmeleri Kapsamında İnşa Edilen Bağımsız Bölümlerin Ayıplı Olmasından Doğan Sorumluluğun Koşulları, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, (Der: İnal, Emrehan), İstanbul 2015, s. 97 vd.

⁶⁶⁹ Aral/Ayrancı, s. 108; Aydoğdu, Ders, s. 143 vd.

⁶⁷⁰ İlgili hükümde, teknik düzenlemelerinde belirtilen niteliklere aykırı mallar da ayıplı olarak kabul edilmektedir. Bir malın tabi olacağı teknik kurallar veya koşullar, 4703 sayılı Kanun'a göre tespit edilir.

malı satın almasında bu niteliklerin etkili olması aranır. Ciddi olmayan ifadeler ise, zikir ve vaat olarak kabul edilmez⁶⁷¹.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi bakımından “örnek ya da modele uygun olmama” durumu maket üzerinden ve örnek daireyi görmek suretiyle yapılan satışlarda söz konusu olmaktadır⁶⁷². Sözleşmenin konusunu oluşturan konutun teslimi ile birlikte, uygulamada rastlanan en sık sorun, bağımsız bölüm ve ortak alanlarda yüzölçümünün eksik çıkmasıdır. Bağımsız bölümün metrekare ölçüleri genellikle satıcı tarafından sözleşmeye eklenen bir plan üzerinde yazılı olmaktadır. Ancak, sözleşmeye eklenen konuta ait metrekare bilgisi genellikle brüt olarak hesaplanmakta ve tüketicinin sahip olacağı net miktar sözleşme veya eklerinde gösterilmemektedir. Brüt ölçüler, bağımsız bölümün balkon, teras, koridor veya ortak alan içindeki hisselerine düşen kısımlarda dahil olmak üzere belirlendiği için sözleşmelerde fazla gösterilmekte, projede teslimlerin yapılmasına müteakip, konutun metrekare olarak eksikliğini tespit eden tüketici tazminat davası açmaktadır⁶⁷³.

TKHK md. 9/2, satıcının hangi durumlarda reklam içeriklerinden sorumlu olmadığını düzenlemektedir. Reklam, bir mal veya hizmetin tüketicilere tanıtılması, satış ve kiralama yolu ile sürümlerinin arttırılması yöntemlerinden biridir⁶⁷⁴. Reklamlar, tüketicinin mal ve hizmetler hakkında bilgi sahibi olmasını sağladığı gibi, serbest rekabetin gelişmesini de sağlar⁶⁷⁵. TKHK md. 9/2’ye göre, “*satıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin satış sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu veya satış sözleşmesi kurulma kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı*

⁶⁷¹ Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 82; Atamer/Baş, s. 19 vd; Şenocak, s. 31 vd.

⁶⁷² Ayrıca bkz. TBK md. 247: Örnek üzerine satış, tarafların sözleşmenin konusu olan malın alıcıya veya üçüncü bir kişiye bırakılan bir örneğe ya da tespit ettikleri bir mala uygun olması üzerinde anlaşmalarıyla yapılan satıştır.

⁶⁷³ Kaya, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu, s. 564.

⁶⁷⁴ Akipek Öcal, Şebnem, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ticari Reklamlar, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (Edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2014 (3. Tüketici Hukuku Sempozyumu), s. 483-484.

⁶⁷⁵ İnal, Emrehan, Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Reklamların İdari Denetimi, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Der: İnceoğlu, Murat), İstanbul 2015, s. 125.

takdirde açıklamanın içeriği ile bağlı olmaz". İlgili düzenleme sadece satıcıya kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanımış olup, üretici veya ithalatçının sorumluluğu hakkında uygulanmaz⁶⁷⁶.

Ancak, TKHK md. 8/2 dikkate alındığında, satıcının kendisi ile birlikte malın üreticisi ya da ithalatçısı tarafından yapılan reklam açıklamalarından dolayı bildirilen ayıp kapsamında sorumludur. Reklamlarda zikir ve vaat edilenler ciddi olmalı, alıcıyı sözleşme yapmaya yöneltmiş olmalıdır. Reklam veya ilan yoluyla yapılan açıklamalara aykırı mal teslim edilmesi halinde bir ayıbın varlığının kabul edilmesinin nedeni, bu açıklamalarda yer alan taahhütlerin taraflarca bilindiği ve dolayısıyla bunların sözleşme içeriği olduğu, başka bir deyişle, bu açıklamaların bildirilen (zikredilen) nitelikler kapsamına girmesidir. Bu nedenle, satıcı kendisi tarafından hazırlanan ve kamuya açıklanan reklam nedeniyle sorumlu olmadığını ileri süremez⁶⁷⁷.

2. Bulunması Gereken Niteliklerde Eksiklik

Bir malda bulunması gereken niteliklerde eksiklik ya da başka bir söyleyişle, lüzumlu vasıfların eksikliği, malın satın alınma amacına uygun olarak kullanılabilmesini sağlayan özelliklerdir. TKHK md. 8/1'e göre, satıcının ayıplı maldan dolayı sorumlu olabilmesi için satılanın teslimi anında ortada satıcı tarafından yapılmış bir nitelik bildirim olmasa bile, satılanın objektif olarak kendisinden beklenen niteliklere sahip olması gerekmektedir⁶⁷⁸. Diğer bir ifadeyle, satılarda var olduğu kabul edilen, tahsis amacı gereği bulunması gereken ve tüketicinin maldan yararlanmasını sağlayacak ve malı satın almasında etkili olan vasıfların söz konusu malda bulunması gerekmektedir. Satıcı satılarda doğal olarak bulunması gerektiği halde bulunmayan veya bulunmadığı zaman tüketicinin ondan beklediği yararları azaltan ya da ortadan kaldıran bu ayıplar bakımından nitelik bildiriminde bulunmasa ya da bu niteliklerin eksikliğini bilmesa bile

⁶⁷⁶ Gümüş, s. 94.

⁶⁷⁷ Aydoğdu, Şerh, s. 236 vd; Özel, s. 94; Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 82; İnceoğlu, s. 159 vd; Gümüş, s. 94. Reklamların idari denetimi konusunda yetersizlikler ve getirilen eleştiriler konusunda daha geniş bilgi için bkz. İnal, Reklam, s. 123 vd. Aldatıcı reklam kavramı ve aldatıcı reklamlara karşı mücadele yöntemleri hakkında bkz. Akipek Öcal, Reklam, s. 484 vd; Karakocalı/Kurşun, s. 205 vd.

⁶⁷⁸ Karakocalı/Kurşun, s. 53.

bunların varlığından sorumlu olur (TBK md. 219/2)⁶⁷⁹. TBK md. 244’de ise, taşınmaz senedinde veya tapu kütüğünde yazılı kayıtlara uygun çıkmayan taşınmazlardaki nicelik ayıpları satıcıya yüklenmiştir.

Ön ödemeli konut satışı bakımından, sözleşme yapılırken satıcının teknik şartnameyi de sözleşmeye eklediğine rastlanmakla birlikte, tüketici, geçmiş olduğu örnek daire ve broşürlere bakmayı yeterli görmekte ve çoğu zaman teknik şartnamedeki hususlara dikkat etmemektedir. Teknik şartname, yapılacak binanın hangi malzemeler kullanılarak yapılacağını içeren bir belge olup, kullanılacak beton kalitesi, demirin özelliği, seramiklerin özelliği, kapı, pencere, parke, vitrifiye vb. ürünlerin cins ve markalarının tek tek yazılması gereken bir belgedir. Ancak uygulamada, bu belgelere genellikle “birinci kalite ürün” kullanılacağına yazıldığına rastlanılmaktadır. Taşınmazı teslim alan tüketici taşınmazda kullanılan malzemelerin kendisine vaat edilen nitelikte sözleşmeye uygun olmadığını tespit ettiği takdirde, satıcının sorumluluğuna gidebilecektir⁶⁸⁰.

B. Ayıbın Önemli Olup Olmaması

TBK md. 219’a göre, ayıp eşyanın değerini veya faydalarını önemli ölçüde azaltıyorsa satıcı bu durumdan sorumludur. Diğer bir ifadeyle, satıcının malın vasıflarında bir eksiklikten sorumlu tutulabilmesi için ayıbın önemli olması gerekir. Zira, önemsiz ayıplar bakımından satıcının sorumluluğuna başvurma imkanı çok sınırlıdır ve eğer önemsiz ayıplar için satıcıya başvurulacaksa tüketicinin bu talebi (dürüstlük kuralı gereği) satıcıyı zora sokmamalıdır⁶⁸¹. Tüketici, malda var olan ayıbı bilseydi mevcut

⁶⁷⁹ Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 83; Edis, s. 57. TKHK md. 8/2: “...Tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren malları da ayıplı olarak kabul edilir” “Makul olarak beklenen faydalar” ifadesi ile kastedilen beklenti, somut olaydaki ortalama bir tüketicinin ortalama beklentisidir. Tüketicinin makul beklentisi, bir malın satın alınma amacına uygun olarak kullanılabilmesini sağlayan özelliklerdir. Tüketici tarafından makul olarak beklenen faydalar, malın satıldığı çevrede egemen olan görüşlere, halin icaplarına, sözleşmenin özel şartlarına, malın fiyatına, benzer şartlar altında ne gibi nitelikler aranacağına, şeyin alışılmış olarak hangi işlerde kullanıldığına bakılarak saptanacaktır. Bkz. Atamer/Baş, s. 25. Satılan malın objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımadığı durumlarda, tüketicinin maldan makul olarak beklediği faydaları elde edemeyeceği bir “varsayım” olarak kabul edilmiştir. Bkz. Gümüş, s. 88.

⁶⁸⁰ Kaya, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu, s. 563-564; Özel, s. 95.

⁶⁸¹ Aydoğdu, Ders, s. 144.

şartlar ile sözleşme yapmayacak idi ise, burada önemli ayıbın varlığından bahsedilir. TKHK md. 8 ve 13’de ayıbın önemli olup olmaması konusunda bir düzenleme yoktur. Ancak, bir malın değerini veya kullanımından umulan faydaları azaltan her türlü eksiklik, ayıp kapsamı içine alınmıştır. Böylece, TBK’nın ayıp kavramının kapsamı tüketici lehine genişletilmiştir⁶⁸².

C. Hasarın Geçiş Anında Ayıbın Var Olması Gerekliliği

Bir maldaki ayıp genellikle satış sözleşmesi kurulmadan önce “fabrikasyon veya imalat hataları” şeklinde ortaya çıkmaktadır. İmalat ve fabrikasyon ayıpları ürünün tasarımında ortaya çıkmışsa “tasarım ayıbı”, üretim aşamasında ortaya çıkmışsa “üretim (konstrüksiyon) ayıbı”, üretimdeki denetim aşamasında çıkmışsa “denetim ayıbı” olarak adlandırılmaktadır. TKHK ise imalat ayıplarıyla birlikte, malın tüketiciye ulaşıncaya kadar taşınması veya muhafazası sırasındaki ayıpları da tüketici lehine olacak şekilde satıcıya yüklemiştir⁶⁸³.

TBK md. 208, “*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*” şeklindedir. İlgili düzenlemeye göre, maldaki ayıbın taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anında mevcut olması gerekir⁶⁸⁴. TKHK md. 8/1, “*Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan mal*” şeklinde düzenlenmiştir⁶⁸⁵. Satılan maldaki ayıp nedeniyle

⁶⁸² Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 84; Aydoğdu, Şerh, s. 222 vd; Atamer/Baş, s. 26. TBK md. 219’da alıcının maldan beklediği faydaları “ortadan kaldıran” veya “önemli ölçüde azaltan” kriterlere yer verilmiştir. Önemsiz ayıplar nedeniyle satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna başvurma olanağı sınırlıdır. Tüketici seçimlik haklarını kullanacak ise, en azından dürüstlük kuralı gereği bu haklardan, tazminat, bedelden indirim veya onarım haklarından biri tercih edilmeli, satıcının zor duruma düşmesi engellenmelidir. Ayrıca bkz. Yargıtay 13. HD 2.5.2016 T., 2015/33271 E., 2016/11935 K., Yargıtay 15. HD 5.6.2012 T., 2011/1544 E., 2012/4189 K. www.kazancı.com (28.07.2016).

⁶⁸³ Aydoğdu, Şerh, s. 226; Edis, s. 63 vd.

⁶⁸⁴ İnceoğlu, s. 168.

⁶⁸⁵ Maddede sözü edilen “zilyetliğin devri” ifadesini “fiili teslim” olarak anlamak daha doğru olacaktır. Bkz. Aydoğdu, Şerh, s. 225. Tüketici işlemi niteliğindeki satışlarda zilyetlik devredilmiş olsa bile, fiili teslim gerçekleşmedikçe ortaya çıkacak ayıplardan satıcının sorumlu olacağı görüşünde, Cumalıoğlu, s. 24. Ayıbın satılanın teslim anında var olması gerektiği görüşünde, Aydoğdu, Şerh, s. 227. Karş.

satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğabilmesi için, ayıbın satılarda olması gerektiği an, TKHK md. 8'e göre malın "teslim anı", TBK md. 208'e göre ise, "satılanın alıcıya devredildiği" an olarak düzenlenmiştir.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin kat irtifakının devri suretiyle yapıldığı ihtimalde, doğal olarak tüketici, konutun mülkiyetini baştan devralmakta ancak konut ileri bir tarihte teslim edilmektedir. Tüketici kat irtifakının devrinden sonraki bir tarihte konutu teslim alacağına göre, bu durumda hasar ve yarar (TBK m. 245 gereği) konutun teslim edilmesiyle geçecektir.

D.Tüketicinin Ayıbın Varlığını Bilmeden Hareket Etmesi

Ayıplı bir malın tüketici tarafından bilinçli (bilerek) bir şekilde satın alınması halinde satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumlu olamayacağı TKHK md. 10/2'de düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, "*Tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği hâllerde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz*". Madde metni incelendiğinde, tüketicinin sadece bildiği ayıplar için değil, ayıbı bilmesi gerektiği durumlar için de satıcının sorumlu olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Tüketicinin sözleşmenin kurulduğu anda ayıbı bildiği veyahut ayıptan haberdar olduğunu ispat etmek satıcıya aittir.

Tüketicinin satılan malda yapılacak basit bir incelemeyle ortaya çıkabilecek açık (aşıkâr) ayıplar hususunda bu maddenin uygulanması söz konusudur. Böyle bir durumda, makul düzeyde ve ortalama bir tüketicinin bilgisi esas alınmalıdır. Tüketicinin haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklenebileceği ayıbın dışında bir ayıp ortaya çıkar ise satıcının ayıba karşı tekeffül borcu devam eder (TKHK md. 10 c. son).

TKHK md. 10/3 ise, "*Satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, üretici, ithalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgiyi içeren bir etiket konulur. Bu etiketin tüketiciye verilmesi veya ayıba ilişkin açıklayıcı bilginin tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi*

üzerinde açıkça gösterilmesi zorunludur. Teknik düzenlemesine uygun olmayan ürünler ise hiçbir şekilde piyasaya arz edilemez” şeklindedir. Kanun koyucu, ilgili madde de satıcının sözlü beyanını yeterli bulmamış, tüketicinin ayıplı mal hakkında bilgi sahibi olabilmesi için açıklayıcı etiket zorunluluğu getirmiştir⁶⁸⁶. Ancak, ilgili hüküm incelendiğinde, bu düzenlemenin taşınır mallar bakımından söz konusu olduğu anlaşılacaktır. Zira, bir konutun çürük veya defolu olarak satılması hukuken imkansızdır. Bu nedenle, ilgili hüküm, taşınmazlar açısından bir anlam ifade etmemektedir.

Bununla birlikte, ayıplı bir konut tüketici tarafından bilindiği halde satın alınmışa, tüketicinin ayıp hükümlerinden yararlanması mümkün görünmemektedir. Örneğin, ön ödemeli konut satış sözleşmesine konu olan konutun içinde bulunduğu parselde geçit hakkı kurulmuş ve tüketici sözleşmenin kurulmasından ya da teslim edilmesinden önce bu durumu biliyorsa veya tüketici bu konuda bilgilendirilmiş ise konutun ayıplı olduğu iddiasına dayanamayacaktır. Bununla birlikte, tüketicinin basit bir incelemeyle tapu kayıtlarından bu irtifakı görebilmesi mümkün iken, bundan haberdar olmadığını iddia etmesi, hem TBK md. 222 hem de TMK md. 2 hükümleri gereği inandırıcı olmayacaktır.

E. Satıcının Ayıptan Haberdar Olmasının Gerekmemesi

TBK md. 219/2 düzenlemesi “*Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur*” şeklindedir. TKHK’da satıcının ayıbın varlığını bilip bilmemesi hususunda herhangi bir düzenleme yer almadığından genel düzenlemelere yapılacak atıf gereği (TKHK md. 83), TBK md. 219/2 kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre, satıcı ayıbın varlığından haberdar olmasa dahi, tüketiciye ayıptan dolayı sorumlu olmaya devam eder ve hatta kusursuzluğunu ispatlayarak bile sorumluluktan kurtulamaz⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ İnceoğlu, s. 172; Cumalıoğlu, s. 26; Kahveci, Nalan, Kahveci Şerhi, Milli Şerh, (Edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), İstanbul 2016, s. 249 vd.

⁶⁸⁷ Zevkliler/Aydoğdu, s. 117; Kahveci, s. 252.

F. Satıcının Sorumluluğunu Kaldıran veya Kısıtlayan Kayıtlar

TBK md. 221 ve 225'e göre, satıcı satılan maldaki ayıbı ağır kusur (hile) ile gizlemediği sürece tüketici ile yaptığı sözleşmede sorumluluğu kaldırır veya sınırlayan hükümler geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, satıcıyı ayıba karşı tekeffül borcundan sorumlu tutabilmek için taraflar sorumsuzluk anlaşması yapmamış olmalıdır⁶⁸⁸. Satıcının sorumluluğunu kaldırır veya sınırlayan hükümler Borçlar Kanunu uygulaması için geçerli olsa da, tüketici işlemi niteliği taşıyan tüketici sözleşmeleri açısından bu gibi koşul ya da sözleşme hükümleri geçersizdir. Zira, TKHK'da bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim, Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik md. 8, "*Sözleşme metninde veya müstakil herhangi bir belgede tüketicinin bu Yönetmelikte yer alan, haklarını kullanmaktan feragat ettiğine dair veya imalatçının/üreticinin bu Yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüklerini sınırlayan veya ortadan kaldıran kayıtlar geçersizdir*" şeklindedir. Bu nedenle, tüketici sözleşmeleri söz konusu olduğunda, satıcının ayıptan dolayı sorumluluğunu bertaraf eden tüm hükümler geçersiz sayılmalıdır⁶⁸⁹. Eğer sözleşmede satıcının sorumluluğunu kaldırır bir kayıt varsa tüketici kısmi hükümsüzlükten (TBK md. 27/2) yararlanarak sorumsuzluk kaydı dışında sözleşmenin ayakta kalmasını sağlayabilir⁶⁹⁰.

III. Tüketicinin Sahip Olduğu Seçimlik Haklar

TKHK md. 11/1'e göre, "*Satılan bir malın ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda tüketici, satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme, satılanı alıkoymayı ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme, aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme ve imkan varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme seçimlik haklarından birini kullanabilir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine*

⁶⁸⁸ Edis, s. 21.

⁶⁸⁹ Aslan'a göre, tüketici ayıp konusunda uyarılmış ve sonuçları bakımından bilgilendirilmişse, sözleşmede bulunan sorumsuzluk hükümlerinin geçerli olacağı kabul edilmelidir. TKHK'da satıcının sorumluluğunu sınırlayan veya kaldırır bir anlaşma konusunda hüküm yer almadığından (boşluk bulunduğundan) bu boşluk, TBK hükümleri ile doldurulmalıdır. Bkz. Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 80, 89. Aksi görüşte, Aydoğdu, Ders, s. 160 vd; Karakocalı/Kurşun, s. 58.

⁶⁹⁰ Cumalıoğlu, s. 25; İnceoğlu, s. 173.

getirmekle yükümlüdür". İlgili hüküm incelendiğinde tüketicinin hükümde belirtilen seçimlik haklarını kullanmasının satıcının kusuruna bağlı olmadığı görülecektir. Tüketici bu haklarından birini kullanmakta serbesttir⁶⁹¹.

TKHK md. 11/2, *"Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli⁶⁹² ile değiştirilmesi hakları üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir. Bu fıkradaki hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur. Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz"* şeklindedir. eTKHK md. 4/3'de tüketici, seçimlik haklarını herhangi bir ayırım yapmaksızın satıcıyla beraber, imalatçı-üretici, bayi, acente ve ithalatçıya karşı da müteselsilen ileri sürebilmekteydi. TKHK md. 11/2'de ise, tüketici sadece onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme haklarını belirtilen kişilere karşı öne sürebilmektedir. Konut satışı bakımından bayi ve ithalatçı söz konusu olmamakla birlikte, konutu satan ile inşaatı imal eden (üretici-müteahhit) farklı kişiler ise, bu durumda her ikisi de müteselsilen sorumlu olacaktır.

TKHK md. 11/3'e göre, *"Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanabilir. Orantısızlığın tayininde malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurma tüketicisi açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır"*. Tüketici, onarım talebini ve ayıpsız misliyle değiştirme talebini ancak bu talepler "aşırı masraf gerektirmediği" ve "orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olmaması" kaydıyla ileri sürebilecektir. Örneğin, tüketiciye teslim edilen konutta sökülüp yenilenmesi çok güç olan, duvar ve döşemelerin kırılmasını gerektiren bir tesisatın kalite düşüklüğü, tüketiciye onarım veya yenisiyle değiştirme hakkı

⁶⁹¹ Seçimlik haklar konusunda geniş bilgi ve mahiyeti hakkında bkz. Şenocak, 30 vd; Aydoğdu, Şerh, s. 255 vd; Bkz. Gümüş, s. 109 vd; Kara, s. 755 vd; Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, s. 101 vd; Özel, s. 113 vd; İnceoğlu, s. 177 vd.

⁶⁹² Konut misli eşya olmadığından, değiştirilmesi de mümkün görünmemektedir. Nitekim, bir binadaki dairenin cephe, kat ve konumu (şerefiye) diğerleriyle aynı olmamaktadır. Kaldı ki, konutlar açısından misli ile değişime karar vermek, yeni davaların türemesine sebep olacaktır. Bkz. Duman, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu, s. 203. Aynı yönde, Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 150.

vermeyecektir. Ancak böyle bir durumda, tüketicinin sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarını kullanmasında bir sınırlama söz konusu değildir⁶⁹³.

TKHK md. 11/4 “*Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi durumunda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltmesinden itibaren azami otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur. Ancak, bu Kanununun 58 inci maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin, tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içinde yerine getirilir. Aksi hâlde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir*”.

TKHK md. 11/5 gereği, tüketici sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden yapılan indirim tutarı derhal tüketiciye iade edilir. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanır. Maddenin lafzından, tüketicinin seçimlik haklarından birini kullanmadan sadece tazminat talep edemeyeceği anlaşılrsa da⁶⁹⁴ tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte TBK hükümleri uyarınca tazminat talep edebilir (TKHK md. 11/6). İlgili maddede belirtilen tazminat talebi, satıcının kusuruna bağlı olmayan seçimlik haklarından farklı olarak, onun TBK md. 112 uyarınca kusursuzluğunu ispat edememesi halinde sonuç doğuracaktır.

§ 16. TÜKETİCİDEN PEŞİN ÖDEME VE TÜKETİCİYİ BORÇ ALTINA SOKAN BELGE ALMA YASAĞI

I. Tüketiciden Peşin Ödeme Alma Yasağı

Satıcı, TKHK md. 41/2 gereği, geçerli bir sözleşme yapılmış olmadıkça tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasını veya tüketiciyi borç altına sokan herhangi

⁶⁹³ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 149. Yazara göre, konut satışlarında önemsiz ayıplardan dolayı sözleşmeden dönme hakkının kullanılması dürüstlük kuralı yardımıyla (hakkın kötüye kullanılması sayılarak) engellenebilir.

⁶⁹⁴ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 152.

bir belge vermesini isteyemez. Bu hüküm, bağlanma parası (TBK md. 177), cayma bedeli (TBK md. 178) veya evrak masrafı gibi her ne isim altında olursa olsun tüm ödeme ve tahsilatları kapsar.

Tüketici, bağlanma parası (kapora) veya cayma bedeli gibi, henüz geçerli bir sözleşme yapılmadan satıcıya herhangi bir ödemede bulunmuşsa, sebepsiz zenginleşme (TBK md. 77) hükümlerine dayanmak suretiyle yapmış olduğu ödemeleri geri isteyebilecektir. Zira, yapılan bu tür ödemeler geçersizdir⁶⁹⁵. Sözleşme yapılmadan tüketiciden ödeme kabul eden satıcı hakkında TKHK md. 77/3 gereği, idari para cezası uygulanacaktır.

II. Tüketiciyi Borç Altına Alan Belge Alma Yasağı

Satıcı, TKHK md. 41/2 gereği, geçerli bir sözleşme yapılmadığı sürece tüketiciden kendisini borç altına sokan herhangi bir belge isteyemez. İlgili hükümde geçen ve tüketiciyi borç altına sokan belge ifadesi, sadece kambiyo senetlerini değil, her türlü belgeyi kapsamaktadır. Eğer tüketiciden geçerli bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi sonrası kıymetli evrak niteliğinde bir senet alınacaksa, TKHK md. 4/5 gereği, bu senetler sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde düzenlenmiş olmalıdır. Uygulamada sıklıkla, tüketiciden matbu halde hazırlanmış bono alındığına rastlanmaktadır. Satış bedelini bono ile borçlanan tüketicinin senedi üçüncü kişilere ciro edilirse, bu durumda tüketici, satıcı ile arasındaki temel borç ilişkisinden kaynaklanan örneğin, satın aldığı konutun ayıplı olduğuna dair itirazlarını üçüncü kişiye karşı ileri süremeyecektir⁶⁹⁶.

TKHK md. 4/5 ise, *“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”* şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Tüketiciden alınacak kıymetli evrakın “nama yazılı” olması zorunluluğunun sebebi, tüketicinin temel ilişkiden (ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden) kaynaklanan def’i ve itirazlarını senedi devralan

⁶⁹⁵ Gümüş, s. 257.

⁶⁹⁶ Bahtiyar, Mehmet/ Hamamcıoğlu, Esra, Tüketicinin Kıymetli Evrak İle Borçlanması ve Sonuçları, KHÜHFD, C.3, S.1, 2015, s. 69.

(senedin yeni hamili) kişiye karşı da ileri sürebilmesinin önünü açmaktır. Böylece tüketici, senedin düzenlenmesini sağlayan tüketici işleminden kaynaklanan tüm savunma ve itirazlarını, senedi devralan kişiye karşı öne sürebilecektir. Örneğin, ön ödemeli konut satışı sözleşmesine dayanan ödemezlik def'ini, sözleşmedeki temel ilişkinin geçersizliğini, teslim edilen malın ayıplı olduğunu ve borcun vadesinin gelmediği, senedi devralana karşı öne sürülebilir. Tüketici işleminden kaynaklanan bir senedin nama yazılı olmaması veya birden fazla taksiti kapsayacak şekilde düzenlenmesi, etkisi bakımından mutlak def'i olarak sayılmaktadır⁶⁹⁷. Aksi halde, hem muacceliyet yasağıyla ilgili kanun hükmü (TKHK md. 19), hem de taksitli satış, peşin satışa dönüşmekte ve tüketici mağdur duruma düşmektedir. Tüketici nama yazılı bir sentteki geçersizliği iyiniyetli üçüncü şahıslara karşı da ileri sürebiliyorken, emre yazılı bir senedin üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde sözleşmeden kaynaklı itirazlarını ise ileri süremeyecektir⁶⁹⁸.

Tüketicinin yapacağı her bir taksit ödemesi için kıymetli evrak niteliğinde nama yazılı bir senet düzenlendiği takdirde tüketici lehine aval verilip verilemeyeceği tartışmalıdır. TKHK md. 4/6, "*Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır. Tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatlar diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılır*" şeklindedir. Bir görüşe göre, tüketici tarafından düzenlenen kıymetli evrak tüketici işlemi sayılmalı ve bunun sonucunda kıymetli evrak için verilen aval, tüketici işlemi çerçevesinde tüketicinin borcu için şahsi teminat olarak anlaşılmalıdır. Buna bağlı olarak, TKHK md. 4/6 gereği tüketicinin borcu için aval verilemeyeceği ancak, adi kefil olunmasının mümkün olduğu ifade

⁶⁹⁷ Özen, Burak, Özen Şerhi, Milli Şerh, (Edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), İstanbul 2016, s. 108; Hamamcıoğlu, Esra, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Yansımaları, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım (Edt: Hamamcıoğlu, Esra/Uzun Kazmacı, Özge/Yardım, M.Ertan/Karamanlıoğlu, Argun/Sayın, Z.Gizem), Ankara 2016, s. 62; Gümüş, s. 43. TKHK md. 4/5'de sözü edilen yaptırımın niteliği ve görüşler hakkında bkz. Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 83 vd. Emre yazılı düzenlenmiş bir bonoyu düzgün ciro zinciri ile devralan üçüncü kişi senet hamiline karşı, tüketicinin kişisel ilişkiden kaynaklanan savunmalarını ileri süremeyeceğine dair bkz. Yargıtay HGK 21.05.2014 T., 2014/12-405 E., 2014/684 K.

⁶⁹⁸ Aydoğdu, Ders, 206. TKHK md. 4/5'in lafzı sadece tüketicinin düzenlediği senetler yönünden bir yasak getirdiğinden, tüketicinin başvuru borçlusu sıfatıyla imzalayıp satıcı ya da sağlayıcıya ciro ettiği senetler bakımından ilgili maddenin uygulanamayacağı hususunda bkz. Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 74 vd.

edilmiştir⁶⁹⁹. Diğer bir ifadeyle, tüketicinin sözleşmeden doğan borcu için verdiği teminatlar, tahvil yoluyla kendiliğinden adi kefalete dönüşmektedir⁷⁰⁰.

Tüketicinin satış bedelini taksitler halinde değilde, peşin olarak ve tek seferde ödeyeceği bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi bakımından kıymetli evrak niteliğinde senet düzenlenmesi konusunda bir engel bulunmamaktadır. Yani, peşin satışın söz konusu olduğu bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi bakımından tüketicinin satış bedeli borcu için kıymetli evrak düzenlenebilir. Burada dikkat edilecek nokta senedin “nama yazılı” olarak düzenlenmiş olması gerektiğidir. Böyle bir durumda tüketicinin, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden doğan borcuyla birlikte, kıymetli evrakta mündemiç soyut borç tanınmasına bağlı başka bir borcu daha ortaya çıkmış olur⁷⁰¹. Ancak burada iki ayrı borcun varlığından değil, “ifa uğruna edim” ile ortaya çıkan bir borçlanma söz konusudur. Bu nedenle alacaklı, kambiyo taahhüdü ile tahsil ettiği borç miktarını satış bedelinden düşmek (mahsup etmek) durumundadır⁷⁰².

Tüketicinin borcunu taksitler halinde ödeyeceği bir sözleşme bakımından, borcun tamamını içeren bir senet alınması halinde, düzenlenmiş olan bu senet TKHK md. 4/5 gereği “nispi geçersiz-tüketici yönünden geçersiz” yaptırımına tabidir⁷⁰³. Tüketiciden geçersiz bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesine dayalı herhangi bir kambiyo senedi alınması durumunda, TKHK md. 4/5 kıyasen uygulanmalı ve tüketicinin kıymetli evraktaki taahhüdü geçersiz sayılmalıdır⁷⁰⁴. Karşı görüşe göre ise, her ne kadar “tüketici açısından geçersizlik” yaptırımını arzu edilen hukuk açısından uygun olsa da, kanun koyucunun bu yönde bir düzenleme yapmamış olması nedeniyle hükmün kıyasen

⁶⁹⁹ Özen, s. 109. Aksi görüşte olan Gümüş’e göre, emre yazılı bonodaki tüketici imzası lehine aval veren kişinin sorumluluğu TTK md. 702/2 gereği devam eder.

⁷⁰⁰ Hamamcıoğlu, s. 63. Yazar, TKHK md. 4/6 hükmünün lafzının avali de kapsar göründüğünü ancak, işlem güvenliği ve tedavül kabiliyeti gerekçeleri dolayısıyla farklı sonuçların ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Aynı yazar, ticaret hukuku öğretisindeki görüşlerin ağırlıklı olarak bu hükmün avali kapsamaması gerektiğini savunduklarını ifade etmektedir. Bu konu hakkında görüş ve açıklamalar için bkz. Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 85-89.

⁷⁰¹ Özen, s. 106 vd; Hamamcıoğlu, s. 61.

⁷⁰² Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 71, dn. 99.

⁷⁰³ Aydoğdu, Ders, s. 205-206.

⁷⁰⁴ Gümüş, s. 257.

uygulanması mümkün değildir⁷⁰⁵. Diğer bir görüşe göre, geçersiz sözleşme için alınan senetler tüketici bakımından geçersiz sayılmalı, geçersiz sözleşmeye rağmen tüketiciden ödeme yapması talep edilmesi halinde TBK md. 82/2 hükmü gereği tüketicinin daimi def'i hakkının bulunduğu kabul edilmelidir⁷⁰⁶.

Geçerli bir sözleşme yapılmadan tüketiciden tüketiciyi borç altına sokan belge alan satıcı hakkında TKHK md. 77/3 gereği, idari para cezası uygulanır.

§ 17. TÜKETİCİNİN SATIŞ BEDELİNİ ÖDEME BORCU

I. Genel Olarak

Sözleşmenin taraflarından biri olan tüketicinin borçlarından biri de satış bedelini ödeme borcudur. Satış bedelini ödeme borcu, satıcının sattığı konutun mülkiyet ve zilyetliğini devir borcunun karşılığını oluşturmakta ve böylece satıcı ve tüketicinin asli nitelikteki bu borçları karşılık (synallagma) ilişkisi içinde birbiriyle değiştirilmektedir. Temelinde taşınmaz satışı niteliği taşıyan ön ödemeli konut satışı sözleşmesini, taşınmaz satış sözleşmesinden ayıran en önemli fark, tüketicinin satış bedelini ödeme borcunun satıcının konutun devir ve teslim borcundan önce muaccel hale gelmesidir. Diğer bir ifadeyle, klasik taşınmaz satışlarında, aksi kararlaştırılmadığı sürece geçerli olan “aynı anda ifa” ilkesi (TBK md. 207/2, 234) ön ödemeli konut satışı sözleşmesi bakımından söz konusu değildir.

Tüketici sözleşmede kararlaştırılan satış bedelini kısım kısım ödeyebileceği gibi peşin olarak da ödeyebilir. Ancak, satış bedelinin peşin ödenmesi kararlaştırılmışsa burada dikkat edilmesi gereken husus, konut tesliminin sonradan (satış bedelinin ödenmesine başlanılmasının ardından) gerçekleşmesi gerektiğidir. Diğer bir ifadeyle, satış bedelinin peşin ya da taksitli olarak ödenmesi fark etmeksizin, konutun devir ve teslimi ileri bir tarihte söz konusu ise TKHK md. 40-46 hükümleri uygulama alanı bulur. Sözleşmede kararlaştırılan satış bedelinin ödenmesine müteakip konut teslimi varsa, bu durumda ön

⁷⁰⁵ Makaracı, Konferans, s. 252.

⁷⁰⁶ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 72 vd.

ödemeli konut satışı sözleşmesinden bahsedilemez.

II. Tüketicinin Satış Bedelini Ödemede Temerrüde Düşmesi

Tüketicinin satış bedelini ödeme borcu tarafların sözleşmede anlaşmalarına göre değişik zamanlarda muaccel hale gelebilmektedir. Ödemelerin taksitler halinde ödeneceğinin kararlaştırılması durumunda, tüketici muaccel hale gelen borcunu ödemez ise temerrüde düşecektir. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin düzenlendiği TKHK 40-46. maddelerinde ise tüketicinin asli edimi olan satış bedelini ödemede temerrüde düşmesi halinde ne olacağı konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Temerrüde düşen borçlu tüketici açısından hangi hükümlerin uygulanacağına dair doktrinde çeşitli görüşler vardır.

İnal'a göre, temerrüde düşen borçluya satıcı, TBK md. 123 vd. hükümleri gereği uygun bir mehil vermeli, borçluya tanınan süre zarfında borç ifa edilmediği takdirde alacaklı olan satıcı ifadan vazgeçtiğini beyan ederek akdi feshetmelidir (TBK md. 125/2). Bunun sonucunda alacaklı konumundaki satıcı, tüketiciden menfi zararlarını talep edebilecektir. Diğer bir ihtimalde satıcı, borcun ifa edilmesinden vazgeçerek akdi feshetmek suretiyle tüketiciden müspet zararlarını da isteyebilir (TBK md. 125). Sonuncu ihtimal olarak da satıcı, tüketiciden ifada bulunmasını ve bununla birlikte gecikme tazminatını talep edebilir⁷⁰⁷.

Özmen/Vardar Hamamcıoğlu'na göre, taksitle veya kısmi ödemeli satışlar bakımından, satıcıya bazı şartların varlığı halinde, kalan borcun tamamını talep etme imkanı verilmiştir. Aynı görüş, taşınırlara ilişkin ön ödemeli satışları düzenleyen TBK md. 264-273 hükümlerinde muacceliyet kayıtlarına ilişkin bir düzenleme olmadığını öne sürerek TKHK md. 19'un⁷⁰⁸ ön ödemeli konut satışı için de kıyasen uygulanması gerektiğini,

⁷⁰⁷ İnal, s. 724.

⁷⁰⁸ TKHK md. 19/1: Taksitle satış sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, satıcı veya sağlayıcı, kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak satıcı veya sağlayıcının bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin de kalan borcun en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksidi veya kalan borcun en az dörtte birini oluşturan bir taksidi ödemede temerrüde düşmesi hâlinde kullanılabilir. Satıcı veya sağlayıcının bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması zorunludur.

ancak böyle bir talebin söz konusu olabilmesi için sözleşmede muacceliyet kaydının var olmasının şart olduğu ifade edilmiştir⁷⁰⁹.

Acar ise, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde satış bedelinin bir kısmının teslimden önce bir kısmının ise teslimden sonra taksitler halinde ödenmesi durumunda TKHK md. 17 anlamında taksitle satış sözleşmesinin söz konusu olması gerektiğini vurgulamaktadır. Tüketicinin satın aldığı konut için yaptığı ödemeler bakımından TKHK md. 17'nin uygulanmasıyla, temerrüde düşen tüketiciden satıcının kalan borcu talep edebilmesi ancak TKHK md. 19'daki şartların gerçekleşmesi ile mümkün olacak ve tüketici daha etkin bir korumaya kavuşmuş olacaktır.

Öz'e göre, taksitle bağlanmış bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi için taksitle satış sözleşmesi hükümleri genel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle, TKHK md. 19 hükümleri, taksitle bağlanmış ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde yer alan muacceliyet kayıtlarına uygulanmalıdır. Burada sözleşmenin niteliği gereği, satıcının edimlerini ifa etmiş olması şartı, ön ödemeli konut satanın "kalan taksitleri muaccel kılma hakkını kullandığı ana kadar muaccel olmuş edimlerini ifa etmiş olması" şeklinde anlaşılmalıdır. Ancak, ön ödemeli konut satışlarında tüketiciye devir ve teslim anına kadar tanınmış olan sözleşmeden serbestçe dönme hakkı (TKHK md. 45) nedeniyle, muacceliyet kaydı tüketiciyi fazla etkilemeyecektir. Zira, taksitleri ödemedede temerrüde düştüğü için satıcının kalan bedeli muaccel kılması üzerine tüketici, sözleşmeden dönme hakkını kullanarak, satıcının masrafları ve sözleşme bedelinin yüzde ikisiyle sınırlı bir tazminat dışında her türlü borcundan kurtulmuş olacaktır. Bunun yanında, satıcıya o güne kadar ödemiş olduğu taksitlerin de iadesini talep edebilecektir⁷¹⁰.

Karşı görüşte olan Atamer'e göre ise, TKHK md. 83/1 atfı ile, (ön ödemeli taksitle satışta alıcının temerrüdünü düzenleyen) TBK md. 271 hükmünün uygulanması

⁷⁰⁹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 76-77. Aksi görüşte olan Atamer'e göre, henüz kendi edimini ifa etmemiş olan bir satıcının, temerrüde düşmüş bir tüketiciden tüm alacağını talep etmesi mümkün değildir. Bkz. Atamer, s. 251.

⁷¹⁰ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 157. 23.01.2017 tarih, 29957 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 684 Karar Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8/1 maddesine göre, ön ödemeli konut satışında tüketicinin gerekçesiz dönme hakkı sözleşme tarihinden itibaren yirmi dört ay ile sınırlandırılmıştır.

gerekir⁷¹¹. Buna göre satıcı, muaccel hale gelmiş olan alacaklarını temerrüt faizi ile birlikte her zaman talep edebilecektir. Böylece satıcı, kendisine tanınan sözleşmeden dönme hakkını kullanmayarak sözleşmenin devam etmesini (ayakta kalmasını) de sağlayabilir⁷¹². Satıcı bununla birlikte, TBK md. 271 gereği diğer bir hakkı olan sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilir. Tüketici ile yapmış olduğu sözleşmeden dönmek isteyen satıcı için dönme hakkının kullanılması bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı olacaktır. Buna göre, tüketicinin temerrüde düştüğü miktar, toplam alacağın en az onda birini oluşturuyorsa ve birbirini izleyen iki ön ödemenin veya toplam alacağın en az dörtte birini oluşturan bir tek ön ödemenin ya da sonuncu ön ödemenin vadesi gelmişse; bu durumda satıcı, ayrıca alıcıya tanıyacağı bir aylık ödeme süresinin geçmesinden sonra sözleşmeden dönme hakkına sahip olur. Sözleşmeden dönen satıcı, tüketiciye o güne kadar ödemiş olduğu parayı işlemiş olan faizi ile beraber iade edecektir. Bunun karşılığında satıcı, tüketiciden TKHK md. 45/1'de belirlenmiş olan dönme bedeli ile birlikte masraflarını da talep etme hakkına sahip olacaktır⁷¹³.

III. Tüketicinin Erken İfada Bulunması

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin taksitle ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerde, temerrüde düşen borçlu hakkında TKHK md. 17 vd. hükümlerinin uygulanacağını kabul edilmesi, tüketiciye TKHK md. 20 gereği, erken ifada bulunma hakkı verecektir. Buna göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesini düzenleyen hükümlerde erken ifa hakkına dair bir düzenleme bulunmadığından, taksitle satışa ilişkin tüketiciye erken ifa hakkı veren hükümler burada uygulama alanı bulacaktır⁷¹⁴. Karşı görüşe göre ise, ön ödemeli konut satışı sözleşmeleri bakımından erken ödeme indirimi söz konusu

⁷¹¹ TBK md. 271: Alıcı bir veya daha çok ön ödemede temerrüde düşerse satıcı, ancak vadesi gelmiş olan ödemeleri isteyebilir. Bununla birlikte, toplam alacağın en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen iki ön ödemenin veya toplam alacağın en az dörtte birini oluşturan bir tek ön ödemenin ya da sonuncu ön ödemenin vadesi gelmişse satıcı, ayrıca alıcıya tanıyacağı bir aylık ödeme süresinin geçmesinden sonra sözleşmeden dönme hakkına sahip olur.

⁷¹² Atamer, s. 251, 261 dn. 577.

⁷¹³ Atamer, s. 261, dn. 577.

⁷¹⁴ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 78; Acar, s. 16 vd.

olamaz⁷¹⁵.

TKHK md. 20'ye göre, “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”. İlgili düzenlemeye gereği, tüketici dilerse vadesi gelemeyen borcu için erken ödemede bulunabilecek, satıcı ise, erken ödeme karşılığında faiz ve komisyon indiriminde bulunacaktır⁷¹⁶.

TBK md. 96 incelendiğinde ise, sözleşmeden veya durumun gereklerinden aksi anlaşılmadıkça borçlunun vadesi gelmeden erken ödemede bulunabileceği düzenlenmiştir. Ancak, kanun, sözleşme ya da adet aksini öngörmedikçe vadesinden önce ödeme nedeniyle indirim yapılmaz⁷¹⁷. Yani alacaklı, erken ödeme dolayısıyla kendi lehine kararlaştırılmış olan faiz alacağından (ya da başka menfaatlerden) mahrum kalacak ise, erken ödemeyi kabul etmek zorunda değildir. Meğer ki, kanunda veya sözleşmede aksi düzenlenmiş olsun. İşte, bir görüşe göre, yukarıda bahsedilen TKHK md. 20 hükmü, TBK md. 96 açısından bir istisna oluşturmakta, tüketici lehine düzenleme getirmiş bulunmaktadır⁷¹⁸. Buna göre tüketici, erken ödeme hakkını tümüyle kullanabileceği gibi, bir ya da birden çok taksiti ödeme imkanına da sahiptir.

⁷¹⁵ Atamer, Yeşim, Ön Ödemeli Taşınmaz Satımında Tüketicinin Korunması, Uluslararası İnşaat Hukuku Sempozyum Tebliği, İstanbul 11.11.2016.

⁷¹⁶ Bu indirimlerin yapılabilmesi için doğal olarak sözleşme bedeline faiz ya da komisyon bedelinin eklenmiş olması gerekmektedir. Ünlütepe, s. 339.

⁷¹⁷ TBK md. 96: 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.

⁷¹⁸ Karakocalı/Kurşun, s. 92; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 79.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

§ 18. GENEL OLARAK

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde tarafların sözleşme ile borçlandıkları edimleri yerine getirmemeleri halinde sözleşmenin nasıl sonlandırılacağı hususu önem arz eder. Satıcının yüklenmiş olduğu edimleri zamanında ifa edememesi halinde kanunkoyucu, TKHK md. 43 ve ÖÖKSHY md. 8 düzenlemeleri ile tüketiciye cayma hakkı, TKHK md 45 c.1 ve ÖÖKSHY md. 9 ile de dönme hakkını tanımıştır.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde sözleşmenin sona erme nedenlerinden biri olan tüketicinin satış bedelini ödemede temerrüde düşmesi ihtimali bir üst başlıkta incelenmiş olduğundan, bu konu başlığında ayrıca inceleme konusu yapılmayacaktır⁷¹⁹.

§ 19. TÜKETİCİNİN ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNDEN CAYMASI

I. Genel Olarak

Sözlük anlamı, “kararından vazgeçmek, dönmek”⁷²⁰ anlamına gelen cayma hakkı, borçlanma işlemine münhasır dolaylı etkileri bulunan dönme hakkının, geniş anlamda tasarruf işlemine dolaysız bir güçle etkili kılınmış türüdür⁷²¹. Cayma hakkı ile, beyan

⁷¹⁹ Bkz. §. 17, II.

⁷²⁰ www.tdk.gov.tr (04.02.2017).

⁷²¹ Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 135, 137. Yazara göre, cayma hakkı pratik ve ampirik düşüncelerle dönme hakkının tasarrufi etkisini vurgulamaktan öteye geçmemektedir. Buz’a göre, tüketiciye tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşme ilişkisini sona erdirme yetkisi veren yenilik doğuran hakkı tanımlamak için kullanılan “geri alma” ve “cayma” tabirleri isabetsizdir. Zira, Almanya ve Avusturya’da “geri alma” yerine isabetli bir şekilde “sözleşmeden dönme” hakkından bahsedilmektedir. Aynı yazara göre, geri alma kavramının tercih edilmesini haklı gösterecek tek husus, dönmenin mutlaka bir sebebe dayanması, tüketicilere tanınan geri alma hakkının herhangi bir sebebe dayanmaksızın kullanılabilmesi olmalıdır. Ayrıca bkz. Buz, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 70-71.

edilmiş iradenin hukuki sonuçlarını doğurmasını önleme fonksiyonu ve verilmiş bir yetkinin geri alınması niteliğiyle aceleye getirilmiş, bir bakıma tüketicinin iradesi dışında ortaya çıkmış hukuki durumu çözerek tüketicinin korunması amacına hizmet edilmektedir⁷²².

Uygulamada tüketicinin, vahşi pazarlama yöntemleri ve örnek dairelerin aşırı lüks tefriş edilmesi ile, maket üzerinden satışları yapılan konutları yeteri kadar düşünmeden satın almış olması ihtimali yüksektir. Bu tür sözleşmelerde özellikle yazılı sözleşme metninin okunmasından ve uzun bir süre ödeme yaptıktan sonra ancak edime hak kazanılacağına algılanmasından sonra, sözleşmeden kurtulma isteğinin doğması muhtemeldir⁷²³. Uygulamada satıcılar tüketiciye bir şekilde ulaşmakta ve çeşitli vaadlerle tüketicinin sözleşme yapma iradesini etkilemektedirler. Maket üzerinden yapılan konut satışları bakımından örnek daireyi gezen ve etkilenen tüketici yapacağı sözleşme ile nasıl bir külfet altına girdiğini ise o anda tam olarak idrak edememekte ve yapmış olduğu sözleşmenin sonuçlarını yeteri kadar düşündüğünde veyahut pişmanlık duyduğunda sözleşmenin sona ermesini isteyebilmektedir. İşte tam bu noktada tüketici, kendisine tanınmış olan cayma hakkını kullanarak, gereği kadar düşünmeden yüklenmiş olduğu borcu sonlandırabilme fırsatını elde eder. Zayıf konumdaki tüketiciyi koruyan cayma hakkı böylelikle, sözleşme hukukunun temel prensiplerinden biri olan sözleşmeye bağlılık prensibini, sözleşme adaleti ilkesi ile sınırlandırmaktadır⁷²⁴.

Genellikle fesih ve dönme kavramları ile karıştırılan cayma hakkı tüketicinin tek taraflı irade beyanı ile kullanılmakta, satıcı veya sağlayıcının iradesi önem taşımamaktadır.

⁷²² Özel, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999, s. 70. Tüketicie tanınan cayma hakkının esasen bir “geri alma” hakkı niteliğinde olduğu görüşünde, Özel, s. 168; İnal, s. 700-701; Özdemir/Korkmaz, s. 447; Ünlütepe, s. 333. TKHK açısından “cayma hakkı” yerine “geri alma” ifadesinin kullanılması gerektiği görüşünde, Karakocalı/Kurşun, s. 86; Cayma hakkı yerine “dönme hakkı” terimi kullanılması gerektiği görüşünde, Özmen/Vardar Hamamcioğlu, s. 105. TBK ve TKHK terimlerinin isabetsiz olarak birbirileri yerine kullanıldığı eleştirisi için bkz. Aydoğdu, s. 90. TKHK’da düzenlenen “cayma hakkı”nın teknik anlamda bir “geri alma” hakkı olduğu görüşünde, Uzun Kazmacı, Özge, TKHK Çerçevesinde Elektronik Sözleşmeler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım (Edt: Hamamcioğlu, Esra/Uzun Kazmacı, Özge/Yardımlı, M.Ertan/Karamanlioğlu, Argun/Sayın, Z.Gizem), Ankara 2016, s. 31. Aynı yönde, Çabri, s. 224; Sert Sütçü, Selin, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Ankara 2016, s. 3 vd; TBK md. 255’de düzenlenen taksitle satış sözleşmesi hükümlerinde cayma hakkı, “geri alma hakkı” olarak ifade edilmiştir.

⁷²³ TKHK md. 43 madde gerekçesinden.

⁷²⁴ Ozanoğlu, s. 214.

Dönme hakkının işlevi, karşılıklı sözleşmelerin her iki tarafının çatışan eş değerdeki çıkarlarını dengelemek, karşılıklı edimler arasındaki görevsel bağlılığı korumak ve sözleşenleri beklenmedik ifa engelleri karşısında yapılan akitten kurtarmak iken, cayma hakkının işlevi muhatabının çıkarından ağır basan kendi önemli çıkarı açısından zorunlu gözükten belirli bir kimseye (tüketici) özel bir ilişkiyi koparma ayrıcalığı sağlamaktır. Dolayısıyla caymada, hukuki ilişkinin taraflarından birisi sözleşmenin başından itibaren özel bir korumaya layık görülmüştür⁷²⁵. Dönme hakkı, sözleşmenin her iki tarafına da tanınmış iken, cayma hakkı sadece özel korumaya layık görülen tarafa (tüketiciye) tanınmıştır. Bir diğer fark ise, dönme hakkı kullanılırken bir sebep gösterilmesi aranmaktadır⁷²⁶. Halbuki cayma hakkının kullanımında herhangi bir sebep gösterilmesine gerek yoktur. Dönme hakkı kullanılırken bazı işlemlerin (ihtar, ihbar, mehil verilmesi vs.) yerine getirilmesi gerekmektedir. Oysa cayma hakkının kullanılması bakımından böyle bir ön şart ya da prosedürlere ihtiyaç duyulmaz. Dönme hakkının kullanılması sonucu taraflar arasında ortaya çıkan geri verme yükümlülüğü sözleşmeden kaynaklanırken, cayma hakkının kullanılmasından doğan geri verme yükümlülüğü sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabidir⁷²⁷.

Satıcı ile ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yaptığı sırada satış bedelini ödeyebileceğini düşünen tüketici, daha sonra ortaya çıkan yeni ekonomik şartlar nedeniyle borçlarını ödeyememe tehlikesi ile de karşılaşabilir⁷²⁸. Özellikle enflasyon yüksekliği ve döviz kurlarındaki aşırı değişiklik bu duruma örnektir. İşte tüm bu nedenlerle tüketiciye, TKHK md. 43 ve ÖÖKSHY md. 8 ile on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden cayabilme hakkı tanınmıştır⁷²⁹. TKHK md. 43 ve ÖÖKSHY md. 8 ile kendisine tanınan

⁷²⁵ Serozan, s. 124; Buz, Dönme, s. 89 vd; Özel, Geri Alma, s. 110; Özdemir/Korkmaz, s. 449.

⁷²⁶ TBK md. 125'den farklı olarak TKHK md. 45, tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden gereksiz dönme hakkını düzenlemiştir.

⁷²⁷ Serozan, s. 125; Özel, Dönme, s. 110 vd; Buz, Dönme, s. 91. Cayma hakkının “fesih” ve “iptal” kurumlarından farkları için bkz. Serozan, s. 113 vd, 144 vd; Buz, Dönme, s. 80 vd; Özel, Geri Alma, s. 113 vd.

⁷²⁸ İnal, s. 696.

⁷²⁹ eTKHK yürürlük zamanında, kampanyalı satışları düzenleyen mülga “Kampanyalı Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” 14. maddesine göre, tüketici satın aldığı konutun kendisine teslim edilmesine kadar satıcıya hiçbir bedel ya da cezai şart ödemedi sözleşmeden cayma hakkını kullanabilmekte idi. Kötüniyetli tüketicilere karşı satıcıyı koruma gayesiyle, TKHK'da cayma süresi bu nedenle on dört gün ile sınırlandırılmıştır.

cayma hakkını kullanan tüketicinin satıcıya herhangi bir sebep veya gerekçe göstermesi zorunluluğu yoktur. Buna rağmen cayma bildiriminde sebep bildirilmiş ise, bu sebebin doğruluğu ya da geçerliliği, cayma hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez⁷³⁰.

TKHK md. 43 incelendiğinde, tüketiciye tanınan cayma hakkı düzenlemesinin emredici nitelikte olduğu görülecektir. Bu sebeple, tüketicinin sözleşmeden cayma hakkını kaldıran veya kullanımını sınırlayan her türlü anlaşma geçersizdir⁷³¹. Bununla birlikte, tüketicinin cayma hakkını kullanması herhangi bir ceza koşuluna ya da ödenmiş olan satış bedelinin bir kısmının satıcıda kalması şartına da bağlanamaz⁷³². Tüketici, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yapılmadan önce cayma hakkından feragat edemezken, sözleşme imzalandıktan sonra bu hakkından feragat edebilir⁷³³. Tüketicinin cayma hakkının başlangıcı, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin imzalandığı tarihtir⁷³⁴.

TKHK md. 43/1 c.3 ve ÖÖKSHY md. 8/7'ye göre “*Satıcı, cayma hakkı konusunda tüketiciyi bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür*”. İlgili düzenlemeye göre satıcı, tüketiciyi cayma hakkının varlığı ve kullanılması konusunda bilgilendirmekle yükümlü olmasının yanında tüketiciyi bilgilendirdiğini ispat etmekle yükümlüdür. Bilgilendirme yükümlüğünün satıcı tarafından yerine getirilmemesi halinde ne olacağına dair, ilgili maddede herhangi bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Halbuki, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler bakımından getirilen TKHK md. 47/6, satıcı veya sağlayıcının tüketiciyi cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirmemesi durumunda, tüketicinin cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı olmayacağını hüküm altına almıştır⁷³⁵. TKHK'nın 47/6 maddesinin TKHK md. 43 için kıyasen

⁷³⁰ Özdemir/Korkmaz, s. 449.

⁷³¹ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 154; Gümüş, s. 264.

⁷³² Atamer, s. 239; Çabri, s. 222; Sert Sütçü, s. 50.

⁷³³ Gümüş, s. 262.

⁷³⁴ Kara, s. 896; Karakocalı/Kurşun, s. 135.

⁷³⁵ TKHK m. 47/6: Satıcı veya sağlayıcının bu maddede belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket etmesi veya tüketiciyi cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirmemesi durumunda, tüketici cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her halükarda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer.

uygulanıp uygulanmayacağı görüşü ise öğretide tartışmalıdır⁷³⁶.

Gümüş'e göre, TKHK md. 47/6'nın kıyasen uygulanmasına gerek yoktur. Zira, TKHK md. 45 ile tüketiciye tanınan dönme hakkı söz konusu hükmün kıyasen uygulanmasına gerek bırakmamaktadır. Nitekim Acar'da tüketicinin konutun devir ve teslimine kadar her zaman sözleşmeden dönebileceğini belirterek cayma süresinin uzatılmasına gerek olmadığını savunmaktadır⁷³⁷.

Çabri'ye göre ise, kanun koyucunun cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etme yükümlülüğünü satıcıya yüklemesinin bir nedeni olmalıdır. Aksi halde hükmün bir anlamı olmaz. Bu nedenle, TKHK md. 47/6 hükmü, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi için de uygulanmalı ve tüketici on dört günlük süreyle bağlı olmaksızın cayma hakkını kullanabilmelidir. Aksi görüşün kabulü, tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğünü içeren düzenlemeyi anlamsız kılar. TKHK md. 45'in (dönme hakkı) varlığı TKHK md. 46'nın uygulanmaması için bir gerekçe olmamalıdır⁷³⁸.

Öz, TKHK md. 47/6'nın aslında konut satışlarına uygulanamayacağını, ancak TKHK md. 43'de satıcının bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ne olacağı konusunda bir hüküm olmadığından bu maddenin kıyasen uygulanabilir olduğu kanaatinde. Ancak, tüketicinin cayma hakkını dürüstlük kuralına aykırı olacak kadar uzun bir süre sonra ve satıcıyı ağır zarara uğratacak şekilde kullanmaması gerektiği belirtilmiştir⁷³⁹.

Aslan'a göre, tüketici cayma hakkı konusunda yeterli olarak bilgilendirilmemişse, cayma hakkının süresinde kullanılmadığını satıcının ileri sürememesi bir çözüm olabilir. Ancak tüketici cayma hakkını çok uzun süre kullanmadıktan sonra ileri sürmüş

⁷³⁶ Mesafeli sözleşmeler bakımından cayma hakkının kullanılması ve karşılaştırma için bkz. Uzun Kazmacı, s. 30 vd.

⁷³⁷ Gümüş, s. 263; Acar, s. 32. İlgili görüşler, 23.01.2017 tarih, 29957 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 684 Karar Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8/1 maddesi yürürlüğe girmeden önceki döneme ait görüşlerdir.

⁷³⁸ Çabri, s. 223 vd; Aynı yönde, Karakocalı/Kurşun, s. 135.

⁷³⁹ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 144.

ise bu durumda MK. md. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığına bakmak gerekecektir⁷⁴⁰.

Kara ise, satıcının cayma hakkı konusunda tüketiciyi gerekli şekilde bilgilendirmemiş olması durumunda, sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren ondört günlük cayma süresi geçmiş olsa bile tüketicinin cayma hakkını kullanabileceğini ifade etmektedir. Ancak, tüketici bu hakkını kullanırken TMK md. 2 anlamında dürüstlük kuralına uygun şekilde davranmış olmalıdır⁷⁴¹.

Sert Sütçü'ye göre, satıcının ön bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranışı hususunda bir yaptırım bağlanmamış olması, kanun koyucunun bilinçli bir şekilde boşluk bırakmak istemesinden kaynaklanmaktadır. Zira kanun koyucu bir yıllık sürenin kullanılmasını kıyasen istemiş olsaydı, bu konuda bir düzenlemeye yer verirdi. Dolayısıyla, TKHK md. 47/6 hükmü, TKHK md. 43 açısından kıyas yoluyla uygulama alanı bulmamalıdır⁷⁴².

Makaracı ise, TKHK md. 43 bakımından Kanunda bir boşluğun bulunduğunu ve boşluğu hakimın tespit ederek söz konusu boşluğa TKHK md. 47/6'nın kıyasen uygulanarak doldurulmasının yerinde olacağını ifade etmektedir⁷⁴³.

Özel'e göre, tüketici cayma hakkının kullanılması hususunda yeterli derecede ya da hiç bilgilendirilmemişse süresiz cayma hakkına sahiptir. Tüketici ancak, gerektiği gibi bilgilendirildikten sonra on dört günlük süre başlamalıdır⁷⁴⁴.

Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, özel bir sözleşmeye münhasır cayma hakkının bir başka sözleşmeye uygulanmasını mümkün görmemektedir. Diğer bir ifadeyle, TKHK md. 43'deki boşluk için TKHK md. 47/6 kıyasen uygulanamaz. Çünkü, tüketici kendisine tanınan cayma hakkını kullanmasa dahi, sözleşmeden dönme hakkına sahip olmaya

⁷⁴⁰ Aslan, s. 531.

⁷⁴¹ Kara, s. 896.

⁷⁴² Sert Sütçü, s. 49-50.

⁷⁴³ Makaracı, Konferans, s. 254.

⁷⁴⁴ Özel, s. 191.

devam etmektedir. Bunun yanında, cayma hakkı süresinin uzamasının kabulü, tüketiciye bilgilendirme formunun verilmemiş olmasında sözleşmenin geçerliliği etkilenmezken, bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranışa farklı bir yaptırım bağlamak anlamına gelecektir⁷⁴⁵.

Atamer'e göre ise, sözleşme kurulurken tüketiciye gerekli bilgilendirme yapılmamışsa, cayma hakkının süresi, bildirim fiilen yapıldığının ispatlanabildiği andan itibaren işleyeceği kabul edilmelidir. Eğer bildirim yapılmazsa, bu durumda sözleşmenin bütünüyle ifa edilip tamamlanmasına kadar cayma hakkının varlığı devam eder⁷⁴⁶.

Doktrinde belirtilen görüşler incelendiğinde, bilgilendirme yükümlüğünün satıcı tarafından yerine getirilmemesi halinde TKHK md. 43'deki boşluğa TKHK md. 47/6 hükmünün kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki düşünceler eşit ağırlıkta görünmekle birlikte tüketici hukukunun temel ilkelerinden olan "tüketici lehine yorum ilkesi" göz önüne alındığında TKHK md 47/6'nın TKHK md. 43'deki boşluk için kıyasen uygulanması kanaatimizce daha doğrudur. Ancak tüketici bu hakkını dürüstlük kuralına uygun bir şekilde ve sözleşmenin diğer tarafı olan satıcıyı ağır bir zarara uğratmadan kullanılmalıdır. Bununla birlikte, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkının varlığını göz ardı etmek mümkün değildir. Fakat, 23 Ocak 2017 tarih ve 684 sayılı KHK'nın 8/1 maddesi ile tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı yirmi dört ay ile sınırlandırılmış ve tüketiciye sözleşmeden döndüğü döneme göre çeşitli oranlarda vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masrafları satıcıya tazminat olarak ödemesi borcu yüklenmiştir⁷⁴⁷. Bu nedenle, bizim görüşümüze göre, TKHK md.

⁷⁴⁵ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 108.

⁷⁴⁶ Atamer, s. 242.

⁷⁴⁷ 23.01.2017 tarih, 29957 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 684 Karar Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8/1 maddesine göre, "ön ödemeli konut satışında sözleşme tarihinden itibaren yirmidört aya kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı vardır. Sözleşmeden dönülmesi durumunda satıcı; konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme tarihinden itibaren ilk üç ay için sözleşme bedelinin yüzde ikisine, üç ila altı ay arası için yüzde dördüne, altı ila oniki ay arası için yüzde altısına ve oniki ila yirmidört ay arası için de yüzde sekizine kadar tazminatın ödenmesini isteyebilir". KHK yayınlanmadan önceki düzenleme olan TKHK md. 45/1'e göre, tüketici, devir veya teslim tarihine kadar herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkına sahip idi. Sözleşmeden dönülmesi durumunda ise satıcı, konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar tazminatın ödenmesini isteyebilmekteydi. Bu konu aşağıda "tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı" başlığı altında daha geniş bir şekilde ele alınacaktır.

47/6'nın kıyasen uygulanması tüketici lehinedir. Zira, dönme hakkı yerine cayma hakkını kullanan tüketici, satıcıya karşı herhangi bir vergi, harç, masraf ya da tazminat ödeme yükümlülüğü altında olmayacaktır.

II. Hukuki Niteliği

Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını yeterince düşünmeden imzalayan tüketiciye bir kez daha düşünme hakkı vermek amacıyla düzenlenen cayma hakkının doktrinde ağırlıklı olarak yenilik doğuran bir hak olduğu kabul edilmektedir⁷⁴⁸. Yenilik doğuran haklardan hangi türe dahil olduğuna dair çeşitli tartışmalar olsa da bizim katıldığımız görüşe göre cayma hakkı bozucu yenilik doğuran bir haktır⁷⁴⁹. Bozucu yenilik doğuran bir hak olan cayma hakkı, kullanılmasıyla birlikte, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi sonlandırır ve önceden mevcut olan hukuki ilişki tamamıyla ortadan kalkar⁷⁵⁰.

Cayma hakkı borçlanma işlemi ortadan kaldırırken, bu borçlanma işlemi nedeniyle yapılmış tasarruf işlemi de etkiler, yani cayma hakkı aynı etkilidir. Başka bir anlatımla, sözleşmeden dönme hakkı aynı bir etkiye sahip değil iken, sözleşmeden cayma aynı bir etkiye sahiptir⁷⁵¹. Bu bakımdan yenilik doğuran bir hakkın kullanımı olarak, cayma hakkının geniş anlamda bir tasarruf muamelesi olarak nitelendirilmesi mümkündür⁷⁵². Bir görüşe göre, cayma süresi sonuna kadar taraflar arasındaki

⁷⁴⁸ Serozan, s. 124; Zevkliler/Aydoğdu, s. 250; Özel, s. 153; Ozanoğlu, s. 177.

⁷⁴⁹ Uzun Kazmacı, s. 30; İnal, s. 700, 702; Gümüş, s. 164; Çabri, s. 225; Ünlütepe, s. 334; Serozan, s. 124; Özel, Geri Alma, s. 75; Buz, Dönme, s. 89. Cayma hakkını bağımsız bir müessese değil de, yalnızca dönme hakkının tasarruf işlemine olan doğrudan etkisini ifade etmek için kullanılan bir kavram olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünde, Öz, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 25.

⁷⁵⁰ Daha geniş bilgi için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 64 vd; Buz, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 193; Antalya, s. 39; Oğuzman/Barlas, s.154 vd. Geri alma hakkı dönmeye benzer sonuçlar doğurur ve daha önce yerine getirilen edimlerin iadesi borcu doğar. Bkz. Buz, Dönme, s. 74.

⁷⁵¹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 105. Yazarlara göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden kaynaklanan cayma hakkı bakımından aynı etkili bir hak yaratıldığından bahsedilemez. Aynı yazarlar, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi bakımından cayma hakkı yerine dönme hakkı denilmesinin yeterli olduğunu, zira, taşınmazları konu alan işlemlerde klasik cayma hakkına yer olmadığını ifade etmektedirler. Aksi yönde bir kabulün tescilin bozucu bir şarta bağlanamayacağı ilkesi ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek aynı etkili bir bozucu yenilik doğuran hak anlamına geleceğini öne sürmüşlerdir.

⁷⁵² İnal, s. 702. Cayma hakkı tasarruf işlemi kapsamayan sadece borçlandırıcı işlemi kapsayan bir hak niteliğindedir. Bkz. Sert Sütçü, s. 6.

sözleşmenin hükümlerini doğurup doğurmayacağı belli olmadığından, cayma süresinin sonuna kadar sözleşme askıda kalmaktadır⁷⁵³. Diğer bir görüşe göre ise, her ne kadar cayma hakkının hukuki niteliği tartışmalı olsa da hangi görüş benimsenirse benimsenirse, bu konu sözleşmenin kurulması aşamasına ilişkindir⁷⁵⁴.

Sonuç olarak, tüketiciye ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile tanınmış olan cayma hakkı, bozucu yenilik doğuran bir haktır ve ilgili düzenleme emredici niteliktedir. Bu nedenle, tüketicinin cayma hakkını ortadan kaldıran, sınırlandıran veya zorlaştıran her türlü anlaşma kesin hükümsüzdür. Örneğin satıcı, tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde kendisine ödenen satış bedelinin bir bölümünü cayma bedeli olarak kesemez veya cayma hakkının kullanılması cezai şarta bağlanamaz. Nitekim tüketici, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi kurulmadan evvel cayma hakkından feragat edemez. Ancak, sözleşme kurulduktan sonra, on dört günlük sürenin sona ermesini beklemeden bu hakkından feragat edebilme hakkına sahiptir⁷⁵⁵.

III. Süresi

Tüketiciye TKHK md. 43/1 ile tanınan cayma hakkı süresi on dört gündür. Ancak tüketicinin cayma hakkını kullanma süresinin başlangıcı konusunda ilgili hükümde bir düzenleme yoktur. Ancak bu sürenin ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin yapıldığı tarih itibarıyla başlayacağı konusunda doktrinde görüş birliği vardır⁷⁵⁶. Bu sonuçla tüketici, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin kurulmasından itibaren on dört gün içerisinde cayma hakkını kullanabilir.

Cayma hakkını kullanan tüketicinin bu iradesi, satıcıya on dört günlük süre içerisinde varmasını gerektirmez. Diğer bir anlatımla, cayma hakkı bildirimini satıcıya varması veya öğrenilmiş olması aranmaz. Bu nedenle, cayma beyanı, satıcıya on dört günlük

⁷⁵³ Zevkliler/Aydoğdu, s. 250. Aynı yönde, bkz. İnal, s. 696.

⁷⁵⁴ İnceoğlu/Baş Süzel, s. 401.

⁷⁵⁵ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 154; Gümüş, s. 262 vd.

⁷⁵⁶ Atamer, s. 239; Aslan, s. 531; Çabri, s. 225; Aydoğdu, s. 90; Kara, s. 896; Gümüş, s. 262; Karakocalı/Kurşun, s. 135; Sert Sütçü, s. 48. Mesafeli sözleşmeler bakımından cayma hakkı süresinin başlangıcı, tüketicinin tüm hususlarda bilgilendirildiği an olarak belirlenmiştir. Bkz. Uzun Kazmacı, s. 32.

süre sonrasında ulaşıya dahi hüküm ve sonuçlarını doğurur, yeter ki tüketici cayma hakkını on dört günlük süre içerisinde kullanmış olsun. Örneğin tüketici, cayma hakkını ön ödemeli konut satışı sözleşmesi kurulduktan on dört gün sonra kullansa ve bu bildirim satıcıya yirmi ikinci günde varsa bile, cayma hakkı süresinde kullanılmış olacaktır. TKHK md. 43/1 c. 2’de bu durum “*Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir*” şeklinde ifade edilmiştir. Hükümde sözü edilen “yönelme” kelimesi, caymaya yönelik irade beyanının satıcıya “gönderilmesini” ifade etmektedir. Cayma hakkının hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için gereken diğer bir husus ise, cayma beyanının satıcıya varmış olması gerektiğidir. Bozucu yenilik doğuran bir hak olan cayma beyanı, ancak satıcıya varmakla hüküm ifade eder. Aksi halde, sözleşme geçerli olmaya devam edecektir⁷⁵⁷.

IV. Şekli

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi açısından cayma hakkının hüküm altına alındığı TKHK md. 43, cayma hakkının ne şekilde yapılacağına dair bir düzenleme getirmemiştir. Bununla birlikte ÖÖKSHY md. 8/2, “*Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcıya noterlikler aracılığıyla yöneltilmesi yeterlidir*” ifadesiyle cayma hakkının geçerliliğini noterler vasıtasıyla yapılmasına bağlı kılmıştır. Doktrindeki ortak düşünce, Kanun’da yer almayan bir şekil şartının yönetmelikle düzenlenmesini doğru bulmamaktadır⁷⁵⁸. Ancak bir görüş bunun sebebini, sözleşme konusunu taşınmazların oluşturması ve sözleşmenin resmi şekilde yapılmasına bağlamaktadır⁷⁵⁹.

Tüketicinin cayma hakkını sadece noter aracılığıyla satıcıya bildirebilmesi, bu hakkın kullanımını zorlaştıran ve masraf gerektiren bir süreci gerektirmektedir. Gerçekte tüketici, bulunduğu yerdeki notere giderek cayma hakkını kullanmak istediğini beyan edecek ve bunun sonucunda ortaya çıkacak masrafı da karşılamak durumunda kalacaktır. Bir görüşe göre, yazılı veya iadeli taahhütlü mektupla da cayma hakkının

⁷⁵⁷ Gümüş, s. 263; Çabri, s. 225

⁷⁵⁸ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 106; Atamer, s. 239; Çabri, s. 226.

⁷⁵⁹ Atamer, s. 239.

kullanılmasına olanak tanınması, daha doğru bir çözümdür. Aynı görüş, cayma hakkının noter dışında bir yolla kullanılmasını ise geçersiz saymaktadır⁷⁶⁰.

Karşı görüş ise, yönetmelikle kanunda yer almayan geçerlilik şekli getirilemeyeceğinden, ÖÖKSHY md. 8 ile getirilen şekil şartının geçerli olamayacağını ifade etmektedir⁷⁶¹. Diğer bir görüş, Kanun'da cayma beyanının şekline dair bir düzenleme bulunmadığından yönetmelikle getirilen hükmün emredici olmadığını öne sürmekte ve tüketici lehine yorum ilkesi gereği, iadeli taahhütlü mektup yolu ile yapılan bildirimleri de geçerli saymaktadır⁷⁶². Bir başka görüş ise, tüketicinin cayma bildirimini noter aracılığıyla veya iadeli taahhütlü posta yoluyla ya da elden yazılı bildirimle yapılmış olmasını (ispat edilmesi kaydıyla) yeterli görmektedir⁷⁶³.

Kanaatimizce, ÖÖKSHY md. 8/2, cayma bildiriminin noter yoluyla bildirim bir sıhhat (geçerlilik) şartı olarak düzenlenmiş gibi görünse de kanun koyucunun tüketici bakımından bir hakkı kullanmayı zorlaştırması düşünülemez. Bu nedenle, iadeli taahhütlü posta ya da eğer ispatlanabiliyor ise e-posta da, cayma hakkının kullanılma şekli bakımından yeterli olmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, mahkeme kararları ve Yargıtay içtihatları bu konuda esas belirleyici olacaktır.

V. Sonuçları

A. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi Bakımından

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde tüketicinin cayma hakkını kullanmasıyla, sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmadan geçersiz hale gelir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme başlangıç anına geri döner ve sözleşmenin her iki tarafı da aldıklarını iade etmekle yükümlü olur⁷⁶⁴. Tüketici cayma hakkını kullanmakla herhangi bir tazminat,

⁷⁶⁰ Çabri, s. 226. Aynı yönde, Sert Sütçü, s. 54.

⁷⁶¹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 106 vd.

⁷⁶² Kara, s. 895 vd.

⁷⁶³ Aydoğdu, Ders, s. 275. Tutumlu ise, cayma bildiriminin süresi içinde yapıldığını (HMK md. 190/1, TMK md. 6 gereği) tüketicinin ispatlaması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Tutumlu, s. 131.

⁷⁶⁴ Aydoğdu, s. 90; Çabri, s. 226.

vergi, harç, masraf veya cezai şart ödeme yükümlülüğü altına girmez⁷⁶⁵. Cayma hakkını kullanan tüketicinin bu hakkı kullandıktan sonra bundan dönmesi ise mümkün değildir⁷⁶⁶. Cayma hakkının kullanılması ile birlikte taraflar, sözleşme ile edindiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre birbirlerine iade etmelidirler⁷⁶⁷.

ÖÖKSHY md. 8/5'e göre, cayma hakkının kullanılması durumunda, tüketicinin o güne kadar ödediği tutar ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belge, cayma bildirimimin satıcıya ulaştığı tarihten itibaren en geç on dört gün içinde tüketicie geri verilir. Tüketicinin satıcıdan o güne kadar yapmış olduğu ödemeler için ticari faiz talep edebilmesinin önünde bir engel yoktur⁷⁶⁸.

TKHK md. 43/3 ve ÖÖKSHY md. 8/6'ya göre, satıcının aldığı bedeli ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi iade ettiği tarihten itibaren, tüketici de on gün içinde edinimlerini iade etmelidir. Tüketicinin on günlük geri verme süresi, satıcının aldığı bedeli ve borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmesiyle birlikte başlar. Böylelikle, "aynı anda ifa" ilkesinden vaz geçilmiş ve tasfiyede ön iade yükümlülüğü satıcıya yüklenmiştir⁷⁶⁹.

Tüketici kendisine tanınan cayma hakkını hem ön ödemeli konut satışı sözleşmesi hem de ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi için kullanabilir. Ancak, cayma hakkının kullanılmasıyla, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin kat irtifakının devri suretiyle yapılması halinde akibetinin ne olacağı konusunda TKHK md. 40-46'da bir düzenleme yoktur. Gerçektende, uygulamada büyük sıkıntılar yaratacak olan cayma hakkının kullanılmasının tapu sicilindeki kayıtlara etkisi konusunda Kanun'da hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar uygulamada kat irtifakının devri suretiyle yapılan ön ödemeli konut satışı sözleşmelerine pek rastlanmasa da, bu şekilde yapılan bir

⁷⁶⁵ İnal, s. 702.

⁷⁶⁶ Çabri, s. 225.

⁷⁶⁷ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 111.

⁷⁶⁸ Atamer, s. 241. Yazara göre, satıcı on dört gün içerisinde satış bedelini iade etmezse temerrüde düşer ve süreyi geçirdiği her gün için temerrüt faizi öder. Aynı yönde, Çabri, s. 226.

⁷⁶⁹ Gümüş, s. 267; Aydoğdu, s. 90; Çabri, s. 226; Sert Sütçü, s. 52. Karşı görüşteki Atamer'e göre, iade borcunu yerine getirmeyen tüketicie karşı satıcıya da ödemezlik def'i imkanı verilmiş olmalıydı. Bkz. Atamer, s. 241.

sözleşmede tüketicinin cayma hakkını kullanması durumunda ne olacağı belirsizdir.

Sirmen, cayma hakkı için öngörülen süre geçmeden tapuda devir yapılmasının, tapu kütüğüne tescil için yapılan istem hakkında “*İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz*” hükmü (TST md. 16/2) ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Cayma hakkının kullanılmasına, taşınmazın eski maliki adına tescili için yeniden bir satış yapılması gerekeceği için ortaya ciddi masraflar çıkacaktır. Bu masrafların tüketici tarafından karşılanması ise tüketicinin cayma hakkını kullanmasında tereddütler yaşamasına sebep olabilir⁷⁷⁰.

Bir diğer görüşe göre, cayma bildirimının satıcıya bildirilmesi ile sözleşmenin geriye dönük olarak, aynı bir iptal hakkının kullanılmasında olduğu gibi (TBK md. 39), ortadan kalktığı ve müşterek mülkiyet hissesine bağlı kat irtifakına ilişkin tapudaki tescilin bir yolsuz tescile dönüştüğü kabul edilmelidir. Yolsuz tescilin tapu kaydında satıcı adına düzeltilmesi ise ciddi bir maddi külfeti beraberinde getirdiğinden, en azından cayma süresinin sonuna kadar tapu harçlarının ödenmesine dair özel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Zira, tüketiciye sağlanan bu korumanın bütün maliyetini satıcıların karşılaması doğru bir yaklaşım değildir⁷⁷¹.

Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde cayma hakkını kullanan tüketicinin iade borcu, kendisine devredilen mülkiyet veya kat irtifakının devrini tekrar satıcıya geçirmektir. Buna göre tüketici, ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu taşınmazın satıcıya devri için gerekli işlemleri yapma yükümlülüğü altındadır. Satıcı, tüketicinin devirden kaçınması halinde, TMK md. 716 gereği tescile zorlama davası açarak, ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu taşınmaz mülkiyetinin kendisine geçirilmesini istemelidir⁷⁷².

⁷⁷⁰ Sirmen, s. 161.

⁷⁷¹ Atamer, s. 240-241, dn. 545. Akla ilk olarak, yolsuz tescilin, dava açılmadan, tüketicinin talebi ile düzeltilmesi gelse de, bu yöntemin uygulanması tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 269. Eğer dava açılmaksızın düzeltme yapılmaz ise, satıcı, tapu kaydının düzeltilmesi için mahkemeye başvurmak durumunda kalacaktır.

⁷⁷² Çabri’ye göre, mülkiyetin devri, bağlı kredide olduğu, cayma hakkının kullanılmamasına bağlı olarak yapılabilir. Çabri, s. 226-227; Aydoğdu, Ders, s. 277. Ancak yazarlar bu noktada tüketicinin ne tür bir

Kat irtifakının devri suretiyle yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden tüketicinin cayması halinde ortaya çıkacak masraflara kimin ne oranda katılacağına dair TKHK’da herhangi bir düzenleme yoktur. Doktrindeki ağırlıklı görüş, cayma hakkını, tüketiciye tanınan ve hiçbir sebebe bağlı olmaksızın kullanılan bir hak olarak kabul ettiğinden, kat irtifakının satıcıya tekrardan devri için yapılacak masraflara tüketicinin katlanması gerektiği yönündedir⁷⁷³.

B. Ön Ödemeli Konut Satış Vaadi Sözleşmesi Bakımından

Kat irtifakının devri suretiyle yapılan ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden farklı olarak, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinde satın alınan konutun mülkiyeti tüketiciye geçmemektedir. Bu nedenle, tüketicinin mülkiyeti tekrardan satıcıya devretme gibi bir borcu söz konusu olmayacaktır. Ancak satıcı, yukarıda da belirtildiği üzere, tüketiciden o güne kadar tahsil etmiş olduğu satış bedelini ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi cayma bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç on dört gün içinde iade etmekle yükümlüdür.

Tüketicinin satıcıya mülkiyeti devir borcu olmamakla birlikte, eğer ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi ile tüketici satıcıdan başka bir şey almışsa, örneğin, mobilya, beyaz eşya gibi satışa bağlı promosyonlar söz konusu ise, bu aldıklarını da satıcıya iade etmek durumundadır⁷⁷⁴.

işlem yapması gerektiğini belirtmemiştir. Cayma hakkının aynı hak iktisabına etkili olacağı görüşünde, Gümüş, s. 271.

⁷⁷³ Çabri, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin kat irtifakı şeklinde yapıldığı hallerde, tapu sicildeki devrin cayma hakkı süresi sonunda yapılmasını önermektedir. Bkz. Çabri, s. 226-227. Aynı yönde, Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 108-109. Atamer ise, cayma hakkı süresinin sonuna kadar tapuda herhangi bir harç veya vergi tahsil edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Atamer, s. 241, dn. 545. Tüketicinin tapuda kat irtifakının satıcıya tekrardan devretmesi durumunda ortaya çıkacak masrafın nasıl paylaşılacağı hususunda da Kanun’da veya Yönetmelik’te bir düzenleme olmamakla birlikte, kanun koyucu, ÖÖKSHY md. 9’da, tüketicinin sözleşmeden dönmesi halinde ortaya çıkabilecek vergi, harç ve sair masrafların tüketici tarafından ödenmesi gerektiğini düzenlemiştir. Yani, kanun koyucu bilinçli olarak bir düzenleme yoluna gitmemekle esasında ortaya çıkacak masrafların satıcı tarafından ödenmesini istemiş de olabilir.

⁷⁷⁴ Gümüş, s. 267; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 110; Çabri, s. 227.

C. Bağlı Kredi Sözleşmesi Bakımından

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile konut satın alacak olan tüketici, satış bedelinin bir kısmı ya da tamamını konut finansmanı kuruluşundan sağlarsa bağlı kredi sözleşmesi söz konusu olur⁷⁷⁵. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile satın alınan konutun bağlı kredi sözleşmesine etkisi ise TKHK md. 43/2'de düzenlenmiştir. Buna göre, “*Taşınmazın kısmen veya tamamen bağlı krediyle alınması durumunda bağlı kredi sözleşmesi, sözleşmenin kurulduğu tarihte hüküm doğurmak üzere bu maddede öngörülen cayma hakkı süresi sonunda yürürlüğe girer*”.

Bu düzenlemeye göre, tüketici sözleşmeden doğan cayma hakkını kullandığında, bağlı kredi sözleşmesinden de caymış olduğu sonucuna varılacaktır. Böylelikle, bağlı kredi sözleşmesinin hüküm doğurması, ön ödemeli konut satışı sözleşmesiyle tüketiciye tanınan cayma hakkının kullanılmaması geciktirici şartına bağlanmış olmaktadır. Dolayısıyla, tüketicinin cayma hakkı süresi dolana kadar bağlı kredi sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğurmaz⁷⁷⁶. Hükümün düzenlenme amacı, konut finansmanı kuruluşunun satıcıya satış bedelini ödemesinin ardından, tüketicinin cayma hakkını kullanması sonucu, satıcının satış bedelini konut finansman kuruluşuna iade etmemesi durumunda, tüketicinin sorumluluğunun ortadan kaldırılmak istenmesidir⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ TKHK md. 30/1: Bağlı kredi sözleşmesi, tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir.

TKHK md. 35/1: Bağlı kredi sözleşmesi, konut finansmanı kredisinin münhasıran belirli bir konutun satın alınması durumunda bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik bir birlik oluşturduğu sözleşmedir. Bağlı kredi ile ilgili diğer açıklamalar için bkz. Acar, Şerh, s. 575 vd; Akipek Öcal, Şerh, s. 534 vd.

⁷⁷⁶ İnal, s. 699; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 113; Çabri, s. 222 vd; Acar, s. 33; Makaracı, s. 255; Aydoğdu, s. 90; Sert Sütçü, s. 50 vd.

⁷⁷⁷ İlgili maddenin gerekçesi şöyledir: “...Bağlı kredi sözleşmesi, tüketiciye tanınmış olan cayma süresi geçtikten sonra geçerlilik kazanacak olup, cayma hakkı süresi içerisinde tüketiciden faiz, komisyon, yasal yükümlülük gibi isimler başta olmak üzere hiçbir masraf da talep edilmemesi gerekmektedir. Böylece, cayma hakkını kullanan tüketicinin satıcıya ödemiş olduğu bedeli geri alamama riski ve krediye ilişkin masraf ve faiz gibi yükümlülükleri ödeme zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Örneğin, 100.000 TL bağlı kredi kullanan tüketici, satıcı ile imzaladığı ön ödemeli konut satım sözleşmesinden onuncu gün caymak istediğinde her ne kadar bağlı krediyi kullandığı kuruluşlara yazılı bildirimde bulursa da satıcıdan bu süre içerisinde ödemiş olduğu bedeli geri alamama dolayısıyla krediyi geri ödeyememe ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle, bağlı kredi sözleşmelerinin on dört günlük cayma hakkı süresi sonunda yürürlüğe girmesi öngörülmüştür”. Atamer’e göre, kredi veren, satıcıya belirli bir ödeme yapmış olsaydı dahi, bunun iadesi yükümlülüğü tüketicide değil, satıcıda olacaktı. Bu nedenle, gerekçede yer alan aksine çağrışımlar yersizdir. Bkz. Atamer, s. 239.

Cayma hakkının sona ermesi veya cayma hakkından feragat edilmesi ile geciktirici şart gerçekleşir ve böylece bağlı kredi sözleşmesi kurulduğu andan itibaren (geçmişe etkili olarak) hüküm ve sonuçlarını doğurur⁷⁷⁸. Satıcı konutu tam ve gereği gibi ifa etmediği takdirde, konut finansmanı kuruluşu, satıcı ile birlikte tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olacak, tüketici ise, konut finansmanı kuruluşuna yaptığı ödemeleri durdurabilecektir⁷⁷⁹.

ÖÖKSHY md. 8/3 ve TKHK md. 43/2 c. 2'ye göre, konut finansmanı kuruluşu cayma hakkı süresi içinde tüketiciden faiz, komisyon, yasal yükümlülük ve benzeri isimler altında hiçbir masraf ve ödeme talep edemez. Tüketiciden bu yasağa rağmen herhangi bir ödeme tahsil eden konut finansmanı kuruluşu, almış olduğu bedeli, tüketiciye iade etmelidir. Konut finansmanı kuruluşu, cayma hakkı süresi sona ermeden satıcıya herhangi bir ödemede bulunursa, tüketicinin bu bedeli konut finansmanı kuruluşuna geri ödeme yükümlülüğü yoktur. Dolayısıyla, satıcıya ödenen tutar yine satıcıdan talep edilmelidir.

Tüketici, cayma hakkını satıcıya yöneltmekle yükümlü olduğu halde, bağlı kredi sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda bu beyanını konut finansmanı kuruluşuna da bildirmek zorunda değildir⁷⁸⁰. ÖÖKSHY md. 8/2, c. 2 incelendiğinde tüketicinin böyle bir yükümlülüğü olmadığı anlaşılmaktadır. İlgili düzenleme, “*Konut bedelinin bir kısmının bağlı kredi ile karşılanması durumunda, cayma hakkının kullanıldığı bilgisi satıcı tarafından ilgili konut finansmanı kuruluşuna derhal bildirilir*” şeklindedir. Bu maddeye göre, cayma beyanı kendisine ulaşan satıcı, vakit kaybetmeksizin bu bildirim konut finansmanı kuruluşuna bildirmek durumundadır. Bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen satıcı, konut finansmanı kuruluşunun uğrayacağı zararlardan sorumlu olacaktır.

Tüm bunlarla birlikte, ÖÖKSHY md. 8/4'e göre, taşınmaz için bina tamamlama sigortası yaptırılmış ise, sigorta teminatı, kurulduğu tarihten itibaren hüküm doğurmak

⁷⁷⁸ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 154; Gümüş, s. 265.

⁷⁷⁹ İnal, s. 707.

⁷⁸⁰ Tüketicinin, cayma hakkını kullandığını, konut finansmanı kuruluşuna da bildirmesinin uygun olacağı görüşünde, Aydoğdu, s. 91.

üzere cayma hakkı süresi sonunda yürürlüğe girer.

§ 20. TÜKETİCİNİN ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞI SÖZLEŞMESİNDEN DÖNMESİ

I. Genel Olarak

Dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirip, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcunu doğuran, varması gerekli, şekle bağlı olmayan bir haktır⁷⁸¹. Dönme hakkı, hukuki niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir haktır. Sözleşmeden dönmenin amacı, mümkün olduğu ölçüde sözleşmenin kurulmasından önceki durumu yeniden sağlamaktır⁷⁸². Sözleşmeden dönme, iradi dönme ve kanuni dönme olarak iki kısma ayrılır. Tarafların, yapacakları sözleşmede dönme hakkını kullanacaklarına dair bir düzenleme iradi dönmeye, TKHK ve TBK’da düzenlenmiş olan dönme halleri ise kanuni dönmeye birer örnektir. Dönme bildirimini muhataba ulaşmakla, yöneltildiği andan itibaren kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğurur, sözleşmeyi ortadan kaldırır. Dönme hakkının kullanılması şarta bağlanamaz ve bu hak kullanıldıktan sonra geri alınamaz⁷⁸³.

Doktrinde sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçlarını açıklayan dört görüş ileri sürülmekte, ancak, ağırlıklı olarak iki görüş taraftar bulmaktadır. Bu görüşlerden ilki, klasik dönme görüşü, diğeri ise, dönüşüm görüşüdür⁷⁸⁴.

Klasik dönme görüşü, dönme hakkını bozucu yenilik doğuran bir hak olarak ele almaktadır. Buna göre sözleşme, dönme beyanıyla birlikte geçmişe etkili şekilde

⁷⁸¹ Eren, Borçlar Genel, s. 1120; Oğuzman/Öz, s. 381 vd; Buz, Dönme, s. 65; Serozan, s. 58 vd.

⁷⁸² Buz, Dönme, s. 78; Buz, s. 302; Öz, Dönme, s. 34.

⁷⁸³ Eren, Borçlar Genel, s. 1120 vd.

⁷⁸⁴ Tarafların dönme hakkının kullanılmasından sonra ortaya çıkan iade yükümlülüklerinin dayandığı hukuki sebep açısından dört görüş ileri sürülmektedir. Bunlar, sebepsiz zenginleşme, aynı istihkak, kanuni borç ve sözleşmeden doğan borç görüşleridir. Belirtilen görüşler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 1121-1123. Yasal borç ilişkisi görüşü hakkında bkz. Oğuzman/Öz, s. 414; Serozan, s. 62 vd; Buz, Dönme, s. 120 vd. Aynı etkili dönme görüşü için bkz. Eren, s. 1121 vd; Buz, Dönme, s. 121 vd.

kurulduğu andan itibaren ortadan kalkar. Dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme kurulduğu an'a geri döner ve sözleşmenin kurulmasından önceki koşullar ortaya çıkar. Dolayısıyla, daha önce taraflarca ifa edilen edimler hukuki sebepten yoksun hale gelir ve tarafların edinmiş oldukları bütün edinimler ve malvarlıklarındaki her artış sebepsiz zenginleşme olarak kabul edilir. İşte, taraflar bu kazanımların iade edilmesi için sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK md. 77) dayanarak dava açma yoluna başvurabilirler⁷⁸⁵.

Türk ve İsviçre hukuk sisteminde giderek daha fazla taraftar bulan ve ağırlık kazanan diğer görüş ise, dönüşüm (yeni dönme) görüşüdür. Dönüşüm teorisinde dönme hakkı, klasik görüşten farklı olarak, değiştirici yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmekte ve dönme hakkının kullanılması sözleşmeyi ortadan kaldırmamakta, sadece içeriğini değiştirmektedir. Bu nedenle, dönme hakkının kullanılmasıyla kazanılmış olan edinimlerin tasfiyesi ilişkisi ortaya çıkmaktadır⁷⁸⁶. Buna göre, tarafların henüz ifa etmedikleri edimler ortadan kalkar ve taraflar arasında daha önce ifa edilen edimler bakımından sözleşmeden doğan bir tasfiye (geri verme) ilişkisi doğar⁷⁸⁷. Klasik görüşte, taraflar edindiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep ediyorlarken, dönüşüm teorisinde sözleşmeden doğan bir iade yükümlülüğünün var olduğu kabul edilmektedir⁷⁸⁸.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi açısından bakıldığında, tüketiciye cayma hakkının yanında tanınmış olan diğer hakkın TKHK md 45 c.1 ve ÖÖKSHY md. 9 ile düzenlenen sözleşmeden dönme hakkı olduğu görülecektir. İlgili maddenin ilk hali, “*Ön ödemeli konut satışında, devir veya teslim tarihine kadar tüketicinin herhangi bir*

⁷⁸⁵ Bu konu hakkında daha geniş bilgi ve tartışmalar için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 1120; Oğuzman/Öz, s. 412 vd; Serozan s. 69 vd; Öz, Dönme, s. 257 vd. Borçlandırıcı işlemin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması ancak tasarruf işleminin geçerli olmaya devam etmesinin “sebebe bağlılık ilkesi” ile çeliştiği görüşünde, Buz, Dönme, s. 118 vd.

⁷⁸⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1120.

⁷⁸⁷ Serozan, s. 68 vd; Oğuzman/Öz, s. 415; Buz, Dönme, s. 123.

⁷⁸⁸ Buz, Dönme, s. 123. Dönüşüm görüşünün benimsenmesi gerektiği ve geri verme borcunun niteliği itibarıyla sözleşmeden doğduğu yönündeki açıklamalar için bkz. Serozan, s. 74 vd. Aynı görüşte, Eren, Borçlar Genel, s. 1122. Dönüşüm görüşünün eleştirisi için bkz. Öz, Dönme, s. 39-41 vd. Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda, sözleşmeden dönen alacaklının verdiği geri istemesine ilişkin davayı “şahsi” dava olarak nitelermekte ve bu davanın doğrudan doğruya “sözleşmeye aykırı davranış”dan kaynaklandığını kabul etmektedir. İlgili Yargıtay kararları ve açıklamalar için bkz. Reisoğlu, s. 387-388, dn. 49.

gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı vardır” şeklinde idi. Bu düzenleme incelendiğinde kanun koyucunun, tüketiciye hiçbir sebep veya gerekçe göstermeden, konutun devir veya teslim edilmesine kadar istediği anda, sözleşmeden dönme hakkı verildiği anlaşılmaktadır⁷⁸⁹.

Doktrinde ciddi anlamda eleştirilmiş⁷⁹⁰ olan TKHK md. 45 için kimi yazarlar “keyfi dönme hakkı”⁷⁹¹ tabirini kullanmış, kimi yazarlar ise, sözleşmelerdeki “ahde vefa” ilkesini adeta askıya alan bu hükmün gerekçesini sorgulamıştır⁷⁹². Hatta bir görüş, eİBK md. 227/f düzenlemesini, TBK md. 269’a paralel görmekte ve TBK md. 269 hükmünü, TKHK md. 45 ile birlikte incelendiğinde aslında tüketiciye ikinci bir “cayma hakkı” verildiğini ifade etmektedir⁷⁹³. Diğer bir görüş de paralel şekilde, TKHK md. 45’de sözü edilen dönme hakkının esasında tüketiciye tanınan ikinci bir “cayma hakkı” olduğunu belirtmiş, ikisi arasındaki farkın sadece tazminat açısından söz konusu olduğunu vurgulamıştır⁷⁹⁴. Başka bir görüş, dönme hakkını, cayma hakkının daha uzun bir süre ileri sürülmesi imkanı olarak tanımlamıştır⁷⁹⁵. Karşı görüş ise, dönme hakkının

⁷⁸⁹ İlgili maddenin gerekçesi, “İsviçre Borçlar Kanununun 227/f maddesi örnek alınarak tüketiciye tanınan diğer bir imkan, konutun devir ve teslim edilmesine kadar herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkıdır. Kuşkusuz bu hallerde satıcıyı korumak açısından tüketicinin bir dönme cezası ve konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masrafları ödemesi sözleşme ile kararlaştırılabilir. Fakat kararlaştırılacak olan dönme cezası en fazla toplam satış bedelinin % 2’si oranında istenebilecektir” şeklindedir. Madde gerekçesinde zikredilmiş olan eİBK md. 227/f, yürürlükten kalkmakla birlikte, alıcıya bir yıldan daha uzun veya belirsiz süreli bir ön ödemeli satış sözleşmesini her zaman ve haklı bir sebep olmaksızın sona erdirmeye hakkı vermiştir. Halbuki TKHK md. 45, tüketicinin bir yıldan daha uzun veya belirsiz süreli olarak yapıp yapılmadığına bakılmaksızın bütün ön ödemeli konut satışı sözleşmelerini her zaman ve geçmişe etkili olarak sona erdirebileceğini kabul etmiştir. Bkz. Gümüş, s. 270 vd.

⁷⁹⁰ Karakocalı/Kurşun, s. 138; Gümüş, s. 271; Özel, s. 194; Acar, s. 34.

⁷⁹¹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 79, 82 vd.

⁷⁹² Atamer, s. 242.

⁷⁹³ Gümüş, s. 270 vd. Nitekim, TBK md. 269/1’de düzenlenen ön ödemeli taşınır satışları düzenlemesinde “cayma hakkı”na rastlanmaktadır. İlgili maddeye göre, “ödeme süresi bir yıldan uzun veya belirsiz olan sözleşmelerde alıcı, malın devrine kadar her zaman sözleşmeden cayabilir”. Atamer, TBK md 269’un eİBK md. 227/f’den tercüme edildiğini ve İsviçre’de kullanılan “fesih” teriminin TBK’da “cayma”, TKHK’da ise, “dönme” olarak adlandırıldığını ifade etmiştir. Bkz. Atamer, s. 242 vd.

⁷⁹⁴ Çabri, s. 229. Yazar, cayma hakkının, hızlı karar vermiş bir tüketiciyi koruma amacı taşıdığını belirterek, dönme hakkının böyle bir amacının olmadığını ve hükmün gerekçesinde de bir açıklama bulunmadığını ifade etmiştir. Yazara göre, TKHK md 45 gerekçesinde eİBK md. 227/f hükmüne dayanılması, bu hükmün Türk hukukunda karşılığı olan TBK md. 269/1’in göz ardı edildiğini göstermektedir.

⁷⁹⁵ Makaracı, Konferans, s. 256.

farklı sonuçlar doğurması ve İsviçre metninin orijinal halinde cayma hakkı verilmesi niyetinin bulunmaması sebebiyle ikinci bir cayma hakkı görüşlerine katılmamaktadır. Aynı görüş, ön ödemeli sözleşmelerde hem bir tasarruf sözleşmesi hem de bir satış sözleşmesinin varlığından bahisle “dönme” yerine “fesih” ifadesinin kullanılmasının daha isabetli olacağını ileri sürmüştür⁷⁹⁶.

Gerçektende ilgili hükmün ilk hali incelendiğinde, kanun koyucunun, tüketiciyi koruma gayesiyle hareket etme düşüncesinin maksadını aştığı rahatlıkla söylenebilir. Zira, TBK'nın sözleşmeden dönmeye dair ilkeleri göz ardı edilmiş, sözleşmedeki ağırlık dengesi tüketici lehine bozularak düzenleme yapılmıştır. Nitekim, genel hükümlerde düzenlenen dönme hakkının kullanılması için ifası mümkün bir borcun muaccel olmasına rağmen borçlu tarafından yerine getirilmemesi koşulu aranmakta, haklı bir sebebin varlığıyla birlikte, borçlunun temerrüde düşürülmesi (TBK md. 117) ve mehil verilmesi gerekmektedir (TBK md. 123). Mehil verilmesine rağmen borç ifa edilmediği takdirde, alacaklı TBK md. 125/2 gereği sözleşmeden dönerek menfi zararını talep edebilmektedir.

TKHK md. 45 incelendiğinde ise, tüketiciye tanınan dönme hakkı için herhangi bir gerekçe veya belirli şartların gerçekleşmesi koşulunun aranmadığı görülecektir. Yani tüketici, konutun teslim edilmemesi, inşaaata başlanılmaması, ayıplı teslim veya konutun süresinde bitirilmeyeceğinin anlaşılması gibi sebeplere gerek duymadan sözleşmeden istediği gibi dönme hakkına sahiptir. Bu nedenle tüketiciye, caymaya benzer ve özel nitelikte, geniş kapsamlı bir dönme hakkının bahşedildiğinden söz edebiliriz.

Tüketicinin dönme hakkını (kötüniyetli olarak) kullanmasının esas tehlikesi satıcılar açısından söz konusu olacaktır. Zira satıcı, sattığı konutların bedeli ile projelerini finanse etmekte ve mali hesaplarını da buna göre yapmaktadır. Tüketicinin ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden konutun devir veya teslim süresi için belirlenen azami otuz altı aylık süre içerisinde gerekçesiz dönmesi, edimini gereği gibi ifa etme niyetinde olan satıcıya ağır zararlar verecektir. Örneğin, tüketici sözleşme devam ederken başka bir konut beğenmişse veya beklediği kâr payını elde edemeyeceğini (aldığı konutun prim

⁷⁹⁶ Atamer, s. 243.

yapmayacağını) düşünüyorsa ya da başka bir yere yatırım yapmayı istiyorsa, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. İşte bu ihtimal, satıcıyı telafisi güç ekonomik kayıplara uğratabilir. Dönme hakkını kullanan tüketicilerin sayısal olarak fazla olması ise, satıcının inşaat projesini tamamlamasını geciktirecek, belki de satıcının iflasına neden olabilecektir. Bu nedenle haklı olarak, “sözleşmenin kaderinin tamamen bir tarafın keyfine bırakıldığı” eleştirisine biz de katılmaktayız⁷⁹⁷.

Tüketicie tanınan gerekçesiz dönme hakkının sınırlandırılması düşüncesi, 684 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 8. maddesi ile hayata geçirilmiştir⁷⁹⁸. 684 sayılı KHK, md. 8/1 c.1'e göre, “*Ön ödemeli konut satışında sözleşme tarihinden itibaren yirmi dört aya kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı vardır*”. Dikkat edilecek ilk nokta, bu düzenlemeden önce, yani TKHK md. 45'in ilk halinde tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı konutun devir veya teslim süresine kadar söz konusu iken, bu düzenlemeyle, tüketicie tanınan dönme hakkı sözleşmenin başlangıcından itibaren iki yıllık süre ile sınırlandırılmıştır⁷⁹⁹.

TKHK md. 44/1 gereğince ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde devir veya teslim süresinin sözleşme tarihinden itibaren otuz altı aylık süreyi geçemeyeceğini yukarıda belirtmiştik. Dolayısıyla, sözleşmeden dönme hakkı ilk düzenlemede otuz altı aya kadar söz konusu olabiliyor iken, yeni düzenlemeyle bu süre yirmi dört aya indirilmiştir. TKHK ile tanınmış olan bir hakkın KHK ile sınırlandırılması, ilk bakışta tüketicieyi sözleşmelerde “zayıf taraf” olarak kabul eden tüketici hukuku ilkesine ters görünebilir. Hatta, sözleşmeden dönme hakkının süre olarak sınırlandırılması, tüketicieyi aşırı şekilde koruma şemsiyesi altına almak isteyen kanun koyucu politikasına ve “tüketici lehine yorum” ilkesine de uygun düşmemektedir. Zira, kanun koyucu, TKHK md. 4/2 ile, satıcı veya sağlayıcının tek taraflı olarak tüketici aleyhine sözleşmede değişiklik yapmasını yasaklarken, bizatihi kendisinin tüketici aleyhine düzenleme yapması bir çelişkidir. Çünkü, kanun değişikliği ile yapılması gereken bir düzenlemenin kanun

⁷⁹⁷ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 82. Yazarlar, tarafların sözleşmeye bağlanma iradesini ciddi bulmadıklarından esasen sözleşmenin geçerli doğmadığı görüşünü de ileri sürmektedir.

⁷⁹⁸ RG: 27.01.2017 Tarih ve S. 29957. Dönme hakkının belirli bir süre ile sınırlandırılmasını en başından beri savunmakta, Atamer, s. 243.

⁷⁹⁹ Kampanyalı satışları düzenleyen eTKHK md. 7'de tüketicinin kampanyadan ayrılma süresi malın teslimi anına kadar söz konusu olabilmekte idi.

hükümünde kararname ile yapılması eleştirisinin yanında, getirilen bu sınırlandırma bize göre yetersizdir. Bunun nedeni, tüketicinin halen herhangi bir sebep göstermeden, keyfince sözleşmeden dönebilecek olmasıdır. Her ne kadar, aşağıda anlatılacağı üzere, tüketicinin ödeyeceği tazminat miktarı arttırılmış olsa da, kanaatimizce büyük meblağların söz konusu olduğu konut satışları için öngörülen tazminatlar çok da yüksek değildir.

Kanaatimizce, bu düzenleme ile tüketicinin dönme hakkının süresi değil, gerekçesiz olarak sözleşmeden dönmesi sınırlandırılmıydı. Diğer bir söyleyişle, tüketicinin sözleşmeden dönebilmesi için dayanacağı bir sebebin varlığı şart koşulmalıydı. Zira, yirmi dört aylık süre içerisinde gerçekleşecek bir ekonomik kriz veya satın aldığı konutun yeterince prim yapmayacağını gören ve hiçbir neden göstermeden sözleşmeden dönülmesi, sadece borçlar hukukunda “ahde vefa” ilkesini zedelemekle kalmayıp, yüklenicileri ve dolayısıyla inşaat sektörünü ciddi anlamda olumsuz etkileyecektir.

Yeni getirilen düzenlemenin, var olan sözleşmelere etkisi de açıklanmaya muhtaçtır. Zira, 684 sayılı KHK yayınlanmadan önce akdedilen bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde dönme hakkının otuz altı ay mı yoksa yirmi dört ay olarak mı uygulanacağı hususu önem taşır. Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik⁸⁰⁰, geçici madde 1 “*Ön ödemeli konut satış sözleşmelerine, sözleşmenin akdedildiği zaman yürürlükte bulunan yönetmelik hükümleri uygulanır*” şeklindedir. Görüldüğü üzere, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi hangi zamanda akdedildi ise o zamanın yürürlükteki yönetmelik hükümlerine tabi olacağı düzenlenmiştir. Buna göre, 11 Mart 2017 tarihinden önce yapılmış bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde tüketici dönme hakkını konutun devir veya teslimine kadar olan süre içerisinde kullanabilir. Yani, satıcı konutu otuz altı ay sonunda tüketiciye teslim edecekse, bu durumda tüketicinin dönme hakkı otuz altı ay süresince devam eder. 11 Mart 2017’den sonra yapılan ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde tüketicinin dönme hakkı ise sözleşme tarihinden itibaren yirmi dört aydır.

⁸⁰⁰ RG: 11.03.2017 Tarih ve 30004 Sayı.

II. Dönme Hakkının Süresi

Tüketici, TKHK md. 45'in ilk hali ile, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden kaynaklanan dönme hakkını konutun devir veya teslimine kadar kullanabilmekte idi. Sözleşmede konutun devir veya teslim tarihi (aksi kararlaştırılmadıkça) otuz altı aylık bir süreye kadar belirlenebildiğinden, genel olarak tüketicinin dönme hakkı da otuz altı aylık süre için söz konusu idi⁸⁰¹. Her ne kadar, TKHK md. 45'in ilk hali, sözleşmeden dönmeyi devir veya teslimine kadar öngörmüş ise de, bu süre, kararlaştırılacak azami süreyi işaret eder. Diğer bir ifadeyle, taraflar ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde devir veya teslimi otuz altı aylık süreden daha kısa bir zaman olarak da kararlaştırabilirler. Örneğin, devir veya teslim süresinin yirmi dört ay olarak kararlaştırıldığı bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde tüketici, konutun devir veya teslimine kadar sözleşmeden dönebilecektir.

Kanaatimizce, ilgili düzenlemeyle getirilen yirmi dört ay süreli sınırlı dönme hakkı, tüketicinin gerekçe göstermeden (sebeup belirtmeden) sözleşmeden dönmeyi sağlamaya yöneliktir. Ancak, yirmi dört aylık süreden sonra tüketicinin dönme hakkının var olmadığı düşünülmemelidir. Zira satıcı, yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmezse tüketici yirmi dört aylık bu süreyle bağlı olmaz. Diğer bir ifadeyle, sözleşmede konutun devir veya teslim tarihi yirmi dört aydan daha uzun bir süre olsa dahi (örn. otuz altı ay), tüketici haklı nedenlere dayanarak yirmi dört aylık süreden sonra da haklı nedenlere dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

Sözleşmeden dönme hakkı süresinin kısaltılmasına dair düzenlemenin esasında gerekli olup olmadığı da tartışılabilir bir durumdur. Zira, tüketici henüz kendisine tapuda kat irtifakı veya mülkiyetin devri yapılmadan zilyetliğin devri ile konutta yaşamaya başlayabilir ya da kat irtifakı veya mülkiyet devredilmekle birlikte, konut kendisine zamanında teslim edilmemiş olabilir. Böyle bir durumda tüketicinin dönme hakkının var olup olmadığı konusunda çeşitli görüşler öne sürülmüştür⁸⁰².

⁸⁰¹ TKHK md. 44/1 gereği, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde devir veya teslim süresi sözleşme tarihinden itibaren otuz altı aylık süreyi geçemez.

⁸⁰² İlgili görüşlerin tümü, TKHK md. 45 düzenlemesinin ilk hali dikkate alınarak ele alınmıştır.

Bir görüŖe göre, tüketiciye zilyetliğin veya kat irtifakının devri ya da tapuda mülkiyetin nakli yapılmadıkça tüketicinin dönme hakkı vardır. Aynı görüŖ, sözleşme ile yüklendiği borcuna harfiyen riayet eden dürüst bir satıcının, tüketicinin keyfi dönme hakkını kullanmasıyla düşeceği zor durumu (iflas vb.) gerekçe göstererek, bunlardan birisi, yani, tek başına zilyetlik ya da tek başına mülkiyet devri yapılmışsa artık tüketicinin dönme hakkının söz konusu olmadığını belirtmektedir⁸⁰³.

Başka bir görüŖ, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi arasında ayırım yapmak suretiyle dönme hakkının kullanılma süresini açıklamaktadır. Buna göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde bağımsız bölümün teslimine kadar tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı vardır. Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinde ise kat irtifakı veya kat mülkiyetinin teciliyle birlikte zilyetliğin de devredilmesine kadar tüketici sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir⁸⁰⁴.

Bir diğer görüŖ ise, sözleşmeden dönme hakkının konutun teslimi ile birlikte tüketici adına tapuda tescili gerçekleşinceye kadar kullanılabileceğini ifade etmektedir. Konutun zilyetliğinin devri veya tapuda tescilden birinin yapılması, dönme hakkını sona erdirmez⁸⁰⁵. Diğer bir görüŖe göre ise, konut teslim edilse bile, mülkiyetin devri henüz gerçekleşmemişse, tüketici dönme hakkını kullanabilmelidir⁸⁰⁶.

Dönme hakkını düzenleyen TKHK md. 45'in ilk halinde zikredilen “devir veya teslim kadar” ifadesinin lafzından, konutun mülkiyetinin devredilmiş olmasına rağmen konutun zilyetliği teslim edilmemişse ya da tersi durumda, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği söylenebilir. Ancak, sözleşmeden dönme niyetinde olan bir tüketicinin mülkiyetin devri yapılmadan konutu teslim alması ya da tersi durumda veya içinde oturmaya başlamasından sonra bu hakkını keyfi şekilde kullanması bize göre iyiniyetli olmadığına dair bir karine sayılmalı, böyle bir durumla karşılaŖan satıcının TMK md. 2 gereği, hakkın kötüye kullanılması itirazında bulunabileceği kabul

⁸⁰³ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 85 vd.

⁸⁰⁴ GümüŖ, s. 272. Aynı yönde Çabri, s. 229.

⁸⁰⁵ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 155. Aynı yönde, Makaracı, Konferans, s. 257.

⁸⁰⁶ Çabri, s. 229.

edilmelidir⁸⁰⁷.

Dönme hakkını kullanmak isteyen tüketicinin dikkat etmesi gereken husus, cayma hakkının kullanılmasından farklı olarak, dönme beyanının yirmi dört aylık süre bitmeden satıcıya ulaşmış olması gerekliliğidir. Çünkü, cayma beyanını son gün hatta son saat kullanan tüketicinin bu beyanının satıcıya ne zaman vardığı önemli değildir. Zira, cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim cayma süresi içinde satıcıya yöneltilmiş olmasının yeterli olacağına dair TKHK md. 43/1 c. 2’de açık hüküm varken, dönme hakkının kullanılması konusunda bu tür bir düzenleme mevcut değildir. Dönme beyanı tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı olduğuna göre, bu beyan yirmi dört aylık süre dolmadan satıcının hakimiyet alanına ulaşmalıdır. Dönme beyanı satıcıya ulaşmakla kendiliğinden hüküm ve sonuçlarını doğuracak, tüketici sözleşmeden dönmüş olacaktır⁸⁰⁸. Sonuç olarak, dönme hakkını kullanmak isteyen tüketici, bu beyanının satıcıya ulaşması için gereken süreyi de göz önünde bulundurmak durumundadır.

III. Dönme Hakkının Kullanılma Şekli

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde dönme hakkını düzenleyen TKHK md. 45’in içeriğinde bu hakkın hangi şekilde kullanılacağı veya bir şekle bağlı olup olmadığı konusunda bir hüküm yoktur. Ancak, ÖÖKSHY md. 9/2’de dönme hakkının kullanıldığına dair bildirim satıcıya noterlikler aracılığıyla yöneltilmesinin yeterli olacağına dair bir düzenleme mevcuttur. Hükmün lafzından, dönme beyanının geçerli olabilmesi için, bu beyanın noterliklerde yapılmış olmasının zorunlu kılındığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, dönme beyanının noter aracılığıyla yapılması, karşımıza bir geçerlilik şartı olarak çıkmaktadır. Buna göre, noterler dışında başka bir şekilde yapılacak dönme beyanı geçersiz olacaktır. Ancak bu konuda Yargıtay ve mahkeme kararlarının asıl belirleyici olacağı kanaatindeyiz.

Kanunda yer almayan şekil şartının yönetmelikle getirilmesi eleştirisi bir tarafa bırakılırsa, dönme bildirimini noter dışında, iadeli taahhütlü posta veya ispatlanmak

⁸⁰⁷ Ayrıca bkz. Erman, Medeni Hukuk, s. 111 vd.

⁸⁰⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 1025 vd; Erman, Medeni Hukuk, s. 68.

kaydıyla e-posta ile yapılmasına da imkan tanınmalıydı. Zira, 684 sayılı KHK md. 8/1 ile dönme hakkının kullanılma süresi yirmi dört ay ile sınırlandırıldığından ve dönme beyanının da satıcıya ulaşması gerektiğinden, e-posta yoluyla bildirimde bulunulması yönünde bir düzenleme yapılması bize göre daha isabetli görünmektedir.

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda satışa konu olan konutun mülkiyeti henüz tüketiciye devredilmemiş ancak konutun zilyetliği devredilmiş ve bu konut TMK md. 194 anlamında bir aile konutu niteliği taşıyorsa, sözleşmeden dönmek isteyen tüketici, eşinin de rızasını almak zorundadır. Aile konutu vasfını taşıyan bir ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinden dönmek isteyen tüketicinin, eşinin rızasını almadan yapacağı dönme beyanı ise kesin hükümsüz olacaktır⁸⁰⁹.

ÖÖKSHY 9/2 c. 2'ye göre, konut bedelinin bir kısmının bağlı kredi ile karşılanması durumunda, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullandığına ilişkin bilgi, satıcı tarafından ilgili konut finansmanı kuruluşuna derhal bildirilmelidir.

IV. Sonuçları

A. Genel Olarak

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden tüketicinin dönmesi halinde ortaya çıkan sonuçlardan biri olan tarafların iade yükümlülüğü TKHK md. 45/3' de düzenlenmiştir. Buna göre, *“Sözleşmeden dönülmesi durumunda, tüketiciye iade edilmesi gereken tutar ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belge, dönme bildirimiminin satıcıya ulaştığı tarihten itibaren en geç yüzseksen gün içinde tüketiciye geri verilir. Satıcının aldığı bedeli ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi iade ettiği tarihten itibaren, tüketici on gün içinde edinimlerini iade eder”*⁸¹⁰. Tüketicinin dönme hakkını kullanması

⁸⁰⁹ Gümüş, s. 272; Çabri, s. 230.

⁸¹⁰ TKHK md. 45/3'ün ilk hali, tüketicinin sözleşmeden dönmesi durumunda, tüketiciye iade edilmesi gereken tutar ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgenin, dönme bildirimiminin satıcıya ulaştığı tarihten itibaren en geç doksan günde geri verileceğini düzenlemekteydi. 27.01.2017 Tarih ve 29957 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 684 no'lu KHK md. 8 ile satıcının iade yükümlülüğü yüz seksen güne çıkarılmıştır.

ile birlikte, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi veya ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin geçmişe etkili olarak (ex tunc) hükümsüz hale geleceği ve hükümsüz hale gelen sözleşme nedeniyle tarafların birbirlerinden aldıklarını iade etme borcu altına gireceği ifade edilmektedir⁸¹¹.

Tüketicinin dönme hakkını kullanmasıyla beraber ortaya çıkan “edinimlerin iadesi” borcunun niteliği ise doktrinde tartışmalıdır. Özellikle ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin kat irtifakının devri suretiyle yapıldığı durumlarda, tüketicinin kendisine devredilen kat irtifakını satıcıya tekrardan nasıl ve hangi sebeple devredeceğinin açıklanması gerekir. Zira, Kanunda tarafların edinimlerini nasıl iade edeceklerine dair bir herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, sözleşmeden dönme üzerine daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi, karşı tarafa devredilen hak aynı bir hak olsa dahi, (klasik dönme görüşü çerçevesinde) ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilir. Aynı görüşe göre, satın alınan konutun mülkiyeti veya zilyetliği tüketiciye devredilmemişse, tüketici TBK md. 77 gereği sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre satış bedelinin iadesini talep edebilecektir⁸¹².

Bir diğer görüş, borçlar hukuku ilkelerinden farklı düzenlenen gerekçesiz dönme hakkını, ikinci bir cayma hakkı olarak nitelemekte ve kanun koyucunun cayma hakkının “aynı hak iktisaplarını ortadan kaldıracı” etkisini göz ardı ettiğini belirtmektedir. Aynı görüşe göre, teknik anlamda bir dönme hakkının kullanımı varmış gibi, klasik dönme görüşü bakış açısıyla, tüketicinin iade borcunun sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanması, esasen kanun koyucunun bilinçli hareket etmediğinin bir göstergesidir⁸¹³.

⁸¹¹ İnal, s. 718; Gümüş, s. 271; Çabri, s. 230.

⁸¹² Oğuzman/Öz, s. 415; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 81, dn. 110, 87. İlginçtir, aynı eserin yazarlarından Vardar Hamamcıoğlu, sözleşmeden dönmeye dayalı iade taleplerinin sebepsiz zenginleşmeye göre değil, taraflar arasındaki tasfiye ilişkisine dayandığını savunmaktadır. Bkz. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 87, dn. 116.

⁸¹³ Gümüş, s. 276.

Bazı yazarlar ise, dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte edinimlerin iadesi borcunu bir tasfiye ilişkisi olarak görmektedir⁸¹⁴. Yeni dönme (dönüşüm) teorisinin bir yansıması olan tasfiye ilişkisinin kabulü halinde, tüketicinin sözleşmeden dönmesi geçmişe etkili olmakla birlikte ortadan kalkmamaktadır. Dönme sonucunda sözleşmenin sadece içeriği değiştiğinden sözleşme devam eder ve tarafların yerine getirmiş olduğu edimler, sözleşmeden doğan bir borca dayanılmak suretiyle talep edilecektir⁸¹⁵. Diğer bir anlatımla, dönme ile sözleşmenin konusu değişmekte ve sözleşmeden doğan “verme” yükümlülüğü, yine sözleşmeden doğan “geri verme” yükümlülüğüne dönüşmektedir⁸¹⁶. Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşmenin dönmeden sonra da varlığını bir tasfiye ilişkisi olarak devam ettirebilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade mutabakatı içinde olmaları gerekir⁸¹⁷. Aksi durumda tasfiye ilişkisinin nasıl devam edeceği belirsizleşir.

Borçlar hukuku ilkeleri göz önüne alındığında, bir sözleşme ilişkisini nedensiz yere dönme işlemi ile sonlandırmak neredeyse imkansızdır. Zira, borçlar hukukunun temel ilkelerinden sözleşmede “ahde vefa-sözleşmeye bağlılık” ilkesi, dönme hakkının keyfi kullanılması karşısında bir engeldir. Bununla birlikte, taraflarca sözleşmede kararlaştırılmamış ya da kanunda yer almayan bir dönme hakkının kullanılması da mümkün değildir. Bu nedenle, dayanağı bulunmayan bir dönme hakkı geçersiz sayılacak ve hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır. TKHK md. 45 incelendiğinde, tüketiciye tanınan dönme hakkının kullanılması için herhangi bir gerekçe gösterilmesine gerek yoktur. Sadece bu yönüyle dahi, borçlar hukukunda teknik olarak tanımlanan dönme hakkından farklı olduğu söylenebilir. Kaldı ki, dönme hakkının kullanılması için gerekli olan bazı koşulların (ihtar, ihbar, mehil vs.) aranmaması da bu farklılığın diğer bir göstergesidir.

TBK md. 125 incelendiğinde ise, tarafların sözleşmeden dönmesi halinde karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulacakları açıkça düzenlenmiştir. Borçlar hukuku

⁸¹⁴ Serozan, s. 74 vd; Eren, Borçlar Genel, s. 1122; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 87, dn. 116; Gümüş, s. 276. Karş. Oğuzman/Öz, s. 415-416.

⁸¹⁵ Oğuzman/Öz, s. 415. Dönüşüm teorisinin eleştirisi için bkz. Buz, Dönme, s. 134-140 vd. Buz, dönmenin geçmişe olan etkisini, “ayni etkili dönme” teorisi çerçevesinde değerlendirmektedir.

⁸¹⁶ Serozan, s. 90. Aynı yönde, Eren, Borçlar Genel, s. 1122.

⁸¹⁷ Buz, Dönme, s. 134.

sistematikinde sözleşmeden dönme üzerine, borç ilişkisinin (klasik dönme teorisi ışığında) geçmişe etkili olarak baştan itibaren ortadan kalkacağı kabul edildiğine göre, iade yükümlülüğünün de sebepsiz zenginleşmeden kaynaklandığı rahatlıkla söylenebilir⁸¹⁸. Bu nedenle satıcı, dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, tüketiciye devretmiş olduğu kat irtifakının iadesini, TBK hükümlerine paralel olarak, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilecektir⁸¹⁹. Bu talebin dayanağını ise, “sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi (conductio ob causam finitam)” oluşturmaktadır (TBK md. 77/2)⁸²⁰.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin kat irtifakının devri suretiyle yapılması durumunda tarafların iade yükümlülüğünün nasıl olacağı da açıklanmalıdır. Zira, Türk hukuk sisteminde, bir aynı hak, geçerli bir yoldan bir kere kurulup devredilince, artık “hukuksal nedene bağlılık ilkesi” çerçevesinde bile, hukuksal nedenin sonradan ortadan kalkmasıyla, bu ortadan kalkma “geçmişe etkili” de olsa o aynı hak kendiliğinden eski sahibine geri dönemez⁸²¹. Yani, dönme, aynı etkili tasarruf sözleşmesine etkili değildir. Diğer bir ifadeyle, cayma hakkından farklı olarak, dönme hakkının aynı bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte tüketiciye devredilen kat irtifakı kendiliğinden satıcıya geri dönmez.

Satıcının tüketiciden almış olduğu satış bedelini ve diğer bütün borç altına sokan belgeleri iade etmesinin ardından tüketicinin on günlük süre içerisinde kat irtifakını tekrar devretmekten kaçınması halinde satıcı, TMK md. 716’ya dayanmak suretiyle tescile zorlama davası açarak kat irtifakının veya konutun mülkiyetinin kendi adına

⁸¹⁸ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Oğuzman/Öz, s. 415-416. Aynı yönde Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 87. Nitekim Yargıtay, dönme ile birlikte sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağını ve iade borçlarının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması gerektiğini kökleşmiş içtihatlarla kabul etmektedir. İlgili kararlar için bkz. Buz, Dönme, 129-132.

⁸¹⁹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 89. Buz ise, dönme hakkının kullanılmasından önce yerine getirilmiş edimlerin iadesine ilişkin talep hakkını aynı nitelikte bir talep hakkı olarak görmektedir. Bu nedenle, dönme hakkının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte, devredilen malın mülkiyeti kendiliğinden ilk sahibine geri dönecek ve iade alacaklısı istihkak davası açmak suretiyle iadeyi talep edebilecektir. Bkz. Buz, s. 167.

⁸²⁰ Oğuzman/Öz, s. 412.

⁸²¹ Serozan, s. 91. Yargıtay istisnai birkaç kararında, dönülen sözleşme gereği daha önce karşı tarafa devredilen mülkiyetin, sözleşmeden dönme ile birlikte tekrar devreden şahsa döneceği içtihadında bulunmuştur. İlgili karar için bkz. Buz, Dönme, s. 131 vd.

devrini talep edebilecektir^{822 823}. Tüketicie kat irtifakının devredilmediği ancak fiilen teslimin (zilyetliğin devri) yapılmış olduğu durumlarda, iade borcunu yerine getirmeyen tüketicie karşı satıcı, zilyetliğin iadesi için (TMK md. 993-995) dava açma yoluna gitmelidir⁸²⁴.

Satıcının iade yükümlülüğünü yerine getirmesiyle on günlük süre içerisinde edinimlerini kendi rızasıyla geri vermek için tapu müdürlüğüne giden tüketici, adına tescil edilen kat irtifakının terkinini ve satıcı adına yeniden tescil etmek istediğini talep ettiğinde, bu talebi büyük olasılıkla reddedilecek ve tapu sicil müdürlükleri, taraflara bu işlemleri tekrardan satış şeklinde yapmalarını teklif edecektir⁸²⁵. Böyle bir durumda, ortaya çıkan masraflara kimin katlanacağı, cevaplanması gereken bir diğer sorudur.

TKHK md. 45/1 c.2 “Sözleşmeden dönülmesi durumunda satıcı, konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masrafların ...ödenmesini isteyebilir” şeklindedir. İlgili düzenleme gereği, tüketicinin gerekçesiz dönme hakkını kullanmasıyla birlikte ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden doğan her türlü vergi, harç ve diğer masraflar tüketici tarafından karşılanmalıdır. O halde, ön ödemeli konut satışı sözleşmesine dayalı olarak kat irtifakının devredildiği durumlarda, konut mülkiyetinin satıcıya tekrardan devri için gereken masraflara tüketici katlanacaktır. Dönme hakkının kullanılması sonucu ortaya çıkan masrafları tüketicinin karşılaması isabetli bir düzenlemedir. Zira, tüketici, herhangi bir gerekçe göstermeden ve tek taraflı olarak dönme hakkını kullanabildiğine göre, dönmenin ekonomik sonuçlarına da katlanmalıdır⁸²⁶.

⁸²² Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 89; Çabri, s. 230.

⁸²³ Serozan da aynı hakkın iadesi için tescil davası açılması gerektiğini özellikle belirtmiştir. Yargıtayın tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılması yönündeki kararı için bkz. Serozan, s. 95, dn. 101. Nitekim Buz’da, dönme üzerine daha önce yerine getirilen aynı nitelikteki edimlerin iadesi için tapu kaydının düzeltilmesi davası açılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Buz, Dönme, s. 140.

⁸²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 120; Eren, Mülkiyet, s. 31-35 vd.

⁸²⁵ Sirmen, s. 161; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 89; Atamer, s. 247.

⁸²⁶ Atamer, s. 244, dn. 553; Çabri, s. 231. 3 Şubat 2017 Tarih ve 29968 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2017/9759 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesine Ek 1. maddesine göre, ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinde binde 9.48 olarak uygulanan damga vergisi oranı “sıfır” olarak belirlenmiştir.

Cevaplanması gereken bir diğer soru, satıcının bu masrafları isteyebilmesi için sözleşmede bir düzenleme yapılmasının gerekip gerekmeyeceğidir. TKHK md. 45/1 c.2 lafzından, dönme hakkının kullanılması halinde, sözleşmede herhangi bir düzenleme olmasa da masrafların istenebileceği anlaşılmaktadır. Ancak hükmün gerekçesinde, *“Kuşkusuz bu hallerde satıcıyı korumak açısından tüketicinin bir dönme cezası ve konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masrafları ödemesi sözleşme ile kararlaştırılabilir”* ifadesinden, bu masrafların istenebilmesi için sözleşmede bu yönde bir hüküm konulmasının gerektiği söylenebilir. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, sözleşmeden gerekçesiz dönme halinde ortaya çıkacak masrafların satıcı tarafından talep edilebilmesi için sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmasına gerek yoktur⁸²⁷. Diğer bir ifadeyle satıcı, sözleşmede masrafların tüketici tarafından ödeneceğine dair bir düzenleme olmasa da, bu masrafları talep edebilmelidir.

B. Dönme Hakkının Kullanılmasıyla Birlikte Edimlerin İade Sırası

Tarafların iade yükümlülüğü TKHK md. 45/3’ de düzenlenmiştir. Buna göre, *“Sözleşmeden dönülmesi durumunda, tüketicie iade edilmesi gereken tutar ve tüketicieyi borç altına sokan her türlü belge, dönme bildirimiminin satıcıya ulaştığı tarihten itibaren en geç yüzseksen gün içinde tüketicieye geri verilir. Satıcının aldığı bedeli ve tüketicieyi borç altına sokan her türlü belgeyi iade ettiği tarihten itibaren, tüketici on gün içinde edimlerini iade eder”*⁸²⁸.

Satıcı, dönme bildirimini kendisine ulaştıktan yüz seksen gün sonrasına kadar tüketiciden almış olduğu satış bedelini ve diğer bütün borç altına sokan belgeleri iade etmek zorundadır. İlgili hüküm incelendiğinde, satıcının sözleşmeden dolayı tüketiciden aldığı satış bedelini ve tüketicieyi borç altına sokan her türlü belgeyi öncelikle geri verme borcu altında olduğu görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, aldıklarını ilk iade etmesi gereken taraf

⁸²⁷ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 92; Çabri, s. 231; Acar, s. 34.

⁸²⁸ TKHK md. 45/3’ün ilk hali, tüketicinin sözleşmeden dönmesi durumunda, tüketicieye iade edilmesi gereken tutar ve tüketicieyi borç altına sokan her türlü belgenin, dönme bildirimiminin satıcıya ulaştığı tarihten itibaren en geç doksan günde geri verileceğini düzenlemekteydi. 27.01.2017 Tarih ve 29957 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 684 no’lu KHK md. 8 ile satıcının iade yükümlülüğü yüz seksen güne çıkarılmıştır.

satıcıdır. Böylelikle kanun koyucu “aynı anda ifa” ilkesinden farklı bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir⁸²⁹.

Satıcı, tüketiciye satış bedeli ve tüketiciyi borç altına sokan belgeleri iade etmediği sürece, tüketiciden edinmiş olduklarını iade etmesini talep edemez. Tarafların sözleşme ile bu hükmün aksini kararlaştırmaları da mümkün değildir. Tüketici ise, satıcının kendisinden aldığı bedeli ve borç altına sokan her türlü belgeyi iade ettiği tarihten itibaren, on gün içinde her türlü edinimini iade etmekle yükümlüdür.

C. Tüketicinin Tazminat Ödeme Borcu

Tüketicinin dönme hakkını kullanmayı tekrardan düşünmesini sağlamak ve taraflar arasındaki dengeyi gözetmek adına, tüketicinin sözleşmeden gerekçesiz dönmesi halinde satıcıya tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. TKHK md. 45/1 c. 2'nin ilk hali, “Sözleşmeden dönülmesi durumunda satıcı; konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar tazminatın ödenmesini isteyebilir” şeklinde idi. İlgili hüküm incelendiğinde, sözleşmeden herhangi bir gerekçe göstermeden dönen tüketiciye ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden doğan masraflar yükletildiği gibi, sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar da tazminat ödeme yükümlülüğü getirildiği görülmektedir.

Her ne kadar, tüketiciye sözleşmenin yüzde ikisine kadar tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmiş olsa da, doktrinde, tüketiciye tanınan gerekçesiz dönme hakkının sınırlandırılması düşüncesi neredeyse tüm yazarlar tarafından ortak görüş olarak kabul görmektedir⁸³⁰. Bizim de yukarıda belirttiğimiz gibi, tüketicinin sözleşmeden gerekçesiz olarak dönmesi ve dönme hakkını kullanan tüketicilerin sayı olarak fazla olması, satıcı açısından ağır sonuçlar doğuracak niteliktedir. Nitekim, büyük inşaat şirketleri ve

⁸²⁹ Bu konu hakkındaki eleştiriler için bkz. Atamer, s. 247. Kanaatimizce tüketici, kendi yükümlülüğünü yerine getirmesine müteakiben, satıcının, yüz seksen günlük sürede satış bedelini geri ödemesi için faiz talep edebilmelidir.

⁸³⁰ Karakocalı/Kurşun, s. 138; Gümüş, s. 271; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 79 vd; Atamer, s. 243; Çabri, s. 229; Acar, s. 34; Özel, s. 194.

müteahhitlerin de yoğun şikayetleri karşısında, 684 sayılı KHK⁸³¹ md. 8/1 c. 2 ile yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme, “Sözleşmeden dönülmesi durumunda satıcı, ... sözleşme tarihinden itibaren ilk üç ay için sözleşme bedelinin yüzde ikisine, üç ila altı ay arası için yüzde dördüne, altı ila on iki ay arası için yüzde altısına ve on iki ila yirmi dört ay arası için de yüzde sekizine kadar tazminatın ödenmesini isteyebilir” şeklindedir.

Görüldüğü gibi kanun koyucu, sözleşmeden dönme tazminatını, dönülen zamana göre belirleme yoluna gitmiştir. Tüketici, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yapıldıktan üç ay sonrasına kadar gerekçesiz olarak sözleşmeden dönerse sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar, sözleşmeden üç ile altı ay arasında döndüğü takdirde sözleşme bedelinin yüzde dördüne kadar bir meblağı satıcıya tazminat olarak ödeyecektir. Tüketici altı ile on iki ay arasında sözleşmeden dönerse bu sefer sözleşme bedelinin yüzde altısına kadar, on iki ay ile yirmi dört ay arasında sözleşmeden dönülmesi halinde ise, sözleşme bedelinin yüzde sekizine kadar belirlenmiş olan tutarı satıcıya tazminat olarak ödeyeceği hüküm altına alınmıştır. Önceki düzenlemede, sözleşmeden dönülmesi durumunda tüketicinin ödeyeceği azami tazminat tutarı sözleşme bedelinin yüzde ikisi ile sınırlandırılmıştı. Kanun koyucunun, tazminat miktarını sözleşmeden dönülen her dönem için ayrı ayrı belirlemekle, tüketicinin sözleşmeden rahatça dönmesini engellemek ve tekrar düşünmesini sağlamayı amaçladığı söylenebilir.

TKHK md. 45 ile öngörülen tazminatın dönme cezası niteliğinde olduğu, ilgili hükmün gerekçesinde açıkça belirtilmiştir⁸³². Dönme cezası ise, TBK md. 179/3’de tanımlanmıştır. Buna göre, borçlunun, karşılaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır. Bu tür ceza koşulunda borçlu, diğer tarafın borca aykırı bir davranışı olmaksızın karşılaştırılan cezayı ödemek suretiyle sözleşmeden herhangi bir gerekçe göstermeden

⁸³¹ RG: 27.01.2017 Tarih ve S. 29957.

⁸³² TKHK md. 45 gerekçesi: “... Kuşkusuz bu hallerde satıcıyı korumak açısından tüketicinin bir dönme cezası ve konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masrafları ödemesi sözleşme ile karşılaştırılabilir. Fakat karşılaştırılacak olan dönme cezası en fazla toplam satış bedelinin % 2’si oranında istenebilecektir”.

dönebilmektedir⁸³³.

Satıcı, tüketicinin ödeyeceği tazminat tutarından daha fazla bir zarara uğramış olsa dahi Kanunda öngörülen dönme tazminat oranları dışında başkaca bir şey talep edemez. Diğer bir ifadeyle, satıcı tüketiciden aşkın zarar talebinde bulunamaz. Zira, TKHK md. 45 gerekçesinde, kararlaştırılacak olan dönme cezasının en fazla yüzde iki (yeni düzenlemeyle dönülen döneme göre değişmekle yüzde 2, 4, 6 veya 8) olacağı belirtilmiştir⁸³⁴. Bu nedenle, satıcının tüketiciden isteyebileceği tazminat tutarı dönmenin zamanına göre en fazla yüzde iki, dört, altı ve sekiz ile sınırlıdır.

TKHK md. 45'in gerekçesinde bahsi geçen "... kararlaştırılacak olan dönme cezası en fazla toplam satış bedelinin % 2'si oranında istenebilecektir" ifadesiyle, sözleşmeden dönme cezasının istenebilmesinin sözleşmede kararlaştırılmış olmasına bağlı olduğu gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Halbuki, TKHK md. 45/1 incelendiğinde, dönme cezasının istenebilmesi için bunun sözleşmede yer alması gerektiğine dair bir cümle ya da ima bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, dönme cezasının istenebilmesi için sözleşmede bu yönde hüküm bulunmasına gerek yoktur. Eğer kanun koyucunun iradesi bu yönde olsaydı, konut finansmanı sözleşmelerinde erken ödeme cezasının düzenlendiği TKHK md. 37/2'de olduğu gibi açık bir düzenleme yapma yoluna giderdi⁸³⁵. Bu nedenle, tüketiciden istenilecek dönme cezasının sözleşmede kararlaştırılmış olması gerekmez. Çünkü, dönme cezasının dayanağını kanun hükmü oluşturmaktadır.

⁸³³ Dönme cezası hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 1186; Serozan, s. 221.

⁸³⁴ Aydoğdu, s. 279; Gümüş, s. 273; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 93; Çabri, s. 231. Öz'e göre, TKHK md. 45 metninde bedelin "yüzde ikisi kadar" değil de "yüzde ikisine kadar" denildiği için satıcının bu miktara kadar olan zararını ispat etmesi gerekir. Bkz. Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 155. Yeni düzenlemeyle birlikte tüketici sözleşme yapıldıktan üç ay sonrasına kadar sözleşmeden dönerse sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar; üç ile altı ay arasında yüzde dördüne kadar; altı ile on iki ay arasında yüzde altısına kadar; on iki ay ile yirmi dört ay arasında ise, sözleşme bedelinin yüzde sekizine kadar olan tutarı satıcıya tazminat olarak ödeyeceği unutulmamalıdır.

⁸³⁵ Çabri, s. 231. Aynı yönde, Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 92. Aksi görüşte, Atamer, s. 244. ÖÖKSHY md. 7/1-i hükmünde ise, sözleşmeden dönme hakkının kullanılma şartları, süresi, usulü ile tazminata ilişkin bilgilerin ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin zorunlu içeriğinde bulunması gerektiği düzenlenmiştir.

D. Tazminat İstenemeyecek Durumlar

Tüketici, gerekçesiz olarak sözleşmeden döndüğü takdirde satıcıya tazminat ödemekle yükümlü olsa da, bazı durumların varlığı halinde tüketiciden tazminat talep edilemeyeceği düzenlenmiştir. TKHK md. 45/2, “*Satıcı, yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmezse tüketiciden herhangi bir bedel talep edemez. Tüketicinin ölmesi veya kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması sebebiyle ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmesi ya da sözleşmenin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi yüzünden sözleşmeden dönülmesi hâllerinde tüketiciden herhangi bir bedel talep edilemez*” şeklindedir⁸³⁶. İlgili düzenlemede sayılan haller aşağıda tek tek incelenecektir.

1. Satıcının Borcunu Hiç veya Gereği Gibi Yerine Getirememesi

TKHK md. 45/2 c.1 ve ÖÖKSHY md. 9/4-a’da satıcının yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi durumunda tüketiciden tazminat talep edemeyeceği düzenlenmiştir. Bu madde esasında düzenlenmemiş olsaydı dahi tüketici, satıcının borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmediğinden bahisle genel hükümlere göre (TBK md. 117 vd.) yine sözleşmeden dönebilecekti. Başka bir ifadeyle, taraflardan birinin sözleşmeye aykırı bir davranışı söz konusu ise, diğer tarafın sözleşmeden dönme hakkı genel hükümler çerçevesinde zaten mevcuttur. Bu nedenle bu düzenlemenin tüketici kanununa özgü olmadığı söylenebilir⁸³⁷.

Satıcının ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile yüklenmiş olduğu edim, konutu inşa ederek ayıpsız bir şekilde tüketiciye teslim etmektir. Satıcının konutu ayıplı olarak teslim etmesi veya teslimin ayıplı olacağı anlaşılıyorsa artık satıcı tüketiciden tazminat talep edemez. Satıcının inşaata hiç başlamamış olması da tüketiciye tazminatsız dönme

⁸³⁶ Ön ödemeli taksitle satışta cayma hakkını düzenleyen TBK md. 269/3’de benzer şekilde, alıcının ölmesi veya kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması sebebiyle ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmesi ya da sözleşmenin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi yüzünden sözleşmeden cayılmış olursa, cayma parası istenemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

⁸³⁷ Atamer, s. 244; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 99; Çabri, s. 232; Gümüş, s. 274.

hakkı verecektir. Konutun sözleşmede kararlaştırılan sürede teslim edilmemesi veya zamanında teslim edilemeyeceğinin açıkça anlaşılıyor olması halinde de tüketicinin sözleşmeden tazminatsız dönme hakkı söz konusudur. Satıcı, verilen örnekler açısından, temerrüde düşmekte kusursuz olsa bile tüketici, TBK md. 123 uyarınca ek süre tanımadan tazminatsız dönme hakkını kullanabilir. Böyle bir durumda tüketici uğramış olduğu menfi zararları da talep etmelidir⁸³⁸. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi için yapılan masraflar, ödenen harç ve vergiler ve hatta tüketicinin kaçırdığı sözleşme fırsatlarının tümü menfi zarar kapsamında olup, tüketicinin menfi zararlarını isteyebilmesi için satıcının sözleşmeye aykırı davranışında kusurlu olması gerekmektedir. Satıcı, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmede kusurlu olmadığını ispat edebiliyorsa, bu durumda tüketicinin menfi zararlarını ödemekle sorumlu olmaz⁸³⁹.

2. Tüketicinin Sözleşme İfa Edilmeden Ölmesi

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde satış bedelini ödemekle yükümlü olan tüketicinin ölmesi sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmez⁸⁴⁰. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile satın alınan konutun devir ve teslimi yapılmadan tüketicinin ölmesi halinde, mirasçılara bu sözleşmeden tazminatsız olarak dönme hakkı tanınmıştır. İlgili maddenin gerekçesi incelendiğinde, “İhtiyaç duyup duymadıkları meçhul bir edim için mirasçıların geleceğe dönük olarak yükümlendirilmesinin doğru bulunmadığı” ifade edilmektedir. Mirasçılar ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden dönme hakkını kullanırlarsa, ortaya çıkacak masraflara da katlanmak durumunda kalacaklardır. Zira, sözleşmeden dönülmesinde herhangi bir kusuru olmayan satıcıya bu masrafların yükletilmesi adil görünmemektedir⁸⁴¹.

⁸³⁸ İnal, s. 726; Çabri, s. 232; Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 155; Gümüş, s. 274.

⁸³⁹ Atamer, s. 245; Çabri, s. 232.

⁸⁴⁰ Atamer, s. 245; Çabri, s. 232 vd; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 95; İnal, s. 727; Kara, s. 899.

⁸⁴¹ Çabri, s. 233; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 96; Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 155.

3. Tüketicinin Sözleşmenin Yerine Olağan Koşullarla Yapılacak Bir Taksitle Satış Sözleşmesi Önerisinin Satıcı Tarafından Kabul Edilmemesi

Tüketicinin tazminat ödemeksizin sözleşmeden dönebileceği bir diğer durum TKHK md. 45/2 c. 2’de şöyle düzenlenmiştir; “*Tüketicinin... sözleşmenin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi yüzünden sözleşmeden dönülmesi hâllerinde tüketiciden herhangi bir bedel talep edilemez*”⁸⁴².

İlgili düzenleme, tüketici açısından satıcıya karşı ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış önerisinde bulunma yetkisi vermektedir. Böylelikle, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin, TBK md. 269/3’e benzer şekilde, taksitli sözleşmeye çevirme imkanı doğmaktadır. Ancak, TBK md. 269’da taşınırлар açısından geçerli olan bu düzenlemenin ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusunu oluşturan taşınmazlar açısından nasıl uygulanacağı belirsizdir. Örneğin, ön ödemeli satış sözleşmesi ile buzdolabı alan bir tüketici, evindeki buzdolabının arızalanması nedeniyle, bu malın tesliminin sözleşmede kararlaştırılan tarihten önce yapılmasını isteyebilir. Satıcı, ön ödemeler bitmeden malı teslim etmek istemiyorsa, tüketici sözleşmeyi taksitle satış sözleşmesine çevirme imkanından faydalanarak, malı erken teslim alabilmektedir. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi açısından bakıldığında örnek verilen olayın ileride inşa edilecek konutlar açısından uygulanması mümkün görünmemektedir. Zira, tüketicinin satın aldığı konut henüz inşa edilme aşamasında olduğundan, konutun teslim edilip taksitli bir sözleşme yapılması neredeyse imkansızdır⁸⁴³.

Kendisine yöneltilen sözleşmenin yenilenmesi talebi karşısında, ileriye etkili olacak şekilde yeni bir sözleşme yapma borcu altına giren satıcının, bu teklifi kabul etmekten başka çaresinin olmadığı söylenebilir. Zira, satıcı kendisine yapılan bu teklifi kabul

⁸⁴² Gümüş’e göre, ilgili maddede sözü edilen “taksitle satış sözleşmesi”, “kısmi ödemeli tüketici sözleşmesi” olarak anlaşılmalıdır. Bkz. Gümüş, s. 274. Aynı yönde, Çabri, s. 233.

⁸⁴³ Atamer, s. 245-246. Tamamlanmış bir konut bakımından TKHK md. 45/2 düzenlemesinin uygulanması mümkündür.

etmezse, tüketici sözleşmeden tazminatsız olarak dönecektir. Tüketicinin yapmış olduğu teklifin kabul edilmesiyle, sözleşme yenilenir ve ön ödemeli konut satışı sözleşmesi hükümsüz hale gelir. Ancak, tüketiciye tanınan bu hak, yenilik doğuran bir hak niteliğinde değildir⁸⁴⁴.

Kanun koyucunun, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yerine ilgili madde de taksitli satışı düzenlemesi doğru görünmemektedir. Çünkü, bir mal, ön ödemeli satışlarda, kararlaştırılan satış bedelinin bir kısmının ödenmesinden sonra tüketiciye teslim ediliyorken, taksitli satış sözleşmelerinde tüketici, satın aldığı malı sözleşmenin başında teslim almaktadır. Yeni sözleşme önerisinin satıcı tarafından kabul edilmesi, bize göre, sözleşme niteliğinin baştan sona değişmesi anlamına gelmektedir.

Tüketicinin ortada bir sebep yokken neden yeni bir sözleşme isteyeceği ise TKHK ve ÖÖKSHY’de belirsizdi. Ancak bu belirsizlik, Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik⁸⁴⁵ md. 2/4-ç’de bu konu açıklığa kavuşmuştur. İlgili maddeye göre, “*Tüketicinin kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması sebebiyle sözleşmenin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi*” halinde tüketici herhangi bir masraf veya tazminat ödemediği sözleşmeden dönebileceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemenin değişiklikten önceki ilk halinde, tüketicinin sürekli kazanç elde etmekten yoksun kalma koşulu aranmamakta idi. Yeni getirilen ilgili madde gereği, tüketicinin taksitle satış sözleşmesini satıcıya teklif etmesi sürekli kazanç elde etmekten yoksun kalma şartına bağlanmıştır. Diğer bir ifadeyle, tüketici sürekli kazanç elde etmekten yoksun değilse, satıcıya yeni bir taksitle satış sözleşmesi kurmayı teklif edemeyecektir.

Bir görüşe göre, kanun koyucu bu düzenlemede TBK md. 138 anlamında aşırı ifa güçlüğüne benzer bir durum yaratmaya çalışmış olabilir. Aynı görüşe göre, burada TBK md. 138’in koşullarının oluşup oluşmadığı değil, yeni sözleşme önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesinin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı araştırılmalıdır.

⁸⁴⁴ Gümüş, s. 274 vd; Çabri, s. 233 vd; Acar, s. 34.

⁸⁴⁵ RG: 11.03.2017 T., S. 30004.

Bu nedenle, sözleşmenin yenilenmesi teklifinin satıcı tarafından kabul edilmesi, satıcıya ağır bir zarar yüklememelidir. Tüketicinin yeni sözleşmeyle önerdiği şartlar satıcı tarafından kabul edilemeyecek derecede ağır ise, mahkeme sadece, yapılan önerinin kanunun aradığı nitelikte olmadığı tespitinde bulunmakla yetinmelidir⁸⁴⁶.

ÖÖKSHY md. 9/4-ç ise, tüketicinin yeni sözleşme önerisinin nasıl olacağını düzenlemektedir. İlgili madde, “*Ön ödemeli konut satışının taksitle yapılması durumunda, mevcut sözleşmenin yerine konut teslim tarihini geçmeyen ve tüketicinin mevcut sözleşmeye göre talep edilen vade farkını ödemeyi de kabul ettiği yeni bir taksitle satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin önerisinin, satıcı tarafından kabul edilmemesi nedeniyle sözleşmeden dönülmesi...*” şeklindedir.

Buna göre, tüketicinin sözleşme önerisinde bulunurken, mevcut sözleşmeye göre talep edilen vade farkını da kabul etmiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, tüketicinin önerisi, ödeme planının değişmesi ve dolayısıyla da vadelerin uzatılması ve/veya taksit bedellerinin düşürülmesi yönünde olmalıdır. Yeni sözleşmenin süresi, konutun teslim tarihinden daha uzun olamaz. Satıcının haklı sebep olmaksızın yeni sözleşme önerisini reddetmesi halinde tüketici hem tazminat ödemekten hem de sözleşmeden doğan masraflara katlanma yükümlülüğünden kurtulur. Çünkü, tüketici kanunun kendisine tanıdığı bir hakkı amacına uygun olarak kullanmak istemesine karşın, satıcının bunu kabul etmemesi nedeniyle sözleşmeden dönmektedir⁸⁴⁷.

4. Tüketicinin Sürekli Olarak Kazanç Elde Etmekten Yoksun Kalması

Tüketicinin ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden tazminatsız şekilde dönmesini düzenleyen bir diğer durum, tüketicinin kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalmasıdır. Tüketicinin bu sebebe dayalı olarak sözleşmeden dönebilmesi için kazanç elde etmekten sürekli olarak ve tamamen yoksun kalması gerekir. Kazanç elde etmekten yoksunluk geçici bir süreliğine ise, tüketici dönme nedeniyle satıcıya tazminat ödemek zorundadır.

⁸⁴⁶ Öz, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, s. 156. Aynı yönde, Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 98. Diğer eleştiriler için bkz. Atamer, s. 246; İnal, s. 733.

⁸⁴⁷ Karakocalı/Kurşun, s. 139; Çabri, s. 234; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 99; Acar, s. 34.

İlgili düzenlemenin gerekçesi, “...tüketicinin maddi imkanları son derece kısıtlanmış olmasına rağmen gelecekte kavuşacağı bir edim için ödemelere devam etme yükümlülüğü altında bırakılması engellenmek istenmiştir” şeklindedir. Yani, herhangi bir iş kazası, hastalık veya sakatlık gibi sebeplerle, çalışıp kazanç elde etme özelliğini kaybeden bir tüketici sözleşmeden tazminat ödemeksizin dönebilir. Kazanç elde etmekten yoksun kalmasında tüketicinin kusurunun olup olmadığı önem taşımaz. Tüketici kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalmasa da gelir düzeyi önemli derecede azalmışsa, dönme hakkını tazminatsız kullanabilmelidir. Tüketici, sürekli kazanç elde etmekten yoksunluk sebebiyle dönme hakkını kullanırsa, sözleşmeden doğan masraflara katlanmakla yükümlü olacaktır⁸⁴⁸.

5. Konutun Birden Fazla Kişiyeye Satılması Sebebiyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi

TKHK md. 45’de bulunmayan, ancak ÖÖKSHY md. 9/5’de yer alan düzenlemeye göre, “*Bir konutun birden fazla tüketiciye satılması nedeniyle tüketicinin sözleşmeden dönmesi halinde, tüketiciden ön ödemeli konut satışı nedeniyle oluşan vergi, harç, masraf, tazminat ve benzeri adlar altında hiçbir bedel talep edilemez*”. Bu madde esasen ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesine yönelik bir hükümdür. Zira, kat irtifakının devri suretiyle yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde, birden fazla kişiyeye konutun satılması söz konusu olmaz.

Kendisine satış vaadi ile taahhüt edilen konutun başkalarına da bu şekilde satıldığını öğrenen tüketici, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinden tazminatsız bir şekilde dönebilecektir. Aslında, satıcının tüketiciye sattığı konutu başka birine tekrar satması, sözleşmeye aykırı bir davranışın varlığını da gösterir. Yani, bu düzenleme olmasaydı dahi, TKHK md. 45/2 ve ÖÖKSHY md. 9/4-a gereğince de tüketici sözleşmeden tazminat ödemediği dönebilecekti⁸⁴⁹. Konutun birden fazla kişiyeye satılması nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde tüketiciden ön ödemeli konut satışı nedeniyle oluşan vergi, harç, masraf, tazminat ve benzeri adlar altında hiçbir bedel talep edilemeyeceği

⁸⁴⁸ İnal, s. 731 vd; Atamer, s. 245; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 97; Gümüş, s. 274; Çabri, s. 233.

⁸⁴⁹ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 100 vd; Atamer, s. 247; Çabri, s. 234.

açıkça hüküm altına alınmıştır.

Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik md. 2/5 ise, tüketicinin bu sebeple sözleşmeden dönme hakkını kullanma süresini konutun devir veya teslim süresine kadar uzatmıştır. Yani, tüketici sözleşmeden dönme hakkını başka bir nedenden dolayı kullanmak istediğinde yirmi dört aylık süre ile sınırlı iken, konutun birden fazla kişiye satılmasından ötürü sözleşmeden dönecek olursa, dönme hakkının süresi, konutun devir veya teslimine kadar olan süredir. Böylelikle, kanun koyucu tüketiciyi yirmi dört aylık dönme süresi ile sınırlandırmak istememiştir. Ancak, yukarıda belirttiğimiz üzere, satıcının bir konutu birden fazla kişiye satması halinde sözleşmeye aykırılık söz konusu olacak ve tüketici sözleşmeden tazminatsız dönme hakkını yine de kullanabilecekti.

6. Tüketicinin Proje Değişikliği Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi

Bir sözleşme akdedildikten sonra, sözleşme koşullarının değişmesi olağan bir durumdur. Taraflar sözleşme özgürlüğü ve sözleşmeye bağlılık (pacta sunt servanda) ilkesi gereği, bir çözüm bulmak durumundadırlar⁸⁵⁰. ÖÖKSHY md. 11'e göre, sözleşmeye konu olan konutun yer aldığı projede sonradan değişiklik yapılması durumunda, bu değişikliğin tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirilmesi zorunludur. Tüketici yapılan proje değişikliğini kabul etmeyerek bir ay içinde vergi, harç, masraf, tazminat ve benzeri adlar altında hiçbir bedel ödemeksizin sözleşmeden dönebilir.

Proje değişikliği yasal zorunluluk, mücbir sebep veya satıcıya atfedilemeyecek bir nedenden dolayı gerekiyorsa, satıcı vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme bedelinin dönülen zamana göre yüzde sekizine kadar kesinti yapabilme hakkına sahiptir. Kanaatimizce, proje değişikliğinin yasal zorunluluk veya mücbir sebep dolayısıyla değişmesi gerekiyor ve satıcının bu konuda herhangi bir

⁸⁵⁰ Daha geniş bilgi için bkz. Erman, Akit Serbestisi, s. 601 vd; Erman, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul 1979.

kusuru da yoksa, tüketicinin sözleşmeden dönmesiyle ödenmesi gereken masraflara taraflar eşit şekilde katlanmalıdır⁸⁵¹.

E. Tüketicinin Dönme Hakkını Kullanmasının Bağlı Kredi Sözleşmesine Etkisi

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin bağlı krediyle yapılması halinde, tüketicinin sözleşmeden dönmesinin bağlı krediye olan etkisi ÖÖKSHY md. 9/7’de düzenlenmiştir. Buna göre, “*Konut bedelinin bir kısmının bağlı kredi ile karşılanması durumunda, tüketicinin ödediği satış bedeli, satıcı tarafından dönme bildirimının kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç yüz seksen gün içinde yalnızca üçüncü fıkrada belirtilen masraf ve tazminat tutarı düşülerek ilgili konut finansmanı kuruluşuna iade edilir. Konut finansmanı kuruluşu söz konusu tutarı, Kanunun 37’nci maddesine uygun olarak tüketiciciye derhal geri öder*”⁸⁵².

Konutun bağlı kredi ile alınması durumunda, sözleşmede kararlaştırılan satış bedelinin tamamı veya belirli bir kısmı konut finansmanı kuruluşu tarafından satıcıya ödenmektedir. Satıcı, dönme hakkının kullanıldığının kendisine ulaştığı andan itibaren yüz seksen gün içerisinde tahsil etmiş olduğu satış bedelini konut finansmanı kuruluşuna iade etmelidir. Satıcı, tüketicinin ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden gerekçesiz dönmesi halinde, dönülen zamana göre sözleşme bedelinin yüzde ikisinden başlayarak yüzde sekize kadar olan bir miktarı tazminat olarak satış bedelinden düşme hakkına sahiptir. Tüketici haklı nedenlerle veya ÖÖKSHY md. 9/4’de belirtilen hallerden birisi sebebiyle sözleşmeden dönerse, bu durumda satıcının satış bedelini iade ederken kesinti yapma hakkı bulunmamaktadır. Satıcının satış bedelini konut finansmanı kuruluşuna yüz seksen gün içerisinde iade etmesinin ardından, konut

⁸⁵¹ Atamer, s. 248. Yazar, satıcının projede yapmak istediği değişikliği tüketicinin onayı olmadan yapabileceğini, çünkü tüketicinin TBK md. 470 anlamında iş sahibi olmadığını ileri sürmektedir. Çabri’ye göre, tüketici proje değişikliğini kabul etmeyip, sözleşmeden dönerse uğramış olduğu menfi zararı satıcıdan talep edebilir. Proje değişikliğinin yasal zorunluluktan veya mücbir sebepten kaynaklanması durumunda tüketicinin dönme hakkını kullanması nedeniyle oluşan masrafların tüketiciciye yüklenmemesi gerektiği görüşünde, Çabri, s. 237 vd. Karş. Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 102.

⁸⁵² 27.01.2017 Tarih ve 29957 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 684 sayılı KHK md. 8 ile, satıcının satış bedelini iade etme süresi yüz seksen gün olarak belirlenmiştir. Düzenlemenin ilk halinde bu süre doksan gün idi.

finansmanı kuruluşu da bu bedeli tüketiciye ödemekle yükümlüdür.

Konut finansmanı kuruluşunun tüketiciye iade yükümlülüğü kapsamı ilgili maddenin son cümlesinde belirtilmiştir. Buna göre, kredi sağlayan, tüketicinin dönme anına kadar yatırmış olduğu anaparayı ödemekle yükümlüdür. Ancak, tüketicinin anapara dışında ödemiş olduğu faiz ödemelerini geri isteyip isteyemeyeceği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kredi sağlayan kuruluş dönme hakkının kullanıldığı zamana göre gerekli faiz indiriminin yapılması gerektiğini savunurken⁸⁵³, aksi görüş ise, tüketicinin anapara dışında yaptığı ödemeleri talep edemeyeceğini savunmaktadır⁸⁵⁴.

Konut finansmanı kuruluşu söz konusu tutarı, TKHK md. 37'ye uygun olarak tüketiciye geri ödemelidir. Tüketicinin ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden dönmesi bağlı kredi açısından erken ifa sayılacağına göre, tüketiciye iade edilecek satış bedelinden TKHK md. 37 gereği, erken ödeme cezası kesilebilecektir⁸⁵⁵. Kredi veren kuruluş erken ödeme cezasını tahsil ettikten sonra kalan bedeli tüketiciye en kısa sürede ödemelidir⁸⁵⁶.

ÖÖKSHY md. 9/2 c.2'ye göre, konut bedelinin bir kısmının bağlı kredi ile karşılanması durumunda, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullandığına ilişkin bilgi, satıcı tarafından ilgili konut finansmanı kuruluşuna derhal bildirilmelidir. Bu düzenlemeyle, dönme hakkının kullanıldığına ilişkin bildirim borcu satıcıya yüklenmiştir. Satıcı bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde ortaya çıkabilecek zararlardan sorumlu olacaktır.

⁸⁵³ Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 104.

⁸⁵⁴ Çabri, s. 236. Yazar, faiz ödemelerini, kredi kullandırmasından ötürü kredi sağlayan kuruluşun elde ettiği bir karşılık olarak görmektedir.

⁸⁵⁵ TKHK md. 37/1: Tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabileceği gibi, konut finansmanı borcunun tamamını erken ödeyebilir. Bu hallerde, konut finansmanı kuruluşu, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür.

⁸⁵⁶ Acar, s. 36; Atamer, s. 248; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 104. Kredi veren kuruluşun erken ödeme cezası talep edemeyeceği görüşünde, Çabri, s. 236. Aynı yönde, Makaracı, Konferans, s. 260 vd.

SONUÇ

Türk hukukunda yeni bir düzenleme olan ön ödemeli konut satışı sözleşmesi, TKHK md. 40-46 arasında hüküm altına alınmıştır. Ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinden (TBK md. 264-272 ve TKHK md. 21) ve taksitle satış sözleşmesinden farklı olarak, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin konusunu taşınmazlar oluşturur. Ön ödemeli satışlarda tüketici satış bedelini satıcıya önceden kısım kısım ödemekte ve risk altında bulunmaktadır. Bu risk karşısında kanun koyucu, satıcının projeye başlamadan tüketici lehine teminat vermesi için bazı düzenlemeler getirmiştir. Bu nedenle, satıcı tüketicilerle ön ödemeli konut satışı sözleşmesi yapmadan evvel teminat şartını sağlamalı ve yapı ruhsatını almış olmalıdır. Ancak, bu iki şart yerine getirilmeden yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ise geçersiz olmayacak, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edecektir.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi tüketicinin ödemeyi önce, satıcının ise edimini daha sonra ifa ettiği tam iki tarafa borç yükleyen, rızai bir sözleşmedir. Sözleşmeyi nitelendirmede belirleyici olan, tüketicinin öncelikle satış bedelini ödeme borcunun var olmasıdır. Bu özelliği ile ön ödemeli konut satışı sözleşmesi klasik taşınmaz satış sözleşmesinden ayrılmaktadır. TKHK md. 40'da ifade edilen satıcının konutu tüketiciye “devir veya teslim” borcu aslında “devir ve teslim olarak” anlaşılmalıdır. Yani, satıcı tüketiciye konutun hem mülkiyetini hem de zilyetliğini devretmedikçe borcunu ifa etmiş olmaz.

Kanun koyucu, ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin iki şekilde yapılacağını düzenlemiştir. Bunların ilki, noterde yapılan ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi; diğeri ise, tapu sicil müdürlüğünde yapılacak ön ödemeli konut satışı sözleşmesidir. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin şekil şartını düzenleyen TKHK 41/1 maddesi ise, tapu sicil müdürlüğünde yapılacak sözleşmenin “tapuya tescil edilmesi” gerektiğinden bahsetmektedir. Hatalı olarak kaleme alınan bu ifadenin ne anlama geldiğinin cevabı ise ÖÖKSHY md. 6'da bulunmaktadır. Kanun koyucu sözleşmenin “tapuya tescil edilmesi” ifadesiyle aslında “kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesini” kast ettiği anlaşılmaktadır.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılması halinde de geçerli olacak, hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Her ne kadar bazı yazarlar, adi yazılı şekilde yapılan bir ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin hükümsüz olacağını ifade etselerde TKHK md. 40-46 ile amaçlanan, uygulamada tarafların resmi şekilde yapılması gereken sözleşmeyi, (masraflarından dolayı) adi yazılı şekilde yapmaları ve tüketicinin de bu sözleşmeye güvenerek satış bedelini ödemesi ile mağdur olmasını engellemektir. Bu nedenle, tüketiciye şekle aykırılığı tek taraflı olarak ileri sürebilme hakkı tanınmıştır. Diğer bir ifadeyle, satıcı sözleşmenin şekil şartına uygun yapılmadığından bahisle geçersizliğini öne süremeyecekken, tüketici sözleşmenin şekle aykırı olduğunu her zaman ileri sürebilecektir. Böylece, Kanunun korumak istediği tüketici lehine tek taraflı bir hükümsüzlük ihdas ettiği söylenebilir.

TKHK md. 40/1, tüketicinin satın alacağı taşınmazı konut amaçlı kullanması gerektiğini açık bir dille ifade etmiştir. Halk arasında “home-ofis” olarak adlandırılan karma amaçlı kullanımlar için satın alınan konutlar bakımından TKHK md. 40-46 hükümleri uygulanmamalıdır. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesine konu olan konutun yeni veya kullanılmış olmasının bir önemi yoktur. Yeter ki, yapılan işlem tüketici işlemi niteliğinde olsun. Bununla birlikte, tüketici satış bedelinin bir kısmını veya tamamını konutun devir ve tesliminden önce ödemiş olmalıdır.

Ön ödemeli konut satışlarında en önemli sorun, satıcıların konut yapımı için yüzlerce tüketici ile sözleşme akdetmeleri ve çok yüksek tutarda meblağları piyasadan toplamalarıdır. Aslında sadece bankalara verilmiş olan bu yetkinin, ön ödemeli sözleşme yapısı içinde dolaylı olarak satıcılara verilmesi, tüketicilerin ödemelerini yaptıkları konutları edinmelerini ya da ödedikleri meblağı güvence altına alacak bir koruma sağlamayı gerektirmektedir. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile tüketicilerden satış bedelini tahsil etmeye başlayan satıcı, teslim etmekle yükümlü olduğu konutu ise daha sonraki bir zamanda teslim etmektedir. Satıcının tahsil ettiği satış bedellerine rağmen inşaata hiç başlamaması veya başlamış olduğu inşaatı tamamlayamaması, tüketici mağduriyetlerine yol açmaktadır.

Uygulamada sıkça karşılaşılan bu durumun önlenmesi amacıyla TKHK md. 42 ve ÖÖKSHY md. 12 ile teminat müessesesini getiren Kanun Koyucu, mağduriyetlerin

giderilmesi konusunda isabetli bir düzenlemede bulunmuştur. Bu teminat türlerinden biri olan ve uygulamada sıkça rastlanacağını düşündüğümüz “bina tamamlama sigortası” ise, maalesef bu çalışmanın bitirilmesi aşamasına kadar olan sürede hiç uygulanamamıştır. Tüketicinin ödemiş olduğu satış bedelinin teminat altına alınamaması, tüketiciyi koruyan diğer düzenlemeleri de anlamsız kılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ödemiş olduğu satış bedelini geri alamadıktan sonra, tüketicinin şekle aykırılığı öne sürmesinin ya da sözleşmeden caymasının veya sözleşmeden dönmüş olmasının bir önemi kalmamaktadır.

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde tüketiciye yapmış olduğu sözleşmeden vazgeçmek adına iki hak tanınmıştır. Bunların ilki TKHK md. 43’de düzenlenen cayma hakkı, diğeri de TKHK md. 45’de düzenlenen dönme hakkıdır. 684 sayılı KHK md. 8 ile değişikliğe uğrayan TKHK md 45’e göre, ön ödemeli konut satışında sözleşme tarihinden itibaren yirmi dört aya kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı vardır. Önceki düzenlemede konutun devir veya teslim süresine kadar tanınan dönme hakkı, yeni getirilen hükümlerle satıcı lehine yirmi dört ay ile sınırlandırılmış ve tüketicinin sözleşmeden gerekçesiz dönmesi halinde satıcıya ödeyeceği tazminat miktarı arttırılmıştır. Tüketicinin tanınan gerekçesiz dönme hakkı bize göre, “sözleşmeye bağlılık” ilkesine ters düşmekte, edimler dengesini satıcı aleyhine bozmaktadır.

Tüketicinin istediği gibi, gerekçesiz sözleşmeden dönebilecek olması, satıcı bakımından ağır zararlara yol açabilir. Her ne kadar tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı yirmi dört ay süreyle sınırlandırılmış olsa da getirilen bu sınırlandırma bize göre yetersizdir. Bunun nedeni, tüketicinin hala herhangi bir sebep göstermeden, keyfince sözleşmeden dönebilecek olmasıdır. Kanaatimizce, bu düzenleme ile tüketicinin dönme hakkının süresi değil, gerekçesiz olarak sözleşmeden dönmesi sınırlandırılmalıydı. Diğer bir ifadeyle, tüketicinin sözleşmeden dönebilmesi için dayanacağı bir sebebin varlığı şart koşulmalıydı.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk** : yTKHK Bakımından Konut Finansmanı Sözleşmesi, 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, (Edt: Tokbaş, Hakan-Döner, İsa), 3.Baskı, Ankara 2015, s. 115-124, (Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu).
- Acar, Faruk** : Konut Finansmanı Sözleşmeleri, Milli Şerh (Edt. Tokbaş, Hakan/ Tüzüner, Özlem), İstanbul 2016, (Şerh).
- Acar, Hakan** : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, FÜHFD, C.3, S.1, 2015, s. 11-40.
- Akçaal Mehmet** : Borçlar Kanununa Göre Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi, TBB Dergisi, S. 110, Ocak-Şubat 2014, s. 57-106.
- Akıntürk, Turgut/
Ateş Karaman,
Derya** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, İstanbul 2013.
- Akipek, Jale G./
Akıntürk, Turgut** : Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Akipek, Şebnem** : Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi, AÜHFD 1995, C. 44, sy. 1, s. 269-290, (Olgü).
- Akipek, Şebnem** : Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, (Tüketici Kredisi).
- Akipek, Şebnem** : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları, AÜHFD, C.52, S.3, 2003, s. 103-119, (Kredi Kartları).

- Akipek Öcal, Şebnem** : Akipek Şerhi, Milli Şerh, (Edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), İstanbul 2016, s. 40-59, (Şerh).
- Akipek Öcal, Şebnem** : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulaması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, (Edt: Hamamcıoğlu, Esra/Uzun Kazmacı, Özge/Yardım, M.Ertan/Karamanlıoğlu, Argun/Sayın, Z.Gizem) Ankara 2016, s.11-19, (Tüketici İşlemi).
- Akipek Öcal, Şebnem** : Taşınmaz Mülkiyetini Nakil Borcu Doğuran Sözleşmelerde Geçerlilik Şartları ve Şekil, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları (Edt: Tokbaş, Hakan/ Kurşun, Ali Suphi), İstanbul 2016, s. 5-19, (Şekil).
- Akipek Öcal, Şebnem** : Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Tüketicinin Korunması, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 2015-2016, (Edt. Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehmi), Ankara 2016, (Avukatlık Sözleşmeleri), s. 168-188.
- Akipek Öcal, Şebnem** : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ticari Reklamlar, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (Edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2014, (3. Tüketici Hukuku Sempozyumu), s. 482-489, (Reklam).
- Akipek Öcal, Şebnem/ Aydoğdu, Murat** : Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Milli Şerh, (Edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), İstanbul 2016, s. 122-164.
- Altaş, Hüseyin** : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
- Altop, Atilla** : Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı, İKÜHFD, C.3, S.1-2, s. 3-14.
- Antalya, O. Gökhan** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2015.

- Antalya, O. Gökhan** : Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Unsurları, MÜHFHAD, C.7, S.3, Eylül-Aralık 1992.
- Antalya, O. Gökhan** : 6098 Sayılı TBK'nın 20-25. Maddede Yer Alan "Genel İşlem Şartları" ile 6502 Sayılı TKHK'nın 5. Maddesinde Yer Alan "Haksız Şartların" Karşılaştırılması, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Ankara 2014, s. 44-46 (Sempozyum).
- Ansay, Tuğrul** : Türk Borçlar Kanununa Göre Taksitle Satışlar ve Satıcı, Ankara 1954.
- Aral, Fahrettin** : Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Teminattan Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006.
- Aral, Fahrettin/
Ayrancı, Hasan** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012.
- Arpacı, Abdülkadir** : Kat Mülkiyeti İlişkisi İçin Mahkemece Tayin Edilen Yöneticinin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013.
- Arpacı, Abdulkadir** : Kişiler Hukuku, İstanbul 2000, (Gerçek Kişiler).
- Aslan, İ.Yılmaz:** : 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Bursa 2015.
- Aslan, İ.Yılmaz** : Tüketici Hukuku Dersleri, 5.Baskı, Bursa 2014, (Tüketici Hukuku Dersleri).
- Atamer, Yeşim M.** : Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2016.
- Atamer, Yeşim, M.** : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001, (Giş).

- Atamer, Yeşim M./ Baş, Ece** : Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk, İBD, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C.88, S.1, 2014, s. 19-60.
- Atasoy, Ömer Adil / Taşkın, Mustafa / Acar, Hakan** : Tüketiciyi Koruma Hukuku, Eskişehir 1997.
- Ayan, Mehmet** : Medeni Hukuka Giriş, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Konya 2009.
- Ayan, Mehmet** : Eşya Hukuku II, Mülkiyet, 8. Baskı, Konya, 2015, (Mülkiyet).
- Ayar, Ahmet/ Özkan Teselli, Ayşe** : Yargıtay'ın Yeni Tarihli Kararları Işığında Kat Mülkiyetinde Anagayrimenkulün Yönetimi, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, s. 139-162.
- Aybay, Aydın/ Hatemi, Hüseyin** : Eşya Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014.
- Aydemir, Efrail** : Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2012.
- Aydoğdu, Murat** : Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmeleri, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Ankara 2014, s. 87-94.
- Aydoğdu, Murat** : Aydoğdu Şerhi, Milli Şerh, (Edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), İstanbul 2016, s. 183-239, (Şerh).
- Aydoğdu, Murat** : Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, (Ders).
- Aydoğdu, Murat** : Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi, İstanbul 2014, (Kılavuz).
- Aydoğdu, Murat** : Taşınmaz Satış Sözleşmesi, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları (Edt: Tokbaş, Hakan/Kurşun, Ali Suphi), İstanbul 2016, s. 21-65, (Taşınmaz).

- Aydoğdu, Murat** : Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014, (Genel İşlem).
- Ayrancı, Hasan** : Ön Sözleşme, Ankara 2006.
- Bahtiyar, Mehmet** : Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması, Yargıtay Dergisi, S.1-2, Ocak-Nisan 1996, s. 76-98.
- Bahtiyar, Mehmet/ Hamamcıoğlu, Esra** : Tüketicinin Kıymetli Evrak ile Borçlanması ve Sonuçları, KHÜHFD, C.3, S.1, Haziran 2015, s. 67-92.
- Barlas, Nami** : Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986.
- Baskın, Selim** : Kampanyalı Konut Satımında Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.
- Battal, Ahmet** : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998, s. 313-332.
- Bucher, Eugen** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2, neuarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 1988.
- Buz, Vedat** : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005.
- Buz, Vedat** : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, (Dönme).
- Ceylan, Ebru** : 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler, İstanbul 2015.
- Coşkun, Hilal** : Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, İstanbul 2012.

- Cumalıoğlu, Emre** : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Satıcının Ayıplı Maldan Sorumluluğunun Koşulları, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Kasım 2014, s. 20-29.
- Çabri, Sezer** : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016, (Şerh).
- Çabri, Sezer** : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, (Edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2015, s. 205-240.
- Çabri, Sezer** : Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010, (Finansman).
- Çelik, Serap** : Konut Finansmanı Amacıyla Yapılan Konut Kredi Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel** : Konut Finansmanı Kanununun Leasing Sözleşmesi Üzerine Etki ve Sonuçları, İBD, S. 2007/5, C. 81. s. 2015-2040.
- Çetiner, Bilgehan** : Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmeleri Kapsamında İnş Edilen Bağımsız Bölümlerin Ayıplı Olmasından Doğan Sorumluluğunun Koşulları, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayl, (Der: İnal, Emrehan), İstanbul 2015, s. 97-134.
- Çınar, Ömer** : Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.
- Demirci, N.Savaş** : Konut Sorunu Bağlamında İpoteğe Dayalı Konut Finansmanı Sistemi ve Türkiyede Konut Finansmanı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- Doğan, Elif** : Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

- Doğan, İzzet** : Türk Medeni Kanununda Zamanaşımı Süreleri, İstanbul 2007.
- Doğan, Vahit** : Banka Teminat Mektupları, 3. Bası, Ankara 2005.
- Duman, İlker Hasan** : İnşaat Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014.
- Duman, Mete** : İnşaat Sektöründe Ayıplı ve Eksik İfanın Sonuçları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu, (Edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2014, s. 552-558, (İfa).
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan** : Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2016.
- Durkaya, Mehmet** : Türkiye’de Konut Piyasasının Talep Yönlü Analizi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.
- Edis, Seyfullah** : Türk Borçlar Kanunu’na Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.
- Engel, Pierre** : Traité des obligations en Droit Suisse, 2.Auflage, Bern 1999.
- Erbek, Özge** : Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2010.
- Erdönmez, Hilal** : Türkiye’de Konut Sorunu ve Konut Finansmanı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2007.
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19.Baskı, Ankara 2015, (Borçlar Genel).
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2.Baskı, Ankara 2015, (Borçlar Özel).

- Eren, Fikret** : Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, (Mülkiyet).
- Erman, Hasan** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Basım, İstanbul 2010, (Arsa Payı).
- Erman, Hasan** : Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İÜHFM, C.XXXVIII, 1973. s. 601-619, (Akit Serbestisi).
- Erman, Hasan** : Eşya Hukuku Dersleri, 3.Basım, İstanbul 2013, (Eşya Hukuku).
- Erman, Hasan** : İnşaat (Arsa Payı Karşılığı İnşaat) Sözleşmeleri ve Miras Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar, C.I, İstanbul 2012, (Mütalaa).
- Erman, Hasan** : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü, İBD. 1984, C.58, S.4-5-6, s. 209-223, (Temerrüt).
- Erman, Hasan** : Medeni Hukuk Dersleri, Gözden Geçirilmiş 4. Basım, İstanbul 2012, (Medeni Hukuk).
- Erman, Hasan** : Taşınmaz Satımı, Şekil Eksikliği, Hakkın Kötüye Kullanılması, İBD, 1987, (Taşınmaz Satım).
- Erman, Hasan** : Türk Hukukunda İnşaat Sözleşmelerinin Gelişimi, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştay, (Der: İnal, Emrehan), İstanbul 2015, s. 1-6, (Çalıştay).
- Erman, Hasan** : İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul 1979, (Beklenilmeyen Haller).
- Ertaş, Şeref** : Eşya Hukuku, 10.Baskı, İzmir 2012.
- Erzurumluoğlu, Erzan** : Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Ankara 2014.

- Esener, Turhan/
Güven, Kudret** : Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012.
- Feyzioğlu, N. Feyzi** : Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. I, 4. Baskı, İstanbul 1980.
- Gauch, Peter/
Schleup, Walter R.** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 6.Aufl., Zurich 1995.
- Gauch, Peter/
Scheleup, Walter R./
Schmid, Jörg/
Rey, Heinz/
Emmehegger, Susan** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008.
- Gönen, Coşku** : İnşaat Sözleşmelerinin İfasında Eksik İş-Ayıplı İfa Ayrımı, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, s. 341-351.
- Güler,
Muhammet Ali** : Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- Gümüş,
Mustafa Alper** : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, İstanbul 2014.
- Gümüş,
Mustafa Alper** : Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, 3. Bası, İstanbul 2013, (Borçlar Özel).
- Gürsoy, Kemal T./
Eren, Fikret/
Cansel, Erol** : Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984.
- Gürzumar
Osman Berat** : Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, İstanbul 1998.

- Hamamcıoğlu, Esra** : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Yansımaları, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım (Edt: Hamamcıoğlu, Esra/Uzun Kazmacı, Özge/Yardım, M.Ertan/Karamanlıoğlu, Argun/Sayın, Z.Gizem), Ankara 2016, s. 57-63.
- Hatemi, Hüseyin** : Kişiler Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 2001.
- Hatemi, Hüseyin** : Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3.Bası, İstanbul 2004.
- Hatemi, Hüseyin/
Serozan, Rona/
Arpacı, Abdulkadir** : Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- Havutçu, Ayşe** : Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, (Giş).
- Havutçu, Ayşe** : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Kasım 2014, s. 8-19, (Sempozyum).
- Heiderhoff, Bettina** : Gemeinschaftsprivatrecht, München 2007.
- İlgün, Candaş** : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Avukatlık Sözleşmelerine Etkisi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016 (Edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık Fehim), Ankara 2016, s. 189-200.
- İmre, Zahit** : Ayni Hak Mefhumu Üzerine Düşünceler, Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s. 324-352.
- İmre, Zahit/
Erman, Hasan** : Miras Hukuku, 9. Basım, İstanbul 2013.

- İnal, Emrehan** : Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Genel Esasları, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştay, (Der: İnal, Emrehan), İstanbul 2015, s. 71-88, (Çalıştay).
- İnal, Emrehan** : Sonuca Katımlı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, 2.Baskı, İstanbul 2011, (İnşaat).
- İnal, Emrehan** : Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Reklamların İdari Denetimi, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Der: İnceoğlu, Murat), İstanbul 2015, s. 123-134, (Reklam).
- İnal, Emrehan** : Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Alıcı-Tüketici Bakımından Arz Ettiği Özellikler, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları 2015-2016, (Edt. Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2016, s. 109-116, (Kongre).
- İnal, Tamer** : Ön Ödemeli Konut Satışı, Milli Şerh (Edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), İstanbul 2016, s. 621-738.
- İnal, Tamer** : Tüketici Hukuku'nda, Tüketim Malı-Yatırım Malı Ayırımının Gerekliliği, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 2014-2015, 4. Tüketici Hukuku Kongresi, (Edt. Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2015, s. 161-204, (Tüketim Malı).
- İnal, Tamer** : Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 89, 2014, s. 32-57, (Haksız Şart).
- İnceoğlu, Murat** : Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Der. İnceoğlu, Murat) İstanbul 2015, s. 153-238.
- İnceoğlu, Murat/ Baş Süzel, Ece** : 6502 sayılı TKHK'un Yürürlüğü - Özellikle Genel Esaslara İlişkin Hükümlerin Bu Açından İncelenmesi, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, s. 397-423.

- Kahraman, Zafer** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, s. 425-458.
- Kahveci, Nalan** : Kahveci Şerhi, Milli Şerh, (Edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), İstanbul 2016, s. 240-253.
- Kalabalık, Halil** : İmar Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Kara, İlhan** : Tüketici Hukuku, Ankara 2015.
- Karabel, Emine Gökçe** : Yazılı Şekil Şartı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2015.
- Karadağ, Özgür** : Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, 2. Baskı, Ankara 2015.
- Karakocalı, Ahmet/ Kurşun, Ali Suphi** : Tüketici Hukuku, İstanbul 2015.
- Karamanlıoğlu, Argun** : Tüketici Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, (Edt. Hamamcıoğlu, Esra/Uzun Kazmacı, Özge/Yardım, M.Ertan/Karamanlıoğlu, Argun/Sayın, Z.Gizem), Ankara 2016, s. 65-72.
- Karlı, Abdurrahim** : Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012.
- Kaya, Sevtap** : 28.05.2014 Tarihinde Yürürlüğe Girecek 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da Taşınmaz Alımlarında 4077 Sayılı Yasa'ya Göre Getirilen Yenilikler, İBD, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, Özel Sayı 1, 2014, s. 117-129, (İBD).
- Kaya, Sevtap** : İnşaat Sektöründe Maketten Taşınmaz Satışı ve Uygulamaları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (Edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2014 (3. Tüketici Hukuku Sempozyumu), s. 559-565.

- Keller, Max/
Schöbi, Christian** : Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3.Aufl., Basel-Frankfurt am Main 1988.
- Kılıçoğlu, Ahmet** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2011.
- Kırkbeşoğlu,
Nagehan** : Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011.
- Kocayusufpaşaoğlu
Necip** : Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959.
- Kocayusufpaşaoğlu,
Necip/
Hatemi, Hüseyin/
Serozan, Rona/
Arpacı, Abdulkadir** : Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 6. Tıpkı Bası, İstanbul 2014.
- Koçak, Duygu** : Konut Finansmanı Öncesi ve Sonrası Mortgage, İstanbul 2007.
- Koçak, Hüseyin/
Beyaz, Metin** : 3194 sayılı Kanununun 18. Maddesi Gereğince İmar Uygulamaları, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2011.
- Köprülü, Bülent/
Kaneti, Selim** : Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1972.
- Kuntalp, Erden** : Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968.
- Kurt, Ekrem** : Kat İrtifakının Kurulması, Sona Ermesi ve Kat Mülkiyetine Geçiş, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 785-806.
- Kuru, Baki/
Arslan, Ramazan/
Yılmaz, Ejder
Kürşat, Zekeriya** : İcra ve İflas Hukuku, 27. Baskı, Ankara 2013.
- Kürşat, Zekeriya** : Aile Konutu Kavramına İlişkin Tespitler, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015.
- Makaracı, Aslı** : Taşınır Mallara İlişkin Kampanyalı Satım Sözleşmesi, Ankara 2007.

- Makaracı, Aslı** : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (Der: İnceoğlu, Murat), İstanbul 2015, s. 241-259, (Konferans).
- Makaracı, Başak Aslı** : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Konut Kredi Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Aykırılığın Sonucu, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011.
- Merz, Hans** : Vertrag und Vertragschluss, Freiburg 1988.
- Nomer, Haluk/
Ergüne, Serkan** : Eşya Hukuku, İstanbul 2014.
- Oğuzman,
M.Kemal/
Barlas, Nami** : Medeni Hukuk Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2010.
- Oğuzman,
M.Kemal/
Öz, M.Turgut** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009.
- Oğuzman,
M.Kemal/
Seliçi, Özer/
Oktay-Özdemir,
Saibe** : Eşya Hukuku, 16. Tıpkı Bası, İstanbul 2013.
- Oğuzman,
M.Kemal/
Seliçi, Özer/
Oktay-Özdemir,
Saibe** : Kişiler Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2013, (Kişiler Hukuku).
- Oser, Hugo/
Schönenberger
Wilhelm** : Kommentar, Obligationenrecht BD V. 3, Zurich 1945.
- Ozanoğlu,
Hasan Seçkin** : Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999.

- Ozanoğlu, Hasan Seçkin** : Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım), Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 663-692, (Tüketici).
- Öğüz, Tufan** : Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHFHAD, İstanbul 2012, s. 99-106.
- Öz, Turgut** : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2016, (İnşaat Sözleşmesi).
- Öz, Turgut** : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, (Dönme).
- Öz, Turgut** : 6502 Sayılı Kanunda İnşaat Sektörü Bakımından Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler, 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (Edt: Tokbaş, Hakan/Döner, İsa), 3.Baskı, Ankara 2015, s. 83-114, (Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu).
- Öz, Turgut** : Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz Satımında Şekil Sorunu ve Ayıplı İfa Eksik İfa Ayrımı, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ses Çözümü ve Makaleleri, (Edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2013, s. 526-546, (2.Tüketici Hukuku Sempozyumu).
- Öz, Turgut** : Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, (Edt: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2015, s. 138-160, (4.Tüketici Hukuku Kongresi).

- Öz, Turgut** : İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları (Edt: Tokbaş, Hakan/Kurşun, Ali Suphi), İstanbul 2016, s. 203-229, (Eser).
- Özdemir, Hayrunnisa/ Korkmaz, Yakup** : Taksitle Satış Sözleşmeleri, Milli Şerh (Edt: Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), İstanbul 2016, s. 444-458.
- Özel, Çağlar** : Tüketicinin Korunması Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2014.
- Özel, Çağlar** : Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999, (Geri Alma).
- Özel, Çağlar** : Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 771-819, (Armağan).
- Özel, Çağlar** : Hukuksal Açıdan Tüketicinin Korunması ve Tüketicinin Korunma Gerekliliğine İlişkin Bir Değerlendirme, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.26, S.1, 2008, s. 287-299, (Değerlendirme).
- Özen, Burak** : Özen Şerhi, Milli Şerh, (Edt. Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem), İstanbul 2016, s. 61-120.
- Özmen, E.Saba** : Devre Mülk Hakkı, Ankara 1988, (Devre Mülk).
- Özmen, E.Saba** : Kat İrtifakı, Ankara 1997, (Kat İrtifakı).
- Özmen, E.Saba/ Kır, Hafize** : Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, İstanbul 2010.
- Özmen, E.Saba/ Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah** : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, İstanbul 2016.
- Özsunay, Ergun** : Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982.

- Rehbinder, Manfred** : Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, (Çev. Ömer Teoman), İÜHFM, C.XLII, S. 1-4, 1976, s. 641-653.
- Reisoğlu, Safa** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012.
- Reisoğlu, Seza** : Özellikle Dış Ülkelerle İlgili Olarak Banka Teminat Mektupları, Kontrgarantiler ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları No:105, Ankara 1980, (Kontrgaranti).
- Schönenberger Wilhelm/
Jäggi, Peter** : Zürcher Kommentar Bd. V Obligationenrecht, Teilband Ia, 3. A., Zürich 1973.
- Schwenzer, Ingeborg:** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Vierte, überarbeitete Auflage, Bern 2006.
- Serozan, Rona** : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.
- Serozan, Rona** : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2006, (Borçlar).
- Serozan, Rona** : Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi, Yasa Hukuk, İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C. XV, Sayı. 173/4, Mayıs 1996, s. 579-598, (Eleştiri).
- Sert Sütçü, Selin** : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Ankara 2016.
- Sirmen, Lale** : Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Olarak Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Ankara 2014, s. 156-162.

- Sirmen, Lale** : Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler Özel Sayısı, S.8, C.3, İzmir 2013, s. 2465-2476, (Armağan).
- Sungurbey, İsmet** : Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, (Şerh).
- Sungurbey, İsmet** : Kat Mülkiyetinin Temel Sorunları, Medeni Hukukun Temel Sorunları, İstanbul 2003.
- Şahin, Turan** : İnşaat Sektöründe Taksitle Satış Sözleşmesi, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları (Edt: Tokbaş, Hakan/ Kurşun, Ali Suphi), 2. Cilt, İstanbul 2016, s. 231-267.
- Şengül, Mehmet** : Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul 2011.
- Şenocak, Zarife** : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, I. Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, Kasım 2014, s. 30-37.
- Şipka, Şükran** : Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK md.194), İstanbul 2004.
- Tandoğan, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, İstanbul 2008.
- Tandoğan, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 2010, (C.II).
- Tandoğan, Haluk** : Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1962.
- Tekinalp, Ünal** : Banka Hukukunun Esasları, C. I, İstanbul 1988.

- Tekinay, S.Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Tercier, Pierre** : Les contrats spéciaux, deuxième édition, revue et complétée de “La partie spéciale du Code des obligations” réalisée avec la collaboration de Silvio Venturi, Zurich 1995.
- Tiryaki, Betül** : Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, İstanbul 2007.
- Tokbaş, Hakan** : Kampanyalı Konut Satış Sözleşmelerinin Hukuki Sonuçları, İBD, C. 87, S. 2013/4, Temmuz-Ağustos 2013, s. 105-115.
- Tokbaş, Hakan** : TKHK Uygulamasındaki Sorunlar, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Ankara 2016, s. 33-41.
- Tuğ, Adnan** : Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya 1994.
- Tunçomağ, Kemal** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 1974.
- Tutumlu, Mehmet Akif** : 6502 Sayılı Kanuna Göre Maketten Konut Satış Sözleşmeleri, 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Bankacılık ve İnşaat Sempozyumu, (Edt: Tokbaş, Hakan/Döner, İsa), 3.Baskı, Ankara 2015, s. 125-152.
- Ulukapı, Ömer** : İcra ve İflas Hukuku, Konya 2015.
- Uygur, Turgut** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1, 3.Baskı, Ankara, 2013.
- Uzun Kazmacı, Özge** : Faktoring Sözleşmeleri, İstanbul 2014, (Faktoring).

- Uzun Kazmacı, Özge** : TKHK Çerçevesinde Elektronik Sözleşmeler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, (Edt: Hamamcıoğlu, Esra/Uzun Kazmacı, Özge/Yardım, M.Ertan/Karamanlıoğlu, Argun/Sayın, Z.Gizem), Ankara 2016, s. 27-32.
- Ünan, Samim** : Tüketicinin Korunması ile İlgili Düzenlemede Yer Alan Sigorta ile İlgili Temel Hükümler, www.samimunan.com, (03.03.2016).
- Ünlütepe, Mustafa** : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Taksitle Satış Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, S.2014/2, s. 291-359.
- Üstündağ, Saim** : İflas Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2009.
- Üzeler, Rabia Sanem** : Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.
- Vogel, Alexander V.** : Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht, Berlin 2006.
- Von Tuhr, Andreas** : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, İstanbul 1952, (Çev. Cevat Edege).
- Von Tuhr, Andreas/ Peter, Hans** : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Erster Band, Erste Lieferung, Dritte Auflage, Zürich 1974.
- Yavuz, Cevdet** : Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2012.
- Yavuz, Cevdet** : Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukuki Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 497-542, (Tekeffül).

- Yeniocak, Umut** : Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları Açısından Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, (Edt. Tokbaş, Hakan/Kurşun, Ali Suphi), 2. Cilt, İstanbul 2016, s. 135-158, (Arsa Payı).
- Yeniocak, Umut** : Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Şekli, Terazi Hukuk Dergisi, C.10, S.102, Şubat 2015, s. 42-53.
- Yeniocak, Umut** : Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmelerinde Mülkiyet Hakkını Sınırlandıran Haksız Şart Uygulamaları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları 2015-2016, (Edt. Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2016, s.117-122, (Haksız Şart).
- Zevkliler, Aydın/
Aydoğdu, Murat** : Tüketicinin Korunması Hukuku, 3.Bası, Ankara 2004.
- Zevkliler, Aydın/
Gökyayla, K. Emre** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2014.
- Zevkliler, Aydın/
Ertaş, Şeref/
Havutçu, Ayşe/
Aydoğdu, Murat/
Cumalıoğlu, Emre** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.
- Zorlu, Işıl** : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 10/B Maddesi Kapsamında Konut Finansmanı Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2010.