

Sipariş Edilmemiş Malların Gönderilmesi

*Yrd. Doç. Dr. M. Murat İNCEOĞLU**

*Ar. Gör. Başak BAŞOĞLU***

Giriş

Mevcut Borçlar Kanunumuzda yer almayan ve bu anlamda Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın getirdiği yeniliklerden biri olma niteliğini taşıyan hükümlerden biri de Tasarı'nın 7. maddesidir. Söz konusu hüküm sipariş edilmemiş malların gönderilmesi halinde bu durumun sonuçlarının ne olacağını ele almaktadır.

Sipariş edilmemiş bir malın gönderilmesi halinde kendisine mal gönderilen kimseyi çeşitli tehlikeler beklemektedir. Böyle bir durumda, bu kimseler söz konusu malı saklamak ya da geri göndermek zorunda kalacak mıdır? Malı saklama ve geri gönderme masraflarına katlanmak zorunda mıdır? Malı kullanmaları halinde bu bir zımni kabul sayılabilir ve kendilerinden malın bedeli talep edilebilir mi? Bu dönemde mala bir hasar gelirse bu hasardan sorumlu olacaklar mıdır? Tüm bu sorunlar karşısında söz konusu kimselerin korunması gerektiği açıktır.

Nitekim bu korumayı sağlamak üzere Avrupa Birliği tarafından 1997 yılında Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Olarak Tüketicilerin Korunması

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Hakkında Yönerge'de sipariş edilmemiş malların gönderilmesi halinde uygulanmak üzere 9. madde kabul edilmiştir. Buna bağlı olarak daha sonra Avrupa Birliği üye ülkelerinde söz konusu maddenin iç hukuklara aktarılması için çeşitli düzenlemeler getirilmiştir. Alman Medeni Kanunu'nun 241a paragrafı ile Avusturya Medeni Kanunu'nun 864. paragrafının 2. fıkrası buna örnek teşkil etmektedir. Ancak söz konusu hükümler konuyu ele alan ilk düzenlemeler değildir. Örneğin İsviçre Borçlar Kanunu'na da bu konuya ilişkin olarak, söz konusu Yönerge'nin kabul edilmesinden dahi önce 1990 yılında 6a maddesi eklenmiş durumdadır. Bu gelişmelere paralel olarak Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 7. maddesinde sipariş edilmemiş malların gönderilmesi düzenlenmiştir¹.

Tüm bu düzenlemelerin ortak amacı tüketicileri kendisine külfet yükleyen haksız pazarlama teknikleri karşısında korumak olarak karşımıza çıkmaktadır². Zira işletmeler sipariş edilmemiş malları göndermek suretiyle bu konudaki belirsiz hukuki durumu kötüye kullanmayı amaçlamakta ve tüketicileri psikolojik olarak bu malları almak konusunda baskı altına almak istemektedirler. Örneğin Avusturya'da bu konuya ilişkin olarak 1996 yılında 223, 1997 yılında 245, 1998 yılında ise 281 tüketici şikayeti tespit edilmiştir³. Bazı işletmeler tarafından bu yöntemin tercih edilme nedenlerinden biri olarak, pek çok tüketicinin malı geri göndermek ve bu konuda kendisine malı gönderen kimse ile hukuki tartışmalar yaşamak yerine malın bedelini ödemeye razı olmaları gösterilmektedir⁴. Bu açıdan söz konusu düzenlemelerin ortak amacı tüketicilerin korunması olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak doktrinde bunun yanı sıra söz konusu düzenlemeler ile rekabet politikalarına uygun bir amacın da takip

¹ Bu sorun Avrupa'da yasal düzlemde son 20 yıldır ele alınmakta ise de, aslında uzun süredir bilinmektedir. Sipariş edilmemiş malların gönderilmesi ile mücadelede Amerika Birleşik Devletleri'nde 19. yüzyılda başlanmış olduğu yönünde bkz. Olzen-Staudinger, § 241a, N.63.

² Saenger-Erman, § 241a, N.1a.

³ 10 Mart 2000 tarihli ve COM (2000) sayılı Mesafeli Satışlara ve Karşılaştırmalı Reklamla İlişkin Tüketici Şikayetleri Hakkında Avrupa Birliği Komisyon Raporu, s.17 (http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/mis_adv/rep01_en.pdf).

⁴ Bunte, s.87.

edilmekte olduğu⁵ ve bu hükümlerin cezalandırma fonksiyonu da gütmekte olduğu kabul edilmektedir⁶.

I. Türk Hukukunda Mevcut Durum

1. Genel Olarak

Sipariş edilmemiş malların gönderilmesi konusu mevcut Borçlar Kanunumuzda açıkça düzenlenmiş değildir. Bu konuya ilişkin tek düzenleme Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 10. maddesinde yer almaktadır. Bu nedenle yapılacak olan değerlendirmenin de büyük oranda genel hükümler çerçevesinde kalması gerekeceği açıktır.

Sipariş edilmemiş olan malların gönderilmesine ilişkin temel sorun, malı gönderen kimsenin, kendisine mal gönderilen kimseye karşı ne gibi talep haklarının söz konusu olabileceğidir. Bu konuda sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan taleplerin gündeme gelmesi mümkündür. Hatta aynı taleplerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir.

2. Sözleşmesel Talepler

a. Malı gönderen kimsenin sözleşmesel bir talebinin bulunabilmesi için taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin kurulmuş olması gerekeceği açıktır. Bu durumda ele alınması gereken sorunlardan ilki bir malın gönderilmesinin zımni bir icap olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığıdır⁷. Bilindiği üzere bir beyanın icap olarak kabul edilebilmesi

⁵ Lorenz, s.198; Casper, s.1602; Saenger-Erman, § 241a, N.1a; Mansel-Jauernig, § 241a, N.1; Kramer-MünchKomm, § 241a, N.3; Sosnitza, s.2317; Olzen-Staudinger, § 241a, N.9.

⁶ Berger, Christian, s.652; Mansel-Jauernig, § 241a, N.1; Sosnitza, s.2320; Olzen-Staudinger, § 241a, N.1; Lorenz, s.198; Schwarz, s.1450. Kocayusufpaşaoğlu ise bu hükümlerin "caydırıcı" bir fonksiyona sahip olduğu görüşündedir. Kocayusufpaşaoğlu, § 18, N.22.

⁷ Sipariş edilmeyen malın gönderilmesinin icap olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde Gezder, s.244.

için, yapılacak olan sözleşmenin asli unsurlarını içermesi gerekir⁸. Bu durumda sadece malın gönderilmiş olmasını başlı başına zımni dahi olsa bir icap olarak nitelendirmek güç gözükmemektedir. Bunun yanı sıra mutlaka sözleşmenin asli unsurlarından olan bedelin de kendisine mal gönderilmiş olan kimseye bildirilmiş olması şarttır. Ancak hiç şüphesiz bedelin mutlaka malın gönderildiği anda karşı tarafa bildirilmiş olmasına gerek yoktur. Önce sipariş edilmemiş olan bir malın gönderilmesi, ardından da bir faturanın gönderilmesi halinde, ortada geçerli bir icabın mevcudiyeti açıktır.

Sipariş edilmemiş bir malın gönderilmesinin zımni bir icap olarak değerlendirilmesi mümkün ise de, bu husus ancak mal gönderen kimse- nin icapta bulunma iradesinin mevcut olması veya malın gönderilmesinin karşı tarafta güven teorisi uyarınca bir icap olarak nitelendirilebilmesi halinde mümkündür. Buna karşılık, malın hataen gönderildiği açıksa, bu durumda zımni de olsa bir icaptan bahsedilemeyecektir.

b. Malı göndermenin bir icap sayıldığı hallerde ise, kendisine mal gönderilen kimsenin davranışlarının ne zaman bir kabul sayılacağına değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle, kendisine mal gönderilenin susmasının başlı başına bir kabul sayılamayacağı açıktır⁹. Zira hukukumuzda susma kuralı olarak bir irade beyanı değildir¹⁰. Hatta belirli bir süre zarfında malın geri gönderilmemesi halinde bunun bir icap teşkil edeceğinin belirtilmiş olması da bu sonucu değiştirmeyecektir¹¹. Ancak bu kimsenin malı kullanması veya tüketmesinin kabul olarak değerlendirilmesi mümkündür¹². Buna karşılık, malın yok edilmesi halinde, bu durum bir kabul teşkil etmeyecek, ancak bir haksız fiil talebi gündeme gelecektir. Zira malı yok eden bir kimsenin sözleşme kurmak arzusunun bulunduğunu söylemek imkanı bulunmamaktadır.

⁸ Oğuzman/ Öz, s.50; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar Hukuku, s.82; Reisoğlu, s.59; Eren, s.220; Kılıçoğlu, s.40.

⁹ Bucher, Art.6a, N.2; Larenz/ Wolf, § 29, N.65; Leipold, § 14, N.24; Olzen-Staudinger, § 241a, N.4; Gezder, s.244.

¹⁰ Eren, s.230; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar Hukuku, s.93; Oğuzman/ Öz, s.59; Reisoğlu, s.62.

¹¹ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.208 dipnot 22.

¹² Larenz/ Wolf, § 29, N.65, Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.208 dipnot 22.

c. Bu konuda Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin "Sipariş edilmeden gönderilen mallar" kenar başlıklı 10. maddesinin de ele alınması gerekir. Söz konusu hüküm uyarınca,

"Reklamlar, tüketiciye sipariş etmediği malı göndere- rek, bunları reddetmediği ya da geri göndermediği takdirde bedelini ödemeye zorlayan ya da söz konusu malı kabul etmeye zorlanmış izlenimini veren, dürüst olmayan satış yöntemleri için kullanılamaz".

Aslan'a göre, bu hüküm dolaylı bir yasak getirmekte olup, tüketici- nin gönderilen malları reddetmeye hakkı olduğunu, malı geri gön- dermesinin zorunlu olmadığını, geri göndermediği takdirde malı kabul etmiş sayılmayacağını ve malın bedelini ödemek zorunda olmadığını düzenlemektedir¹³. Oysa Kocayusufpaşaoğlu'na göre bu hüküm, tüketici- nin ısmarlamamış olduğu bir malı, herhangi bir bedel veya tazminat ödemeksizin dilediği gibi kullanmasına veya yok etmesine imkan tanıyan bir düzenleme değildir¹⁴. Gerçekten de reklamlara ilişkin bir Yönetmelik hükmünden özel hukuka ilişkin bu kadar ağır sonuçların doğduğunun kabul edilmesi güç gözükmemektedir. Kanaatimizce söz konusu Yönetmelik hükmüne aykırılık ancak idari para cezasının uygulanması sonucu doğu- racaktır.

d. Taraflar arasında yukarıda açıklandığı şekilde bir sözleşmenin kurulduğunun kabul edilmesi halinde, kendisine mal gönderilen kimse hata hükümlerine dayanarak bu sözleşmeyi iptal edebilir. Ancak böyle bir durumda da malı kullanmış veya tüketmiş olması yüzünden bir sebepsiz zenginleşme talebi ile karşılaşması olasıdır. Bu nedenle mevcut düzenle- menin kendisine mal gönderilen kimseyi yeterince korumakta olduğunu söylemek güçtür.

¹³ Aslan, s.479.

¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, § 18, N.23. Söz konusu hükmün rekabet hukukuna özgü olduğu yönünde Demir, s.67 dipnot 210.

3. Diğer Talepler

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

Buna karşılık kendisine mal gönderilen kimsenin malı saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Söz konusu yükümlülüğe aykırılık aşağıda ele alınacağı üzere bu kimsenin sorumluluğuna yol açacaktır. Özellikle malın tüketilmesi veya kullanılması halinde durum böyledir. Ancak bu yükümlülük malın saklanması ile sınırlıdır. Bir geri gönderme borcundan söz edilemez¹⁵.

b. Tüm bu bilgiler ışığında kendisine mal gönderilen kimseye karşı ileri sürülebilecek olan talepler ele alınacak olunursa, malı gönderen kimsenin öncelikle gerek istihkak gerekse de zilyetlik davaları ile malın kendisine iadesini talep etme olanağına sahip olduğu görülmektedir¹⁶. Ancak bu talebe uygulanacak olan hükümler doktrinde tartışmalıdır.

aa. Klasik görüşe göre, kendisine mal gönderilen kimsenin hemen hemen her zaman malı iade ile yükümlü olduğunu bilmesi gerekeceği için, geri verme yükümlülüğünün kapsamı konusunda Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesi uygulanacaktır¹⁷. Böylece, kendisine mal gönderilen kimse mala verdiği zararları tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Bunun yanı sıra malı elinden çıkarmış olması halinde de malın değerini

¹⁵ Mal kendisine gönderilen kimsenin böyle bir yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, bu malı geri göndermesi durumunda ise bu masrafları gerçek vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca isteyebileceği kabul edilmelidir.

¹⁶ Alman Medeni Kanunu'nun 241a paragrafının kabul edilmesinden önceki durum için bu görüşte, *Olzen-Staudinger*, § 241a, N.5; *Schwung*, s.451; *Wessel*, s.432.

¹⁷ Bu görüş için bkz. *Özen*, s.43.

tazmin etmekle yükümlüdür¹⁸. Gerek malın tüketilmesi¹⁹, gerekse de malın yok edilmesi bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu tazminat haksız fiil esasına dayanmaktadır. Ancak bu tazminat açısından iade ile yükümlü zilyedin kusurlu olması zorunlu değildir²⁰. Zilyedin kötünietli olması yeterli sayılmıştır. Bu durumun istisnasını Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesinin 3. fıkrası teşkil etmektedir. Buna göre, "*iyiniyetli olmayan zilyet, şeyi kime geri vereceğini bilmediği sürece ancak kusuru ile verdiği zarardan sorumlu olur*". Böylelikle kendisine malı kimin göndermiş olduğunu bilmeyen kimsenin mala gelen zararlardan sorumlu tutulması kusurlu olmasına bağlıdır.

Ancak doktrinde savunulan bir görüşe göre, kötünietli zilyedin malın değerini tazmine mahkum edilebilmesi için, malın halihazırda zilyedinden hiçbir karşılık ödmeden geri alınamayacak olması gerekmektedir²¹. Bu nedenle kendisine mal gönderilen kimsenin malı üçüncü kişiye devretmesi halinde ikili bir ayırım yapılması gerekir. Üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu hallerde Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı geçecektir. Zira kendisine mal gönderilen kimse emin sıfatıyla zilyet konumundadır. Bu nedenle üçüncü kişiden malın hiçbir bedel ödenmeden geri alınması mümkün olmadığı için, kendisine mal gönderilen kimse malın değerini iade etmeye mahkum olacaktır²². Buna

¹⁸ *Özen*, s.213 vd.; *Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir*, s.113.

¹⁹ Bir malın kullanılması veya tüketilmesi normal olarak bir kabul anlamına gelecek ve taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olacak ise de, mal kendisine gönderilen kimsenin açık bir red beyanında bulunmasından sonra malı kullanması veya tüketmesi bir kabul olarak değerlendirilemeyecektir. Aynı şekilde malın gönderilmesinin bedelin belli olmaması gibi bir nedenle icap teşkil etmediği hallerde de aynı sonuca ulaşmak gerekir.

²⁰ *Ertas*, s.121; *Ünal/ Başpınar*, s.229; *Ayan*, s.137.

²¹ *Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir*, s.113.

²² *Özen*, s.206. Bu talebin hukuki dayanağı tartışmalıdır. Bir görüş iade yükümünün kapsamını düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesi karşısında sebepsiz zenginleşmeden doğan bir talebe yer olmadığını kabul etmekte (*Öz*, s.64; *Oğuzman/ Öz*, s.744) ve bu iade talebinin haksız zilyetlik hükümlerine dayanması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna karşılık Serozan, bu talebin sebepsiz zenginleşmeye dayanacağı görüşündedir. *Serozan*, *Taşınır Eşya Hukuku*, s.191. *Özen* ise gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerinin bu duruma daha uygun düştüğünü savunmaktadır. *Özen*, s.214.

Malın satılması halinde elde edilen bedelin malın gerçek değerinden fazla olması halinde gerçek hak sahibinin aradaki bu farkı dahi Borçlar Kanunu'nun 414. maddesi uyarınca

karşılık üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı hallerde mülkiyet hakkı kendisine geçmemiş olacak ve mal kendisinden hiçbir karşılık ödenmeksizin geri alınabilecektir. Bu gibi hallerde kendisine mal gönderilen kimsenin malın değerini tazmin etmek yükümlülüğü bulunmayacaktır. Bununla birlikte, bu husus doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir diğer görüşe göre davaya muhatap olan zilyet, üçüncü şahsa karşı menkul davası açılması mümkün olduğunu ve bu sebeple kendisi aleyhine açılan tazminat davasının reddi gerektiğini ileri süremeyecektir²³. Diğer bir anlatımla bu görüşe göre, hak sahibinin, üçüncü kişiden malın iadesini istemek yerine kötüniyetli zilyedin sorumluluğuna gitmesi de mümkündür²⁴.

Kendisine mal gönderilen kimsenin malı kullanması halinde ise durum son derece tartışmalıdır. Ancak açık olan husus, kullanma karşılığında mala bir zarar gelmesi halinde bu durumun Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesi uyarınca bir tazminat talebine yol açacağıdır. Buna karşılık bir zarar vermeksizin söz konusu malın kullanılmasının kötüniyetli zilyedin ecrimisil olarak adlandırılan bir tazminat ödemesini gerektirip gerektirmeyeceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar haksız fiilin, bazıları sebepsiz zenginleşmenin bulunduğunu kabul ederken, bazı yazarlar konunun elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünler kavramı içinde ele alınması gerektiğini savunmuşlardır²⁵.

bb. Ancak doktrinde yeni eğilim kendisine mal gönderilen kimsenin kötüniyetli haksız zilyet statüsüne tabi tutulmaması gerektiği yö-

isteyebileceği ifade edilmektedir. Özen, s.213, 214; Arkan Akbıyık, s.82.

²³ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Eşya Hukuku, s.211; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s.157. Tartışma için ayrıca bkz. Özen, s.211 vd.

²⁴ Bu görüş için bkz. Özen, s.207. Ancak malı gönderen kimse, malı üçüncü kişiden aynı hakkına dayanarak istemek yolunu tercih etse dahi, iadeyi sağlamak için başta dava masrafları olmak üzere yaptığı tüm masrafları kötüniyetli zilyetten isteyebilir. Gürsoy/ Eren/ Cansel, s.157.

²⁵ Tartışma için bkz. Özen, s.267 vd.; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.191 vd.; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.116 vd. Kötüniyetli zilyedin malı kullanmasını, elde edilmesi ihmal edilen semereler kapsamında değerlendiren görüş, malın kiraya vermeye elverişli bir mal olup olmadığına göre bir ayrıma gitmektedir. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s.116, 117. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, sipariş edilmeksizin gönderilmiş olan mal, kiraya vermeye elverişli bir mal ise, bu semereyi elde etmeyi ihmal etmiş olan kendisine mal gönderilen kimse bundan sorumlu olacaktır.

nündedir²⁶. Doktrinde bir görüş, burada örtülü bir boşluğun olduğunu kabul etmekte ve bu boşluğun kıyasen alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulanması ile doldurulması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, kendisine mal gönderilen kimse zilyetliği altındaki mallara ancak kasten veya ağır kusuru ile zarar verirse sorumlu olacak, zararın hafif ihmalden kaynaklandığı durumlarda ise bir sorumluluğu bulunmayacaktır. Doktrinde bir başka görüş ise, bu kimselerin geçici olarak haklı zilyet konumunda olduklarını savunmuştur. Diğer bir anlatım ile kendisine mal gönderilen kimse, malları derhal iade etmek zorunda olmayacak, malları gönderen kimse fiilen geri alma girişiminde bulunana kadar zilyetliğinde haklı sayılacaktır. Üstelik bu görüşe göre, malları geri almak konusunda fiilen bir girişimde bulunmadığı sürece, malı gönderen kimsenin bu konuda sadece bir bildirimde bulunması ve malların iadesini talep etmesi de bu sonucu değiştirmeye başlı başına yeterli olmayacaktır. Sonuç olarak bu yazarların da ulaştığı sonuç, kendisine mal gönderilen kimsenin Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesine göre değil, ancak kastının ve ağır ihmalinin bulunması halinde sorumlu tutulması gerektiği yönündedir.

II. Mukayeseli Hukukta Durum

1. Avrupa Birliği Yönergesi

20 Mayıs 1997 tarih ve 97/7/EC sayılı Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi'nin 9. maddesinde²⁷ tüketiciye kendisi tarafından sipariş edilmemiş bir malın gönderilmesi veya bir hizmetin sunulması halinde tüketicinin korunması düzenlenmektedir. Bu hüküm üye ülkelerin iç hukuklarına aktarmaları gereken iki tedbir getirmektedir.

İlk olarak tüketiciye önceden sipariş etmediği malların bir karşılık edim borcunda bulunmaya bağlanmak suretiyle gönderilmesi ya da hizmetlerin sunulması yasaklanmalıdır²⁸. Bu düzenlemeye göre, önceden

²⁶ Bu konudaki görüşler için bkz. Özen, s.43 vd.

²⁷ 2005/29/EC sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi m.15 ile değiştirilmiştir.

²⁸ Bu düzenlemenin, haksız rekabet hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle mesafeli sözleşmelerin kurulmasına ilişkin bu Yönerge'nin kapsamında yer almaması gerektiği ileri sürülmüştür. Engin, s.477.

sipariş etmediği malların gönderilmesi ya da hizmetlerin sunulması halinde tüketicinin hareketsiz kalması, bir diğer ifadeyle susması veya malı kullanmak gibi bir irade faaliyetinde bulunması kabul olarak nitelendirilemez. Böyle bir durumda tüketicinin karşı edim borcu söz konusu olmayacaktır. Mal veya hizmeti sunan kimse, belirli bir süre içerisinde icabının reddedilmemesi halinde icabın kabul edilmiş sayılacağını belirtmiş olsa dahi durum değişmeyecektir²⁹.

Buna karşılık söz konusu Yönerge'de, birçok Avrupa düzenlenmesinde ve Borçlar Kanunu Tasarımızda alan tüketicinin malı tüketme ve yok etme hakkına sahip olduğu ve malın yanlışlıkla gönderildiğinin açıkça anlaşılması halinde tüketicinin bir bildirim yükümlülüğünün bulunduğu hususlarına yer verilmemiştir.

2. İsviçre

İsviçre Borçlar Kanunu'na 5.10.1990 tarihinde yapılan değişiklik³⁰ ile 6a maddesi eklenmiş ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 7. maddesine de temel teşkil eden söz konusu hüküm ile ısmarlanmamış bir malın gönderilmesinin icap sayılmayacağı ifade edilmiştir. Bu hüküm görüldüğü zere İsviçre Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel hükümleri arasına alınmıştır.

Ancak daha sonra kabul edilen Avrupa Birliği Yönergesi'nin 9. maddesinden ve Alman Medeni Kanunu'na eklenen 241a paragrafından farklı olarak burada sadece ısmarlanmamış mallara ilişkin bir düzenleme yapılmış, hizmetler kapsam dışında bırakılmıştır³¹. Ayrıca hükümde yine söz konusu düzenlemelerden farklı olarak tüketici ifadesine yer verilmemiştir. Tüm bu hususlar aşağıda Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 8. maddesi ile birlikte ele alınacaktır.

²⁹ Engin, s.477.

³⁰ Bu değişiklik 1 Ocak 1991 yılında yürürlüğe girmiştir.

³¹ Ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 6a maddesine bir 4. fıkra eklenmesi ve hizmetlerin de bu kapsama alınması gündeme gelmiştir.

3. Almanya

Alman Medeni Kanunu'nda konu 241a paragrafında düzenlenmiş durumdadır. Yukarıda ele alınmış olan Avrupa Yönergesi'nin iç hukuka aktarılması amacıyla 2000 yılında söz konusu hüküm kabul edilmiştir. Ancak bu hüküm tereddütle karşılanmış ve doktrinde ağır eleştirilere maruz kalmıştır³². Üç paragraftan oluşan "sipariş edilmemiş edimler" başlıklı söz konusu hükme göre,

"(1) Bir işletme tarafından sipariş edilmemiş bir malın gönderilmesi veya sipariş edilmemiş diğer edimlerin yerine getirilmesi, tüketiciye karşı bir talep hakkı doğurmazdır"

(2) Ancak söz konusu edimin bu kişiye gönderilmek istenmediği belli ise ya da siparişin mevcudiyeti konusunda hatalı bir izleminin olduğu edimin ifa edildiği kimse tarafından biliniyor veya bu kimse tarafından gerekli özen gösterilseydi bilinecek durumda ise yasal talep hakları ortadan kalkmayacaktır.

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

Söz konusu hükmün Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 7. maddesinden oldukça farklı kaleme alınmış olduğu görülmektedir. Göze çarpan ilk farklılıklar hükmün uygulama alanına ilişkindir. Öncelikle bu ilişkinin tarafları konusunda Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 7. maddesinin ifadesinde yer almayan iki sınırlama öngörülmüş durumdadır. Alman Medeni Kanunu'nun 241a paragrafı sadece, gönderenin bir işletme, kendisine mal gönderilen kimsenin ise bir tüketici olduğu durumlarda uygulama alanı bulabilecektir. Bu nedenle söz konusu hükmün tüketicilerin ya da

³² Bkz. Schwarz, s.1449 vd.; Dorn-HKK, § 241a, N.29; Olzen-Staudinger, § 241a, N.12, 13; Lorenz, s.193 vd.

işletmelerin kendi aralarında ortaya çıkan ihtilaflarda uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmektedir³³.

Göze çarpan bir diğer özellik ise hükmün kapsamına ilişkindir. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda İsviçre Borçlar Kanunu'nun 6a maddesine uygun bir biçimde sadece sipariş edilmemiş "mallardan" söz edilmiş olmasına rağmen, Alman Medeni Kanunu'nun 241a paragrafı hizmetleri de içine alan bir şekilde sipariş edilmemiş edimler (unbestellte Leistungen) tabirini kullanmaktadır.

Söz konusu hükmün Türk Borçlar Kanunu Tasarımızda yer alan hükümden ayrıldığı bir diğer nokta ise sonuçlarına ilişkindir. Alman Medeni Kanunu'nun 241a paragrafı icap ve kabulden bahsetmemiş, bunun yerine sipariş edilmemiş bir edimi gönderen kimsenin bir talep hakkının bulunmadığı hususuna yer vermiştir. Alman Medeni Kanunu'nda bu kadar geniş bir ifadenin kullanılmış olması karşısında, bu hükmün sadece sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan taleplerin değil, bunun yanı sıra aynı taleplerin de önüne geçmekte olduğu sonucuna ulaşılmaktadır³⁴. Bu durum da beraberinde söz konusu hükmün Alman Anayasası'nın 14. maddesinde düzenlenmiş olan mülkiyet hakkına ve özellikle de kamulaştırmaya ilişkin 3. fıkrasına aykırılık teşkil edip etmeyeceği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir³⁵.

Son bir farklılık da Alman Medeni Kanunu'nun 241a paragrafının 3. fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu hükümde bir siparişin mevcut olduğu, ancak sipariş edilmiş olan şeyin dışında başka bir mal ya da hizmetin sunulması halinde bu durumun sonuçlarının ne olacağı açıkça düzenlenmiş durumdadır. Benzer bir düzenlemeye İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve dolayısıyla Borçlar Kanunu Tasarımızda rastlamak mümkün değildir.

³³ Saenger-Erman, § 241a, N.5; Larenz/ Wolf, § 29, N.67; Looschelders, § 5, N.102.

³⁴ Bkz. dipnot 101.

³⁵ Anayasa aykırı olmadığı yönünde, Saenger-Erman, § 241a, N.2. Aksi görüşte, Deckers, s.1474. Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. Olzen-Staudinger, § 241a, N.18, 19.

4. Avusturya

Avusturya Medeni Kanunu'nun 864. paragrafının 1997 yılında kabul edilen 2. fıkrası uyarınca,

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

Görüldüğü üzere söz konusu hüküm Alman Medeni Kanunu'nun 241a paragrafından ziyade, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 6a maddesine paralel bir düzenleme içermektedir. Ancak hükümde malın gönderilmesinin bir icap sayılmayacağı değil, malın kullanılmasının ya da tüketilmesinin bir kabul sayılmayacağı ifade edilmiştir. Bu hususun esasa etki etmeyeceği açıktır.

Bunun dışında Avusturya Medeni Kanunu'nun 864. paragrafının 2. fıkrasının, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan ve dolayısıyla Tasarı'nın 7. maddesinden ayrıldığı nokta, malın hataen gönderildiğinin anlaşıldığı durumlarda, kendisine mal gönderilen kimseye uygun bir süre içinde haber verme yükümlülüğünün yanı sıra, duruma göre malı geri gönderme yükümlülüğünün de yüklenebilecek olmasıdır. Ancak haber verme ya da malın gönderilmesi masraflarına vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca malı gönderen kimsenin katlanmak zorunda olduğu kabul edilmektedir³⁶.

Ancak Avusturya Hukuku'nun asıl ilginç özelliği Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 32. paragrafının 5. bendinde sipariş edilmemiş olan malları gönderen veya hizmetleri yerine getiren ve bunun karşılığında tüketiciden ödeme talep eden işletmeler için bir para cezasının öngörülmüş olmasıdır. Kuşkusuz özellikle küçük meblağlar açısından

³⁶ Schmidt, s.87.

dan dava yoluyla uğraşmak istemeyecek olan tüketiciler bakımından bu düzenlemeyi daha koruyucu, diğer bir ifade ile malı bu şekilde gönderen işletmeler açısından daha caydırıcı olduğu açıktır.

5. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık, konuyu düzenleyen ilk ülkelerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Sipariş edilmemiş malların teslim edilmesi, Avrupa Birliği Yönergesi'nden çok önce, 7 maddeden oluşan 1971 tarihli Sipariş Edilmemiş Mallar Yasası (Unsolicited Goods and Services Act 1971) ile düzenlenmiştir. Daha sonra Avrupa Birliği Yönergesi'nin iç hukuka aktarılması kapsamında hazırlanan ve 31 Ekim 2000 tarihinde yürürlüğe giren Mesafeli Satışlarda Tüketicinin Korunmasına İlişkin Yönetmelik (Consumer Protection [Distance Selling] Regulations 2000), gerek 1971 tarihli Yasa'dan, gerekse de Avrupa Birliği Yönergesi'nden çok daha detaylı ve katı hükümler getirmektedir³⁷. Ancak bu Yönetmelikte açıkça belirtildiği üzere 1971 tarihli Yasa yürürlükten kaldırılmamıştır. Bununla beraber daha kapsamlı bir düzenlemenin varlığı karşısında 1971 tarihli Yasa'da çeşitli değişiklikler yapılarak 2000 tarihli Yönetmelik ile uyumlu hale getirilmiştir.

Yönetmelik'in 6. maddesi ile 1971 tarihli Yasa'nın 6. maddesinde tanımlara yer verilmiştir. Buna göre sipariş edilmemiş mal ve hizmetler, bunların gönderilmesinden veya sunulmasından önce kendisinin veya onun adına yetkili bir kimsenin izni olmaksızın bir kimseye gönderilen mallar veya sunulan hizmetlerdir. Sipariş edilmemiş mal ve hizmetlerin kiralanmak için gönderilmiş olması da bu hüküm kapsamında değerlendirilecektir.

2000 tarihli Yönetmelik yürürlüğe girmeden önce, 1971 tarihli Yasa uyarınca kendisine sipariş edilmemiş mal gönderilen kimse bu malların 30 gün içinde iade alınması hususunda gönderene bildirimde bulunmak veya mallar üzerinde kendi malı gibi tasarrufta bulunmadan önce 6 ay beklemek zorundaydı³⁸. Bu durum, 2000 tarihli Yönetmelik ile değiş-

³⁷ 2000 tarihli Mesafeli Satışlarda Tüketicinin Korunmasına İlişkin Yönetmelik'in 24. maddesi sipariş edilmemiş malların gönderilmesini on fıkra halinde düzenlemiştir.

³⁸ Howells/ Weatherill, s.371.

tirilmiştir. 2000 tarihli Yönetmelik'in 24. maddesinin ilk üç fıkrasında sipariş edilmemiş malların gönderilmesi ve bu durumda alıcının hakları düzenlenmiştir³⁹. Buna göre, bu gibi malları teslim alan kimse, bu malın kendisine bağışlandığını düşünmekte haklıdır ve hiçbir bedel ödemekle veya bu malı iade etmekle yükümlü değildir. Bu durumda, kendisine mal gönderilen kimse, malların kendisine karşılıksız olarak verilmiş olmasından hareketle malları kullanabilir, onlardan yararlanabilir veya onları yok edebilir. Ayrıca gönderenin mallar üzerindeki hakları da sona ermektedir. Söz konusu hükümden anlaşıldığı üzere, Birleşik Krallık Hukukunda malın mülkiyeti kendisine mal gönderilen kimseye geçmektedir⁴⁰.

Birleşik Krallık düzenlemesinin en çarpıcı özelliklerinden biri de, sipariş edilmemiş malların gönderilmesi halinde bir bedel talep edilmesini⁴¹ suç olarak nitelendirmesidir. 2000 tarihli Yönetmelik'in dördüncü ve beşinci fıkraları, 1971 tarihli Yasa'ya paralel olarak sipariş edilmemiş malların gönderilmesini bir suç olarak nitelendirmekte ve buna ilişkin para cezalarını getirmektedir. Söz konusu hükme göre, kendisine sipariş etmediği halde bir mal gönderilen veya hizmet sunulan kimseden herhangi bir ödeme talebinde bulunmak, bu kişiyi yasal takip başlatmakla tehdit etmek, bu kişinin adını "kara listeye" ekletmek ya da eklenmesine sebep olmak veya bununla kişiyi tehdit etmek, bu kişi aleyhine icra takibi başlatmak veya başlatmakla tehdit etmek suçtur. Öte yandan, 1971 sayılı Yasa'da buna ek olarak, cinsel içerikli kitap, dergi veya benzeri basılı malzemenin sipariş edilmeksizin gönderilmesini de suç olarak düzenlenmiştir⁴².

³⁹ Söz konusu düzenlemeye göre, "Sipariş etmediği halde bir kimseye ("alıcı") satın alacağı düşüncesiyle bir malın gönderilmiş olması, alıcının malların iş amacıyla satın alınmak üzere gönderildiğini düşünmesini gerektirecek haklı bir nedenin bulunmaması ve alıcının malları satın almak veya geri göndermek hususunda gönderen ile anlaşmamış olması halinde sipariş edilmemiş malların gönderilmesi söz konusudur".

⁴⁰ Olzen-Staudinger, § 241a, N.67.

⁴¹ Ödenecek miktarı içeren fatura ve benzeri belgelerin ödeme talebi içerdiği kabul edilmektedir.

⁴² Bu gibi durumda, kendilerinden bedel istenen kimselerin yerel Ticaret Standartları Yetkilileri'ne bildirimde bulunmaları gerekmektedir.

Görüldüğü üzere, Birleşik Krallık Hukukunda sipariş edilmemiş malların gönderilmesi durumunda, bir yandan malları gönderen kimse bu mallar üzerindeki tüm haklarını yitirmekte, bir başka deyişle malın mülkiyeti kendisine mal gönderilen kimseye geçmekte, diğer yandan da kendisine para cezaları uygulanmaktadır. Bir başka deyişle, Birleşik Krallık Hukukunda sipariş edilmemiş malları gönderen ve hizmetleri sunan kimseler, buna karşılık bir bedel istemeleri halinde hem medeni hukuk anlamında hem de ceza hukuku anlamında cezalandırılmaktadırlar. Bu bakımdan Birleşik Krallık düzenlenmesinin gerek Avrupa Birliği Yönergesi, gerek diğer üye devletlerinden düzenlemelerinden ağır olduğunu söylemek mümkündür.

III. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın "İsmlenmeyen bir şeyin gönderilmesi" kenar başlıklı 7. maddesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 6a maddesi esas alınmak suretiyle hazırlanmış⁴³, ancak hüküm İsviçre'den farklı olarak iki fıkraya indirilmiştir. Tasarı'nın 7. maddesinin Meclis Genel Kurulu'na giden ilk hali uyarınca,

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

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

Bununla birlikte hükmün meclis genel kurulunda görüşülmesi sırasında hükmün ikinci fıkrası kaldırılmıştır. Bu değişikliğe ilişkin olarak

⁴³ Bu husus Gerekeç'te de açıkça ifade edilmiştir. Tasarı'nın 7. maddesinin gerekçesine göre, "Maddenin düzenlenmesinde 5 Ekim 1990 tarihli Federal Kanunla kaynak İsviçre Borçlar Kanununa 6a maddesi olarak eklenmiş olup, 1 Temmuz 1991 tarihinden beri yürürlükte olan düzenlemeler göz önünde tutulmuştur. Kaynak İsviçre Borçlar Kanununda üç fıkradan oluşan söz konusu maddenin, ilk iki fıkrası birleştirilerek, iki fıkra hâlinde Tasarıya alınması uygun görülmüştür".

ismlenmemiş bir malı gönderen şirketler ile kurumların daha ciddi olmaları gerektiği ve sipariş edilmemiş olan mallar kendisine gönderilen kimselerin korunması düşüncesinin ağır bastığı ifade edilmiştir⁴⁴. Ancak bu fıkraya ilişkin tartışmalara geçmeden önce hükmün birinci fıkrasının ele alınması ve Tasarı'nın 7. maddesinin uygulama alanının, unsurlarının ve sonuçlarının ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

2. Uygulama Alanı

a. Genel Olarak

Kanunkoyucu, "ismlenmemiş bir şeyin gönderilmesinden" bahsetmiştir. Bu durumda hükmün uygulanabilmesi için gereken unsurlar, ismlenmemiş olma ve gönderme olarak karşımıza çıkmakta, ayrıca hangi malların gönderilmesinin 7. madde kapsamına gireceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak bundan önce hükmün kapsamına hangi sözleşmelerin gireceği hususunun, diğer bir anlatımla hükmün uygulama alanının belirlenmesinde yarar bulunmaktadır. Hükmün uygulama alanı da ilişkinin tarafları ve söz konusu hukuki ilişkinin konusu bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır. Tasarı'nın kanunlaşması halinde dahi, Tasarı'nın 7. maddesinin kapsamına girmeyen hallerde, yukarıda Türk Hukukunda mevcut durum başlığı altında incelediğimiz hususların geçerli olacağı unutulmamalıdır.

b. Taraflar Açısından

aa. Gönderilen Kimse Bakımından

Söz konusu hüküm Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da değil Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda yer almaktadır. Hükmün ifade-

⁴⁴ Hükmün ikinci fıkrasının kaldırılmasına yönelik önergeyi veren milletvekillerinden Mustafa Elitaş tarafından Meclis Genel Kurulu'nda önergeye ilişkin yapılan konuşmada, "İşte, biz, ondan dolayı, mağdur olan insanların korunması amacıyla, ismlenmemiş bir malın yanlışlıkla gönderildiği konusunda, bunu iade etmeyen, hukukta, makamlarda, yargıda ihtilafın ortadan kalkmasını sağlamak amacıyla, artık ismlenmemiş bir malı birine gönderirken şirketlerin, kurumların daha ciddi olmaları, daha ciddi davranmayı düşünmeleri amacıyla ikinci fıkranın kaldırılması konusunda birlikte bir karar verdik" ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_B_SD.birlesim_baslan.gic?P4=20469&P5=H&PAGE1=17&PAGE2=53.

sinde de ilişkinin tarafları açısından bir sınırlama getirilmiş değildir. Bu durumda kendisine mal gönderilen kimsenin mutlaka bir tüketici mi olması gerektiği, yoksa tüketiciler dışında kimselerin, örneğin ticari şirketlerin de bu hükmün uygulama alanından faydalanmalarının mümkün olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir.

Her ne kadar hüküm Borçlar Kanunu'nda yer almakta ve bu nedenle herkes hakkında uygulama alanı bulması gerektiği yönünde bir izlenim doğurmakta ise de, kanaatimizce bu hükmün tacirler arasındaki ilişkilerde uygulanması isabetli olmayacaktır. Nitekim İsviçre'de de hakim görüş, 6a maddesinde bu yönde bir sınırlama getirilmemiş olmasına rağmen, hükmün ancak ticari olmayan mallar açısından ve kendisine mal gönderilen kimsenin tacir olmadığı hallerde uygulama alanı bulabileceğini kabul etmektedir⁴⁵. Ayrıca yukarıda da ele alındığı üzere Alman Medeni Kanunu'nun 241a paragrafının 1. fıkrasında edimin gönderildiği kimsenin tüketici olması gerektiği açıkça öngörülmüş durumdadır. Bu düzenleme esas teşkil eden Avrupa Birliği Yönergesi de tüketicileri korumak amacıyla kabul edilmiştir⁴⁶.

Hükmün Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da değil de, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na alınmış olmasının nedeni bu hükmün tüketici dışındaki kimselere de uygulanmasını sağlamaya yönelik bilinçli bir tercih değildir. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı incelendiği zaman, İsviçre Borçlar Kanunu'nda zaman içinde yapılmış olan hemen hemen tüm değişikliklerin aynen aktarılmasına çaba gösterilmiş olduğu görülmektedir. İsviçre Hukukunda ayrı bir tüketici kanunu mevcut olmadığı için, tüketicileri korumaya yönelik hükümler de doğal olarak İsviçre'de Borçlar Kanunu'na eklenmektedir. Sipariş edilmemiş malların gönderilmesine ilişkin hükmün İsviçre Borçlar Kanunu'na alınmış olmasının sebebi de budur. Tasarı'da bu husus göz ardı edilmiş ve aslında tüketicileri korumaya yönelik olarak İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenmiş olan

⁴⁵ Jörg/ Arter, s.167; Bucher, Art.6a, N.4; Schwenger, N.28.12; Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.426; Berger, Bernhard, N.665.

⁴⁶ Nitekim Yönergenin ismi de Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Olarak Tüketicilerin Korunması Hakkında Yönerge (Directive on the protection of consumers in respect of distance contracts) şeklindedir.

hükümler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a aktarılacak yerine, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na girmiştir⁴⁷.

Kaldı ki, gerek Tasarı'nın 7. maddesinin, gerekse bu konuda diğer ülke hukuklarında kabul edilmiş olan hükümlerin ortak amacı tüketicileri kendisine külfet yükleyen haksız pazarlama teknikleri karşısında korumaktır⁴⁸. Oysa tüketici olmayan kimseler özellikle de tacirler açısından böyle bir korunma ihtiyacı mevcut değildir. Bu nedenle de Tasarı'nın geniş ifadesine rağmen, burada amaca göre daraltıcı yorum (teologische Reduktion) yapılmalı ve hüküm sadece tüketici işlemlerinde uygulanmalıdır.

bb. Gönderen Bakımından

Yukarıda da ele alındığı üzere, Alman Hukukunda konuyu düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun 241a paragrafı, hükmün uygulanabilmesi için malı gönderen kimsenin bir işletme olması gerektiğini kabul etmiştir. Bu nedenle bir tüketici tarafından bir diğer tüketiciye sipariş edilmemiş bir malın gönderilmesi halinde söz konusu hükmün uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Esasen bu yaklaşım hükmün kabul ediliş amacına da uygundur. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere hükmün kabul edilme nedeni, tüketicileri haksız pazarlama faaliyetlerine karşı korumaktır. Bir tüketicinin böyle bir pazarlama faaliyetine girmesi olağan olmayacağı, tam tersine bir tüketicinin sipariş edilmemiş bir malı göndermesi genellikle hataen gerçekleşeceği için, hükmün bu gibi kimselerin aleyhine uygulanmaması uygun görülmektedir.

Ancak olması gereken hukuk açısından Alman Hukukundaki düzenlemenin daha isabetli olduğunu savunmak mümkün ise de, kanaatimizce Tasarı'nın 7. maddesinde böyle bir sınırlama hiç mevcut değil

⁴⁷ Benzer bir duruma taksitle satımlarda da rastlanmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'na tüketicileri taksitle satım sözleşmelerinden korumak amacıyla 1962 yılında çeşitli hükümler eklenmiş, ancak bu hükümler 2001 yılında kaldırılmıştır. Söz konusu hükümler buna rağmen aynen Borçlar Kanunu Tasarısı'na girmiştir. Oysa Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6/A maddesi zaten tüketicileri taksitle satım sözleşmelerine karşı korumaya yönelik bir hükümdür. Bu hükmün varlığına rağmen ayrıca Borçlar Kanunu Tasarısı'na üstelik de İsviçre Borçlar Kanunu'ndan dahi kaldırılmış olan hükümlerin aynen alınmasının isabet derecesi tartışmaya açıktır.

⁴⁸ Bkz. dipnot 2.

iken, gönderen kimsenin bir işletme ya da tacir olması gerektiğini savunmak isabetli gözükmemektedir. Zira durum yukarıda ele alınmış olan kendisine mal gönderilmiş kimselerden farklıdır. Gerek Avrupa Birliği Yönergesi'ndeki düzenlemenin gerekse de ülke düzenlemelerinin temel amacı hep tüketicileri korumaktır ve bu bakımdan kendisine mal gönderilen kimsenin tüketici olması, bu husus açıkça ifade edilmiş olsun ya da olmasın korumanın kapsamına zorunlu olarak dahil olmaktadır. Oysa gönderen açısından bu kimsenin bir tacir ya da işletme olması bu hükümlerin amacı açısından bir zorunluluk olarak değil, olsa olsa bir tercih olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle de kanun koyucu tarafından açıkça bu husus ifade edilmediği sürece, böyle bir yorumun kabul edilmesi isabetli olmayacaktır.

c. Konu Bakımından

aa. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bu hüküm kural olarak bir malın teslim edilmesini gerektiren sözleşmeler açısından gündeme gelebilecektir. Bu konuda da ilk akla gelen şüphesiz mülkiyetin nakli borcunu doğuran sözleşmelerdir. Satım sözleşmesinde ya da trampa sözleşmesinde bu hükmün uygulama alanı bulacağı açıktır. Ayrıca, istisna sözleşmesi de bu hükmün uygulama alanına girecektir. Ancak bağışlama sözleşmesi bu konuda bir istisna teşkil etmektedir. Bağışlama sözleşmesinin amacının malın mülkiyetinin ücretsiz olarak karşı tarafa geçirilmesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda kendisine mal gönderilen kimse bakımından 7. maddenin korumak istediği tehlike ortaya çıkmayacaktır. Bu nedenle de bağışlama sözleşmeleri hükmün uygulama alanı dışında kalmaktadır⁴⁹.

bb. Mülkiyetin naklini hedeflemeyen kira sözleşmesi gibi sözleşmelerde ise durum bu kadar açık değildir. Tasarı'nın 7. maddesinin doğurduğu sonuçlar, özellikle de kendisine mal gönderilen kimsenin malı kullanmanın yanı sıra tüketme hakkına da sahip olduğu düşünüldüğü zaman, bu gibi sözleşmeler açısından söz konusu hükmün uygulama ala-

⁴⁹ Mülkiyetin nakli söz konusu olacağı için karz sözleşmesinin de teorik olarak 7. maddenin kapsamına girdiği söylenebilir. Ancak karz sözleşmesinin en çok karşılaşıldığı para açısından durum farklıdır. Bir miktar paranın ısmarlanması söz konusu olamayacağına göre, bir miktar paranın gönderilmesi halinde 7. maddenin uygulanması mümkün gözükmemektedir.

nı bulması ilk bakışta çok uygun gözükmemektedir. Ancak hüküm sadece mülkiyetin naklini hedefleyen sözleşmeleri kapsar bir şekilde değil, tam tersine malın gönderilmesine olanak tanıyan, diğer bir ifade ile zilyetliğin naklini gerektiren tüm sözleşmeleri içerecek bir şekilde kaleme alınmıştır. Nitekim İsviçre doktrininde de kira sözleşmelerinin de hükmün konu bakımından kapsamına dahil olması gerektiği savunulmuştur⁵⁰.

Kanaatimizce, hükmün korumak istediği menfaatin, tüketicilerin kendilerine gönderilmiş olan malları saklamak veya geri göndermek masrafına ve zahmetine katlanmak zorunluluğu altında kalmamaları olduğu düşünüldüğü zaman, bu hükmün teorik olarak kira sözleşmelerini de kapsar bir şekilde anlaşılması mümkündür. Ancak pratikte bir kimsenin sadece kiralamak amacıyla ve bir pazarlama tekniği olarak sipariş edilmemiş malları bir başka kimseye göndermesi pek de rastlanılacak bir olgu değildir.

cc. Schwenzer, hükmün kapsamına sipariş edilmemiş hizmetlerin de girmesi gerektiğini ifade etmekte ve buna elektronik hizmetleri örnek olarak göstermektedir⁵¹. Bu görüşün en azından elektronik hizmetler açısından kabul edilmesi halinde, ücretli olan bir elektronik veri tabanından ya da internet üzerinden ücretli olarak verilen bir diğer hizmetten yararlanma olanağının şifre göndermek vs. yoluyla tanınması durumunda, bu kişinin söz konusu hizmeti kullanması bir kabul sayılmayacak ve kendisinden söz konusu hizmetin ücreti istenemeyecektir.

Ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 6a maddesinin Avrupa Birliği Yönergesi'ne ve Alman Hukuku'na paralel olarak hizmetleri de kapsayan bir şekilde değiştirilmesi konusunda Kanun tasarısı hazırlanmış ise de, bu Tasarı kanunlaşmamıştır⁵². Bu nedenle İsviçre doktrininde sipariş edilmemiş hizmetlerin yerine getirilmesinin ancak vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde çözülmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir⁵³. Bu husus Borçlar Kanunu Tasarısı'nın ifadesi ile birlikte ele

⁵⁰ Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.426; Koller, AT, N.84.

⁵¹ Schwenzer, N.28.12.

⁵² Açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 18, N.21.

⁵³ Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.428b.

alındığında hizmetlerin de hükmün kapsamına girdiğini savunmak güç gözükmemektedir.

3. Unsurları

a. Gönderme

Göndermek ifadesinin kullanılmış olması, öncelikle elden gerçekleşen teslimlerde Tasarı'nın 7. maddesinin uygulama alanı bulmaması gerektiği sonucuna bizi ulaştırmaktadır. Zira hükmün amacı, bilgisi haricinde kendisine mal gönderilen kimseyi korumaktır. Buna karşılık elden teslim halinde, bu kimseyi korumayı gerektirecek böyle bir tehlike mevcut olmayacaktır.

Ancak göndermek kelimesinin çok dar olarak da anlaşılması gerekir. Gönderilen kimsenin bilgisi mevcut olmadığı sürece, malın bu kimsenin masasına, posta kutusuna ya da kapısının önüne bırakılması, bu madde anlamında bir gönderme olarak kabul edilmelidir⁵⁴. Önemli olan söz konusu malın o kimsenin hakimiyet alanına girmiş olmasıdır⁵⁵. Aşağıda gönderilen şeyin niteliği bahsinde ele alınacağı üzere, elektronik ortamda bir şeyin gönderilmesinin de bu madde kapsamında değerlendirilmesi mümkündür⁵⁶.

b. İsmarlanmış Olmama

aa. İsmarlamak kelimesi sözlük anlamı olarak, bir şeyin yapılmasını veya bir şeyin gönderilmesini istemek anlamına gelmektedir. Bu açıdan bakınca ismarlanmış olmama gönderilmesi talep edilmemiş anlamına gelmektedir⁵⁷. Tasarıda geçen ismarlanmamış ifadesini değerlendirmek gerekirse, kural olarak taraflar arasında bir sözleşmenin kurulmaması gerektiği açıktır. Bunun yanı sıra gönderilen tarafından yapılmış halen geçerli bir icabın da mevcut olmaması gerekir. Zira bu durumda

⁵⁴ Göndermenin elektronik ortamda da gerçekleşebileceği yönünde bkz. *Kramer-MünchKomm*, § 241a, N.7.

⁵⁵ *Dorn-HKK*, § 241a, N.16; *Kramer-MünchKomm*, § 241a, N.7.

⁵⁶ Bkz. aşağıda bölüm III, 3, c, cc.

⁵⁷ *Saenger-Erman*, § 241a, N.10.

malın gönderilmesi bir kabul anlamına gelecek ve taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş olacaktır. Aynı şekilde mal kendisine gönderilen kimse tarafından yapılmış bir icap mevcut olmakla birlikte, malın icabın kabul süresinin geçmesinden sonra gönderilmesi halinde de aynı sonuca varmak gerekir. Meğerki karşı tarafın artık sözleşmeyi kurmak istemediğini açıkça biliyor olmasına rağmen mal gönderilmiş olsun. Özellikle, kabul süresinin üzerinden uzun bir zaman geçmiş olması halinde durum böyledir.

Ancak bu söylenenlerden ısmarlamadan söz edebilmek için, taraflar arasında geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunmasının zorunlu olduğu şeklinde bir sonuca da ulaşmamak gerekir. Ortada geçerli bir sözleşme veya bir icap bulunmasa dahi, alıcının malın kendisine gönderilmesini istediği diğer durumlarda da bu hükmün uygulanmasına olanak bulunmadığı ifade edilmektedir. Önemli olan malın gönderilmesinin kendisine mal gönderilen kimseye isnat edilebilir olup olmadığıdır⁵⁸. Örneğin bu kimsenin karar verebilmek amacıyla malı görmek istediği hallerde durum böyledir⁵⁹. Sonuç olarak, malın kendisine gönderilmesine yönelik herhangi bir talep ısmarlamak olarak değerlendirilecektir⁶⁰. Ancak ısmarlama unsurunun gerçekleştiğini malı gönderen kimse ispat etmek zorundadır⁶¹.

Belli bir süre içinde icabın reddedilmemesi halinde sözleşmenin kurulmuş sayılacağı ifade edilerek, bir malın deneme amaçlı gönderilmesi halinde sipariş edilmemiş bir malın mevcut olduğu ve Tasarı'nın 7. maddesinin bu durumlarda da uygulama alanı bulacağı konusunda ise tereddüt etmemek gerekir⁶².

⁵⁸ *Saenger-Erman*, § 241a, N.10.

⁵⁹ *Berger*, Christian, s.651; *Sutschet-Bamberger/ Roth*, § 241a, N.5; *Heinrichs-Palandt*, § 241a, N.3.

⁶⁰ *Saenger-Erman*, § 241a, N.10. Ancak ısmarlamadan bahsedebilmek için mal kendisine gönderilen kimsenin aktif bir hareketinin bulunması gerektiği ifade edilmektedir. *Sutschet-Bamberger/ Roth*, § 241a, N.5.

⁶¹ *Kramer-MünchKomm*, § 241a, N.32.

⁶² *Sutschet-Bamberger/ Roth*, § 241a, N.6.

bb. Aynı şekilde söz konusu mala ilişkin bir sipariş mevcut olmasa dahi, taraflar arasında bir çerçeve sözleşmenin mevcut olduğu durumların da bu madde kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir⁶³. Hatta bir çerçeve sözleşme niteliğinde olmasa dahi, taraflar arasında sürekli bir ilişkinin mevcut olduğu hallerde de aynı sonuca ulaşmak mümkündür⁶⁴. Taraflar arasındaki yoğun güven ilişkisinin ısmarlama unsurunun daha esnek olarak değerlendirilmesini gerektirdiği ifade edilmekte ve bu duruma sürekli olarak kendisinden kitap alan müşterisine, yeni çıkan ve müşterinin ilgisini çekeceğini düşündüğü bir kitabı göndermesi örnek olarak gösterilmektedir⁶⁵. Kanaatimizce bu örneğe şüphe ile yaklaşmak gerekir ise de, taraflar arasında bir abonelik sözleşmesinin bulunduğu hallerde bu görüşe katılmak gerekir. Abonelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra, söz konusu gazetenin ya da derginin gönderilmeye devam edilmesi halinde, durumun bu hükmün kapsamına girmediğinin ve abonelik sözleşmesinin kendiliğinden yenilenmesini istemeyen kimsenin bu durumu bildirmesinin gerektiğini kabul etmek daha isabetli gözükmektedir⁶⁶.

cc. Ayrıca, taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğu haller de bu madde kapsamında değerlendirilmemektedir⁶⁷. Zira sözleşmenin geçersiz olduğu hallerde dahi alıcının kendisine malın gönderilmesine ilişkin bir talebi mevcuttur. Sözleşmenin geriye etkili olarak iptal edildiği durumlarda bu husus açıktır⁶⁸. Hatta Alman Hukuku'nda geçersizliğin ısmarlayanın temyiz kudreti yoksunluğundan kaynaklandığı haller dahi

⁶³ Kramer-MünchKomm, § 241a, N.7; Saenger-Erman, § 241a, N.11.

⁶⁴ Sutschet-Bamberger/ Roth, § 241a, N.6.

⁶⁵ Saenger-Erman, § 241a, N.11. Taraflar arasında böyle bir ilişki mevcut olmamasına rağmen, belli meslek grubundan olan kimselere mesleki kitapların gönderilmesi halinde, bu durumun sipariş edilmemiş mal kavramı içine gireceği kabul edilmektedir. Sutschet-Bamberger/ Roth, § 241a, N.6.

⁶⁶ Aksi görüş, Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.427.

⁶⁷ Casper, s.1605; Saenger-Erman, § 241a, N.12; Schmidt, s.112. Karş. Olzen-Staudinger, § 241a, N.27. Yazar, tüm geçersizlik halleri için kesin bir yaklaşım olamayacağını, somut olayın özelliklerinin, özellikle de bu duruma mal kendisine gönderilen kimsenin yol açıp açmamış olduğunun ele alınması gerektiğini savunmaktadır.

⁶⁸ Schmidt, s.112; Heinrichs-Palandt, § 241a, N.3; Kramer-MünchKomm, § 241a, N.8; Mansel-Jauernig, § 241a, N.3; Casper, s.1605.

bu madde kapsamına sokulmamaktadır⁶⁹. Tüm bu durumlarda kendisine mal gönderilen kimseye isnad edilebilen bir durumun olması nedeniyle ayırtım gücünden yoksun da olsa bu kişinin korunmaması gerektiği savunulmaktadır⁷⁰.

Kanaatimizce bu görüş tartışmaya açıktır. Söz konusu görüş ısmarlamanın bir hukuki işlem niteliğinde olması gerekmediği, herhangi bir irade beyanının bu anlamda yeterli olduğu gerekçesine dayanmakta ise de, ayırtım gücü olmayan bir kimsenin iradesinden söz etmek isabetli olmayacaktır. Fakat malı gönderen kimsenin karşı tarafın ayırtım gücünün bulunmadığını bilmediği durumlarda söz konusu hükmün uygulama alanı bulması çok da adil gözükmemektedir. Unutmamak gerekir ki, bu madde çoğu zaman mesafeli işlemler açısından gündeme gelecektir. Kramer tarafından da ifade edildiği üzere, önemli olan geçerli bir irade beyanının bulunup bulunmadığı değil, durumun gönderen açısından nasıl gözüküyordur⁷¹. Bu açıdan yaklaşınca aslında taraflar arasında bir irade uyuşması bulunmamasına rağmen, malı gönderen kimsenin bir irade uyuşmasının bulunduğunu zannetmekte haklı olduğu durumlarda da Tasarı'nın 7. maddesi hükmünün öngörmüş olduğu "ısmarlanmış olma" unsuru gerçekleşmiş olmayacaktır⁷².

dd. Özellikle Alman doktrinde tartışılan bir diğer durum, bir kimsenin sözleşmede kararlaştırılardan başka bir şey göndermesi halinde bu madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Doktrinde hakim görüş, konuyu satıcının aliud ifayı bilinçli olarak yapmış olup olmamasına göre ikiye ayırmaktadır. Buna göre, bilinçli olarak bir başka malın gönderilmiş olduğu durumlar bu hükmün kapsamına girmelidir. Gönderen kimsenin açıkça söz konusu mal elinde kalmadığı için, bir başka malı gönderdiğini ifade etmiş ise bu kast kolaylıkla tespit edilebilecektir. Buna karşılık aliud ifa bilinçli olarak gerçekleşmemiş ise bu hüküm uygulanmamalıdır⁷³. Ancak bu görüş dayanağını Alman Me-

⁶⁹ Saenger-Erman, § 241a, N.12.

⁷⁰ Saenger-Erman, § 241a, N.12.

⁷¹ Kramer-MünchKomm, § 241a, N.7.

⁷² Kramer-MünchKomm, § 241a, N.8.

⁷³ Mansel-Jauernig, § 241a, N.3; Kramer-MünchKomm, § 241a, N.7.

deni Kanunu'nun 241a paragrafının 3. fıkrasından almaktadır. Söz konusu hükme göre, "Tüketicinin sipariş etmiş olduğu bir edime fiyat ve kalite olarak eşdeğer bir edimin sunulduğu ve bu kimsenin edimi kabul etmek ve geri gönderme masraflarına katlanmak zorunda olmadığına açıkça belirtildiği hallerde, sipariş edilmemiş bir edimin varlığından söz edilemez".

Ancak benzer bir düzenleme hukukumuzda mevcut değildir. Bu nedenle konunun genel prensipler çerçevesinde bir çözüme ulaştırılması gerekir. Kanaatimizce her ne kadar bazı satıcılar tarafından durumun kötüye kullanılması ihtimali mevcut olsa da, bu gibi durumlarda Tasarı'nın 7. maddesinin uygulama alanı bulmaması gerekir. Durum bir ölçüde taraflar arasında önceden sürekli bir ilişkinin mevcut olması haline benzenmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu gibi hallerde taraflar arasında yoğun bir güven ilişkisi bulunmakta ve bu nedenle de ısmarlama unsuru daha esnek olarak değerlendirilmektedir. Her ne kadar aliud ifada taraflar arasında bir sürekli ilişki mevcut değil ise de, önceden bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş olması, yine de belirli ölçüde bir güven ilişkisinin kurulmasına ve tarafların bazı yükümlülüklerinin doğmasına yol açmaktadır⁷⁴.

ee. Son olarak ifade etmek gerekir ki, sipariş edilmiş olan malın yanlışlıkla iki kere gönderilmesi durumu da, sipariş edilmeksizin gönderilmiş olan ikinci mal açısından Tasarı'nın 7. maddesi kapsamına giren bir durum olarak nitelendirilmelidir. Ancak bu durumlarda, kendisine mal gönderilen kimsenin malın yanlışlıkla gönderilmiş olduğunu anlaması gerekecek ve aşağıda ele alınacağı üzere bildirim ve malı saklama yükümlülükleri doğacaktır⁷⁵.

c. Gönderilen Şeyin Niteliği

aa. Kural olarak hükmün kapsamına göndermeye elverişli her türlü taşınır eşyanın girmesi mümkündür. Taşınmazlarda ise gönderme unsuru gerçekleşemeyeceği için taşınmazlar hükmün kapsamı dışında kalacaktır⁷⁶. Bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için, malın değerinin düşük

⁷⁴ Malın ayıplı olması halinde bu maddenin uygulama alanının bulunmasının mümkün olmadığı ise tartışmalıdır.

⁷⁵ Kramer-MünchKomm, § 241a, N.21; Sutschet-Bamberger/Roth, § 241a, N.11.

⁷⁶ Saenger-Erman, § 241a, N.7.

olması zorunlu değildir. Değeri yüksek olan mallar açısından dahi bu hükmün uygulama alanı bulabileceğinde tereddüt etmemek gerekir⁷⁷. Ancak doktrinde de ifade edildiği üzere, değeri çok yüksek mallar açısından söz konusu malın yanlışlıkla gönderildiğine dair bir karinenin kabul edilmesi gerekir⁷⁸. Bu durumda malın hataen değil bilinçli olarak gönderilmiş olduğunu mal kendisine gönderilen kimse ispatlamak zorunda olacaktır.

bb. Taşınır eşya bakımından üzerinde özel olarak durulması gereken bir durum, uygulamada oldukça sık karşılaşılan, kredi kartlarının talep olmaksızın gönderilmesidir. Kredi kartlarının da bir taşınır eşya olduğu ve hükmün kapsamına girdiği söylenebilir. Diğer bir ifade ile bir bankanın kredi kartı sözleşmesi kurulmamış olmasına rağmen, bir kimseye kredi kartı göndermesi durumunda, bu kimsenin kredi kartını iade etmek veya saklamak yükümlülüğü bulunmayacaktır⁷⁹. Bu nedenle de kredi kartının kaybolması ya da gönderilen tarafından atılması ve başka biri tarafından bulunup kullanılması hallerinde tüm risk bankaya aittir. Nitekim Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 8. maddesinde "Kart çıkaran kuruluşlar, talepte bulunmayan veya sözleşme imzalamayan kişiler adına hiçbir şekil ve surette kart veremezler" hükmünün yer alması da bu görüşü destekler niteliktedir⁸⁰.

Uygulamada sıklıkla rastlanılan kredi kartı ile birlikte sözleşmenin de gönderilmesi halinde ise, bu hükmün uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Zira bu durumlarda kart ancak sözleşmenin imzalanmasından sonra teslim edilmektedir. Sözleşmenin imzalanmasından sonra ise artık sipariş edilmemiş olan bir malın gönderilmiş olduğundan bahsedilemeyecektir.

Aynı şekilde kredi kartı ile işlem yapılması da bu hükmün kapsamı dışında kalmalıdır. Zira söz konusu kredi kartı ile işlem yapılması ban-

⁷⁷ Berger, Christian, s.651; Saenger-Erman, § 241a, N.7.

⁷⁸ Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.428a. Bu durumun sonuçları aşağıda III.4.c bölümünde ele alınacaktır.

⁷⁹ Kanaatimizce, kredi kartlarının arkasında kartın mülkiyetinin bankaya ait olduğu ifadesinin yer alması da bu konuda bir değişiklik yaratmayacaktır.

⁸⁰ Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 8. maddesine aykırılığın yaptırımı aynı Kanun'un 35. maddesinin (a) bendinde idari para cezası olarak düzenlenmiştir.

kadan bir miktar kredi kullanıldığı anlamına gelir. Dolayısıyla banka ve kredi kartı kendisine gönderilen kimse arasında yeni bir sözleşme ilişkisi doğmuş olacaktır. Bu sözleşme ilişkisi bir miktar paranın ödünç alınmasına ilişkindir. Oysa yukarıda da ele aldığımız üzere para açısından bu hükmün uygulama alanı bulması mümkün değildir. Kaldı ki, hükmün amacı kendisine sipariş etmediği halde bir mal gönderilen kimseyi malı saklamak veya geri göndermek yükümlülüğünden kurtarmaktır, yoksa bu kimseye haksız bir kazanç sağlamak değildir.

cc. Tüm bunların yanı sıra, alıcıya elektronik ortamda elektronik posta ve benzeri yollarla doğrudan program, müzik, film ve benzerlerinin gönderilmesinin de bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu durumlarda gönderme unsuru gerçekleşmiştir. Ayrıca, hükmünde "ısmarlanmamış bir şey"den bahsedilmiş olmasından hareketle bu hükmün uygulaması taşınır mallarla sınırlanmamalıdır. Ancak, yukarıda da ele aldığımız üzere elektronik bir hizmetin kullanılmasına yönelik olarak elektronik ortamda iletilen şifreler bu madde kapsamında değerlendirilmemelidir. Bir mevzuat ve karar tarama motoruna ilişkin gönderilen bir şifrenin kullanılması buna örnek olarak gösterilebilir⁸¹.

4. Sonuçları

a. İcap Teşkil Etmemesi

aa. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 7. maddesinin getirdiği sonuçlardan ilki ısmarlanmamış bir malın gönderilmesinin icap sayılmayacağıdır. Tasarı burada 6. maddeden farklı olarak bir karine değil faraziye öngörmüş durumdadır⁸². Diğer bir ifade ile malın gönderilmesinin bir icap niteliğinde olduğunun ispatlanması hiçbir şekilde mümkün değildir. Malın gönderilmesi 7. madde hükmüne göre bir icap olarak kabul edilmediğine göre, kendisine mal gönderilmiş olan bir kimsenin malı kullanması ya da tüketmesini de kabul olarak nitelendirmeye imkan

bulunmamaktadır⁸³. Nitekim Avusturya Medeni Kanunu'nda bu husus açıkça ifade edilmiş durumdadır.

Bu noktada mal ile birlikte ya da malın gönderilmesinden önce açık bir icabın da muhataba ulaştırılması halinde durumun ne olacağı sorunu incelemek gerekir. Her ne kadar hükmün ifade tarzı, sadece malın gönderilmesinin icap teşkil etmeyeceğine ilişkin gözüke ve açık bir icabın gönderilmesini kapsamıyor izlenimi yaratsa dahi, hükmün korumak istediği menfaatler göz önüne alındığı zaman, böyle açık bir icabın önce veya sonra gönderilmiş olmasının bir etkisinin olmayacağı kabul edilmelidir⁸⁴. Zira bu durumlarda da kendisine mal gönderilen kimsenin malı saklamak ya da geri göndermekle yükümlü tutulmaması gerekir⁸⁵.

bb. Benzer bir sorun, tarafların arasında daha önceden kurulmuş benzer sözleşmelerin bulunduğu hallerde karşımıza çıkacaktır. Kendisine mal gönderilen kimse tacir olmamakla birlikte, göndericiden sürekli olarak siparişlerde bulunan bir kimse ise, taraflar arasındaki bu geçmiş ilişkinin 7. maddenin uygulanmasında nasıl bir etki doğuracağını ele alınması gerekir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere doktrinde bir görüş, taraflar arasında bir çerçeve sözleşme niteliğinde olmasa dahi, sürekli bir ilişkinin mevcut olduğu hallerde sipariş etmeme unsurunun gerçekleşmemiş olduğunu, bu nedenle de söz konusu hükmün uygulanamayacağını kabul etmektedir⁸⁶. Bu duruma kendisinden sürekli kitap alan müşterisine, yeni çıkan ve müşterinin ilgisini çekeceğini düşündüğü bir kitabı göndermesi örnek olarak gösterilmektedir⁸⁷.

Kanaatimizce bu gibi durumlarda mal kendisine gönderilen kimse tarafından yapılmış olan bir sipariştan söz etmek güç gözükmektedir.

⁸³ Schwenger, N.28.13; Koller (Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druey), N.30.

⁸⁴ Gezder, s.245; Özel, s.66.

⁸⁵ Bu husus doktrinde de kabul edilmektedir. Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.428; Schwenger, N.28.12; Kocayusufpaşaoğlu, § 18, N.20. Kocayusufpaşaoğlu'nun ifadesi ile, "Aksi kabul edilseydi, her defasında faturası ile gönderilen mala böyle bir icap beyanını eklemek suretiyle kanun hükmünün bertaraf edilmesine imkan tanınmış olurdu". Aynı doğrultuda bkz. Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.428.

⁸⁶ Sutschet-Bamberger/ Roth, § 241a, N.6.

⁸⁷ Saenger-Erman, § 241a, N.11.

⁸¹ Aksi görüş Schwenger, N.28.12.

⁸² Furrer/ Müller-Chen s.87; Koller, AT, N.86; Schwenger, N.28.12.

Bu nedenle de durum Tasarı'nın 7 maddesi kapsamına girmektedir. Ancak bu gibi hallerde, mal sipariş edilmeden gönderilmiş olsa dahi, malı gönderen, karşı tarafın durumu bilseydi bu yönde bir sipariş vereceği inancından hareket etmektedir. İşte malı gönderen kimse bu inancında yanılığa düşmüş durumdadır. Bu nedenle de durum Tasarı'nın Meclis Genel Kurulu'nda hükümden çıkarılmış olan 2. fıkrasına benzetilmektedir. Bu durumda kendisine mal gönderilen kimse malı geri göndermekle yükümlü olmayacak, ancak dürüstlük kuralı uyarınca malı saklamak ve göndericiye haber vermek zorunda kalacaktır⁸⁸.

cc. Yukarıda ele alındığı üzere her ne kadar kendisine mal gönderilen kimsenin davranışlarını bir kabul beyanı olarak yorumlamak mümkün değil ise de, bu husus bu kimsenin malı gönderen kimseye karşı kendisinin bir icapta bulunmasına engel değildir. Kendisine mal gönderilen kimsenin malın bedelini göndermesini bu anlamda bir icap olarak nitelendirmek gerekir. Bu durumda da malı gönderen kimsenin işin niteliği gereği açık bir kabul beyanı aranmayacak, bu kimsenin susması ile sözleşme kurulmuş olacaktır⁸⁹. Ancak bu hususun kabul edilebilmesi için, malı gönderen kimsenin bilinçli olarak ödeme yapmış olması gerekir⁹⁰. Diğer bir anlatımla, kendisine mal gönderilen kimsenin, kendisini

⁸⁸ Taraflar arasında uzun süreli bir hukuki ilişkinin mevcut olduğu durumlarda, bu sözleşmenin sona ermesine rağmen malların gönderilmeye devam edilmesinin etkisi için bkz. dipnot 66 ve ilgili metin.

⁸⁹ Koller, AT, N.86; Schwenzler, N.28.13. Alman Hukukunda ise böyle bir davranışın kabul sayılacağı ve sözleşmenin tüketicinin bedeli göndermesi ile kurulmuş sayılacağı kabul edilmektedir. *Larenz/ Wolf*, § 29, N.68; *Leipold*, § 14, N.25; *Mansel-Jauernig*, § 241a, N.5; *Kramer-MünchKomm*, § 241a, N.13; *Heinrichs-Palandt*, § 241a, N.6. İsviçre ve Türk Hukuklarından farklı olarak Alman Hukuku'nda malın bedelinin gönderilmesinin bir icap olarak değil, kabul olarak yorumlanması, Alman Medeni Kanunu'nun 241a paragrafının, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 6a maddesinden farklı bir şekilde kaleme alınmış olmasından kaynaklanmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 6a maddesi ve dolayısıyla Tasarı'nın 7. maddesi, malın gönderilmesinin bir icap sayılmayacağını kabul etmiş, böylece mal kendisine gönderilen kimsenin davranışları ile bir sözleşme ilişkisinin kurulabilmesi olanağını tamamen kapamıştır. Oysa Alman Medeni Kanunu'nun 241a paragrafının "sipariş edilmemiş bir malın tüketicie gönderilmesi veya sipariş edilmemiş diğer edimlerin yerine getirilmesi, tüketicie karşı bir talep hakkı doğurmayacaktır", şeklindeki ifadesi tüketicinin davranışları ile taraflar arasında böyle bir sözleşme ilişkisinin kurulabilmesine mutlak bir engel teşkil etmemektedir.

⁹⁰ *Kramer-MünchKomm*, § 241a, N.10. Hatta bazı yazarlara göre, bu sonucun kabul edile-

ödemek zorunda hissettiği için ödeme yapmış olması bir icap olarak yorumlanmamalıdır⁹¹.

b. Gönderenin Talep Hakkının Bulunmaması

aa. Genel Olarak

Hükümün ikinci cümlesi, bu şeyi alan kişinin onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü olmadığını ifade etmiştir. Hükümün bu ifadesinden malı gönderen kişinin gönderene karşı ne gibi bir talep hakkına sahip olabileceği açık bir şekilde anlaşılmamaktadır. Aşağıda ele alınacağı üzere İsviçre doktrininde hakim görüş, malı gönderenin hiçbir talep hakkının olamayacağı yönündedir. Bu hususun kapsamına haksız fiil ve sözleşmesel talepler girdiği gibi, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan istemler de girmektedir. Gönderilen kimsenin malı kullanmış, yok etmiş veya tüketmiş olması, bu hususta bir değişiklik yaratmayacaktır. Ancak aynı talepler konusunda bir fikir birliği yoktur. Bu nedenle mevcut olabilecek talep haklarını ayrı ayrı ele almakta fayda vardır.

bb. Sözleşmesel Talepler

Sözleşmesel talepler açısından durum açıktır. Hükümün ilk cümlesinde ısmarlanmamış bir malın gönderilmesinin icap sayılmayacağını belirtilmiş olması sözleşmesel taleplerin önüne geçmek amacıyladır⁹². Gönderilen kimsenin malı kullanmış, yok etmiş veya tüketmiş olması bu hususta bir değişiklik yaratmayacaktır.

cc. Aynı Talepler

aaa. Malı gönderen kimsenin aynı bir talep hakkı, özellikle de istihkak talebi ileri sürüp süremeyeceği sorunu öncelikle kendisine mal gönderilen kimseye mülkiyet hakkının geçmiş olup olmadığının değer-

bilmesi, malın bedelinin gönderildiği sırada, bu kimsenin 241a paragrafının kendisi açısından sağladığı hukuki imkanları bilmesine, ancak buna rağmen bedeli göndermesine bağlıdır. *Sutschet-Bamberger/Roth*, § 241a, N.9.

⁹¹ Ancak malın bedelini öderken aslında bir icapta bulunmak niyetinde olmadığını kendisi ispatlamalıdır.

⁹² *Koller* (Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druey), N.30.

lendirilmesine bağlıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Birleşik Krallık Hukukunda bu husus açıkça kabul edilmiş durumdadır. İsviçre doktrininde de bazı yazarlara göre, malın mülkiyeti hükmün öngördüğü şartların gerçekleşmesi ile birlikte gönderilen kimseye geçecektir⁹³. Bu nedenle de kendisine mal gönderilen kimse, malı satıp mülkiyeti üçüncü kişilere devretmek olanağına da sahiptir. Bu bağlamda üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmaması da önem taşımayacaktır⁹⁴.

Kanaatimizce sipariş edilmemiş bir malın gönderilmesiyle mülkiyetin geçeceğini kabul etmek, hükmün kendisine mal gönderilen kimseyi koruma amacını aşmaktadır⁹⁵. Kaldı ki, bu görüşün kabul edilmesi halinde mülkiyetin geçişini kural olarak geçerli bir tasarruf işleminin bulunmasına bağlayan eşya hukuku sistemimizden de uzaklaşılacaktır. Bilindiği üzere mülkiyetin devren geçişi için devreden ile kazanan kişinin bu hususta anlaşmaları gerekir⁹⁶. Her ne kadar hukukumuzda tasarruf işlemi bulunmaksızın mülkiyetin geçtiği haller mevcut ise de, bu haller hep Kanun tarafından öngörülmüşlerdir. Oysa söz konusu hüküm Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda yer almakta olup, hükmün amacı da mülkiyet hakkının geçişini düzenlemek değildir⁹⁷. Nitekim hükümde de sadece, "Bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü değildir" ifadesi yer almaktadır. Bu ifadeden kendisine mal gönderilen kimsenin mülkiyet hakkını kazandığı sonucu çıkarmak güçtür⁹⁸.

⁹³ Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.430a. Karş. Koller, AT, N.90, 91. Son yazar, malı gönderen kimsenin mülkiyetin nakline yönelik bir irade beyanında bulunmuş sayılacağı ve bu nedenle de çoğu zaman malın kullanılması veya tüketilmesi ile birlikte mülkiyetin de geçmiş olacağını kabul etmektedir. Ancak yazara göre, mülkiyetin geçmediği hallerde dahi 6a maddesi malın geri verilmesine yönelik bir talebe engel teşkil etmektedir.

⁹⁴ Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.430a.

⁹⁵ Mülkiyet hakkının geçmeyeceği yönünde, Saenger-Erman, § 241a, N.17.

⁹⁶ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s.588.

⁹⁷ Aksi görüşte Gezder, s.245.

⁹⁸ Bunun sonucu olarak da, mal kendisine gönderilen kimse, tasarruf yetkisine sahip olmadığı için malın mülkiyetini üçüncü kişiye geçiremeyecektir. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesi uyarınca, iyiniyetli üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazanması durumu saklıdır. Zira kendisine mal gönderilen kimsenin emin sıfatıyla zilyet konumunda olduğu açıktır.

bbb. Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüş ise, kendisine mal gönderilen kimsenin mülkiyet hakkını elde etmemiş olmasına karşın zilyetliği elinde tutmaya yetkili olmasıdır⁹⁹. Bu görüş uyarınca kendisine mal gönderilen kimse haklı zilyet konumundadır. Böylece kendisine mal gönderilen kimse, mülkiyet hakkını kazanmadığı için malın mülkiyetini üçüncü kişilere devredemeyecek ise de, malı geri vermek yükümlülüğü de mevcut değildir. Diğer bir ifade ile malın kendisinden istihkak davası ile geri alınmasına olanak bulunmamaktadır¹⁰⁰.

Nitekim Alman doktrininde hakim görüş, mülkiyetin geçmeyeceği, ancak kendisine mal gönderilen kimsenin buna rağmen malı elinde bulundurmak ve hatta malı kullanmak yetkisinin bulunduğu yönündedir. Diğer bir ifade ile malı gönderen kimse bir istihkak talebi ileri süremeyecektir¹⁰¹. Ancak Alman doktrinindeki bu görüşe Alman Medeni Kanunu'nun 241a paragrafının Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 7. maddesinden farklı olan mutlak ifadesinin de yol açmış olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Buna karşılık Koller bu sonuca hükmün son fıkrasından yola çıkarak ulaşmaktadır. Yazara göre, son fıkra uyarınca sadece malı yanlışlıkla gönderildiğinin açıkça anlaşıldığı hallerde bir saklama yükümlülüğü doğmaktadır. Bunun tersinden yola çıkılacak olunursa, malın yanlışlıkla

⁹⁹ Sosnitza, s.2323. Berger, Christian, s.653; Schwarz, s.1450; Böttcher/ Möritz, s.47.

¹⁰⁰ İstihkak talebinin kabul edilmemesi halinde, malı gönderen kimsenin zilyetlik davalarını da açamayacağının kabul edilmesi gerektiği açıktır. Kramer-MünchKomm, § 241a, N.15.

¹⁰¹ Kramer-MünchKomm, § 241a, N.15; Heinrichs-Palandt, § 241a, N.7; Olzen-Staudinger, § 241a, N.39 vd.; Schmidt, s.140; Berger, Christian, s.652, 653; Sosnitza, s.2319 vd.; Blöttcher/ Moritz, s.47; Schwarz, s.1450; Looschelders, § 5, N.106; Medicus, N.1083; Schlechtriem/ Schmidt-Kessel, s.33; Sutschet-Bamberger/ Roth, § 241a, N.9. Aksine bir görüşün sipariş edilmemiş bir malı gönderen işletmenin cezalandırılması amacı ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir. Looschelders, § 5, N.106. Hatta bir istihkak talebinin malın üçüncü kişiye devredildiği durumlarda dahi mümkün olmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Schlechtriem/ Schmidt-Kessel, s.33. Alman doktrininde bazı yazarlar, malın üçüncü kişiye devredildiği, ancak üçüncü kişinin kötüniyetli olduğu için mülkiyet hakkını kazanmadığı hallerde dahi, üçüncü kişiden malın iadesinin istenemeyeceğini ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre üçüncü kişinin malı bedelsiz olarak elde etmiş olması da bu sonucu değiştirmeyecektir. Sutschet-Bamberger/ Roth, § 241a, N.9. Kanaatimizce mülkiyet hakkın geçmediği bir kurguda, kötüniyetli üçüncü kişinin bu dereceye kadar korunmasını haklı kılan bir neden mevcut değildir.

gönderildiğinin açıkça anlaşılamadığı hallerde bir saklama yükümlülüğü de mevcut olmamalıdır. O halde malın geri istenmesi de mümkün değildir¹⁰². Kanaatimizce malın saklanması yükümlülüğünün mevcut olması ile malın geri istenmesinin mümkün olup olmaması birbirinden farklı hususlardır. Kendisine mal gönderilen kimse malı saklamakla yükümlü olmasa dahi, mal kendisinden geri istendiğinde bunu iade ile yükümlü tutulabilir.

Kanaatimizce tüm bu görüşler kendisine mal gönderilen kimsenin malı tüketmek ve yok etmek olanağına sahip olmasını açıklamaktan uzak kalmaktadır. Bir kimsenin mülkiyet hakkını kazanmadığını, ancak buna rağmen malı geri vermekten sonsuza kadar imtina edebileceği, hatta malı tüketme ve yok etme hakkına sahip olduğunu kabul etmek, mülkiyet hakkını içi tamamen boş bir hak durumuna sokmak anlamına gelir. Bu nedenle kendisine mal gönderilen kimseye istihkak talebinin mevcut olmadığının kabul edilmesi ancak mülkiyet hakkının da geçtiğinin kabulü ile mümkün olmalıdır. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, mülkiyet hakkının geçmiş olduğunu kabul etmekte Tasarı'nın 7. maddesinde öngörülen koruma amacını aşan ve Eşya Hukuku prensiplerimizle bağdaşmayan bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tüm bu nedenlerle, malı gönderen kimsenin bir istihkak talebi mevcut olmalıdır¹⁰³. Ancak hükümde kendisine mal gönderilen kimsenin bu malı geri göndermek yükümlülüğünün bulunmadığı açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle istihkak talebi ileri süren ve malı geri isteyen kimsenin, malı gönderilenden bizzat alması veya aldırması ve bunun masraflarına da kendisinin katlanması gerekir. Bununla beraber bu talep ancak malın tüketilmemiş ya da yok edilmemiş olması halinde mevcut olabilecektir.

ccc. Bu durumda kendisine sözlü ya da yazılı bir istihkak talebi ileri sürülmüş olan kimsenin bu andan itibaren bir saklama yükümlülüğünün doğup doğmayacağını tartışılması gerekir. Kanaatimizce kendisine mal gönderilen kimseye gidilip mal fiilen geri istenmediği sürece, sadece bir istihkak talebinin ileri sürülmüş olduğu hallerde, malın tüketilmesi ya

da yok edilmesi nedeniyle bu kimseden bir tazminat istenmesi mümkün olmamalıdır. Ancak bu kimsenin malın iadesinin istendiğini bilmesine ve malın saklanması kendisi için özel bir külfet yerine getirmemesine rağmen malı kasten yok etmesi veya mala zarar vermesi bir hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir ve bu durumda kendisine mal gönderilen kimse dürüstlük kuralından kaynaklanan bir tazminat talebi ile karşılaşabilir. Kendisine mal gönderilen kimsenin bunun dışında bir tazminat yükümlülüğünün bulunduğu kabulü, Tasarı'nın 7. maddesinin ruhu ile bağdaşmayacaktır.

Sonuç olarak istihkak davasına dayanan malın iadesi talebinde Türk Medeni Kanunu'nun zilyedin iade borcunun kapsamını düzenleyen 993, 994 ve 995. maddelerinin uygulanması gerekir¹⁰⁴. Kendisine mal gönderilen kimse, mal kendisinden fiilen istenene kadar iyiniyetli zilyet olarak kabul edilmelidir. Söz konusu hüküm uyarınca, iyiniyetli zilyedin malı kullanması veya maldan yararlanması nedeniyle malike karşı herhangi bir tazminat ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca, ikinci fıkraya göre, iyiniyetli zilyet malın kaybedilmesinden, yok olmasından veya hasara uğramasından da sorumlu olmayacaktır. Bunun yanı sıra, iyiniyetli zilyet yapmış olduğu zorunlu ve yararlı masrafların tazminini 994. madde uyarınca malikten isteyebilecektir.

Bununla birlikte, malı gönderenin fiilen gelip malı geri istediği bir kurguda malın mevcut olmasına rağmen geri verilmemesi, bu kimseyi kötüniyetli zilyet konumuna düşürecek ve Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesi uyarınca kendisine mal gönderilen kimse bu andan itibaren mala gelen tüm zararlardan kusuru olmasa dahi sorumlu olacaktır¹⁰⁵.

dd. Haksız Fiil Talebi

aaa. Malı gönderen kimsenin haksız fiilden kaynaklanan bir tazminat talebi ileri sürmesi mümkün değildir¹⁰⁶. Bu husus gerek hükmün

¹⁰⁴ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s.106; Özen, s.78 vd.

¹⁰⁵ İadenin istendiği sırada malın mevcut olmasına rağmen, bu malın iade talebinden sonra yok edildiği, tüketildiği veya zarara uğratıldığını malı gönderen kimse ispat etmelidir.

¹⁰⁶ Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey/ Emmeneger, N.430; Berger, Christian, s.653; Schwenzler, N.28.14; Koller (Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druey), N.31; Geist, s.175;

¹⁰² Koller, AT, N.90.

¹⁰³ İstihkak talebinin mümkün olduğu yönünde bkz. Casper, s.1605 vd.

korumak istediği amaçtan, gerekse de ifadesinden anlaşılmaktadır. Nitekim hükümde kendisine mal gönderilen kimsenin bunu saklamakla yükümlü olmadığı açıkça belirtilmiştir. Bu husus da gönderilen kimsenin malı tüketmek ve yok etmek olanağına sahip olduğunu göstermektedir. Ayrıca gönderilen kimsenin malı saklamak yönünde bir yükümlülüğü bulunmadığı için, mala gelecek olan zararlardan da sorumlu tutulmasına imkan bulunmamaktadır.

bbb. Buna karşılık malın mülkiyetinin gönderende değil, üçüncü kişide olduğu durumların ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Zira hükmün asıl korumak istediği amaç haksız pazarlama tekniklerinin önüne geçmek ve malı göndereni cezalandırmaktır. Oysa bu durumda zarar gören ve cezalandırılan kişi mülkiyet hakkına sahip olan üçüncü kişi olmaktadır. Bu durumun adil olmadığı ortadadır¹⁰⁷.

Kanaatimizce, kendisine mal gönderilen kimsenin durumu bilip bilmemesine göre bir ayırım yapılmasında fayda vardır. Kendisine mal gönderilen kimsenin, malın üçüncü kişiye ait olduğunu bilmemesi halinde, durumun Tasarı'nın 7. maddesine girdiği kabul edilmelidir. Zira bu hüküm kendisine mal gönderilmiş olan kimseye, hiçbir ayırım yapmaksızın malı tüketmek veya yok etmek hakkı tanımış durumdadır. Kaldı ki bu gibi hallerde bu kimsenin sorumlu tutulmasına yol açacak bir kusura söz etmek de mümkün değildir. Tüm bunların dışında bu gibi hallerde kendisine mal gönderilen kimseyi sorumlu tutmak, bu kimseyi her seferinde gerçek malikin kim olduğu araştırmasını yapmak zorunda bırakır ki, bunun da hükmün korumak istediği menfaatle bağdaşmayacağı açıktır. Tüm bu nedenlerle mal kendisine gönderilen kimsenin durumu bilmediği hallerde üçüncü kişi uğradığı zarar için malı gönderen kimseye başvurulmalıdır.

Ancak kendisine mal gönderilen kimsenin, malın üçüncü kişiye ait olduğunu bilmesi halinde durum değişmektedir. Bu gibi durumlarda kendisine mal gönderilen kimsenin dürüstlük kuralından kaynaklanan

Casper, s.1605; Sutschet-Bamberger/Roth, § 241a, N.9; Kramer-MünchKomm, § 241a, N.15; Saenger-Erman, § 241a, N.28; Olzen-Staudinger, § 241a, N.44; Schmidt, s.128; Kocayusufpaşaoğlu, § 18, N.22; Özel, s.66.

¹⁰⁷ Berger, Christian, s.653.

bir bildirim ve malı saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Kendisine mal gönderilen kimsenin, bu durumu bilerek mala zarar vermesi veya malı tüketmesi halinde üçüncü kişi söz konusu yükümlülüğün ihlali nedeniyle bu kimseye karşı doğrudan bir talep hakkına sahip olacaktır.

ccc. Özellikle Alman hukukunda üzerinde çok durulan bir husus, mala üçüncü kişi tarafından zarar verilmesi halidir. Bu durumda, tazminat isteme hakkının mevcut olup olmadığı ve mevcutsa bu hakkın kimse ait olduğunun üzerinde durulması gerekir.

Kanaatimizce kendisine mal gönderilen kimsenin bir tazminat hakkı mevcut değildir¹⁰⁸. Zira mülkiyet hakkı kendisine geçmediğinden ihlal edilmiş mutlak bir hakkı bulunmamaktadır. Malı kullanma yetkisinin bu anlamda haksız fiil talebine dayanak teşkil edecek bir mutlak hak olmadığı açıktır. Ancak, malın zilyetliğin ihlal edilmesi durumunda, bu kimsenin zilyetlik davaları açma ve Türk Medeni Kanunu'nun 981. maddesi uyarınca kuvvet kullanma hakkı bulunmaktadır.

Öte yandan, malı göndermiş olan kimsenin üçüncü kişiye karşı haksız fiil talebi kabul edilmelidir¹⁰⁹. Zira bu kimse mülkiyet hakkını kaybetmemiştir ve her zaman istihkak davası ile malı geri alma imkanına sahiptir. Kaldı ki, malı tüketme ve yok etme hakkı sadece kendisine sipariş etmediği bir mal gönderilen kimseye aittir, bu kişi dışındakilere böyle bir imkan tanımak için hiçbir hukuki neden gözükmemektedir¹¹⁰. Ancak doktrinde bu konuda bir sınırlama kabul edilmekte ve söz konusu mal kendisine gönderilen kimse ile aynı derecede mala yakın olan kimselere karşı bir haksız fiil talebinin de kabul edilmemesi gerektiği haklı olarak

¹⁰⁸ Jacobs, s.493; Link, s.2812.

¹⁰⁹ Link, s.2812; Olzen-Staudinger, § 241a, N.50, Kramer-MünchKomm, § 241a, N.17; Jacobs, s.492, 493. Meğerki üçüncü kişi Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesi uyarınca mülkiyet hakkını kazanmış olsun. Üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazandığı durumlarda, kendisine karşı artık bir istihkak talebi olduğu gibi, haksız fiil talebi de ileri sürülemez. Geist, s. 209 vd.

¹¹⁰ Ancak Link'e göre, malı gönderen kimse sahip olduğu bu tazminatı talep etme hakkını mal kendisine gönderilen kimseye temlik etmek zorundadır. Link, s.2812. Kanaatimizce söz konusu hükümlerden böyle bir kanuni temlik yükümlülüğünün doğduğunu kabul etmek güçtür.

ifade edilmektedir¹¹¹. Diğer bir anlatımla kendisine mal gönderilen kimse ile aynı evde yaşayan aile bireylerinin mala zarar vermesi halinde de bir haksız fiil talebi kabul edilmemelidir.

ee. Sebepsiz Zenginleşme Talebi

aaa. Malın kendisine gönderilen kimse tarafından kullanılmış veya tüketilmiş olması bir sebepsiz zenginleşme talebine de yol açmayacaktır¹¹². Esasen malın yok edilmiş olması durumunda ortada bir zenginleşmeden söz etmek mümkün değildir. Tasarı'nın 7. maddesinin açık ifadesi karşısında malın tüketilmesi durumunda da aynı sonuca ulaşılmalıdır¹¹³.

bbb. Buna karşılık malın satılıp, bunun yerine bir değer elde edilmiş olması halinde farklı bir sonuca ulaşmak gerekir. Bu görüşün yayıf tarafı, kendisine mal gönderilen kimsenin malı tüketmesi veya yok etmesi halinde hiçbir tazminat veya sebepsiz zenginleşme talebine muhatap olmayacak olmasına karşın, malı satması halinde sebepsiz zenginleşme istemi ile karşı karşıya kalacak olmasıdır. Bu durum kendisine mal gönderilen kimsenin malı satmak yerine malı yok etmeye veya tüketmeye sevk edecektir¹¹⁴. Nitekim Alman Hukuku'nda hakim görüş, tüketicinin malı satması halinde dahi elde ettiği bedeli iade etmekle yükümlü olmadığını kabul etmektedir¹¹⁵.

Ancak kanaatimizce yine de söz konusu hükmün lafzından ve amacından yola çıkılarak bu gibi durumlarda bir sebepsiz zenginleşme talebinin mevcut olduğu kabul edilmelidir¹¹⁶. Yukarıda da ifade etmiş

¹¹¹ Kramer-MünchKomm, § 241a, N.17.

¹¹² Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.430; Schwenzer, N.28.14; Geist, s.175; Olzen-Staudinger, § 241a, N.42; Kocayusufpaşaoğlu, § 18, N.22; Özel, s.66.

¹¹³ Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.430; Berger, Bernhard, N.666.

¹¹⁴ Bu durum sosyal refah anlayışına ters düşmektedir. Sosyal refah kavramı için bkz. Sanlı, s.39 vd.

¹¹⁵ Link, s.2811; Sutschet-Bamberger/ Roth, § 241a, N.9; Olzen-Staudinger, § 241a, N.43; Schwarz, s.1453. Bu konuda ileri sürülen diğer gerekçeler ise, bu görüşün malı gönderen işletmenin cezalandırılması amacına uygun düştüğü ve malın üçüncü kişilere devredilmesinin aslında malın kullanılmasının özel bir türü olduğudur. Olzen-Staudinger, § 241a, N.43. Kanaatimizce özellikle bu son gerekçeye şüphe ile yaklaşmak gerekir.

¹¹⁶ Aynı doğrultuda Mansel-Jauernig, § 241a, N.5; Sosnitzer, s.2322.

olduğumuz üzere, mülkiyet hakkı kendisine mal gönderilen kimseye geçmemiştir ve tasarruf yetkisine sahip olmayan bu kimsenin mülkiyeti üçüncü bir kişiye devretmesine kural olarak imkan bulunmamaktadır¹¹⁷. Bu nedenle de malı satmak yetkisine sahip olduğunu ileri sürmek isabetli gözükmemektedir. Ayrıca bu yorumun kabul edilmesi, kendinse mal gönderilen kimsenin korunması amacı aşılırsa, bu kimsenin haksız olarak zenginleşmesine sebep olacaktır¹¹⁸. Kaldı ki, hükmün ifadesi de böyle bir yorumu destekler nitelikte değildir. Tüm bu nedenlerle malın üçüncü bir kişiye satılması durumunda, satım bedelinin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri istenebilmesi daha isabetli olacaktır¹¹⁹.

c. Yanlışlıkla Gönderilmiş Olmanın Sonuçları

aa. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Tasarı'nın 7. maddesinin 2. fıkrasının Meclis Genel Kurulu'na giden ilk hali uyarınca, "İsmarlanmamış bir şeyin yanlışlıkla gönderildiği açıkça anlaşılırsa, onu alan kişi, uygun bir sürede gönderene haber vermek zorundadır". Böylece ilk fıkra düzenlenenen duruma bir sınırlama getirilmiş ve ismarlanmamış şeyin yanlışlık gönderildiğinin açıkça anlaşılması halinde bir haber verme yükümlülüğü öngörülmüştür¹²⁰.

Ancak bu fıkra Tasarı'nın Mecliste görüşülmesi sırasında kaldırılmıştır. Bu hususun kanun yapma tekniğine ne kadar uygun olduğu hiç

¹¹⁷ Geist, s.209; Schwarz, s.1454; Sosnitzer, s.2322; Olzen-Staudinger, § 241a, N.47; Saenger-Erman, § 241a, N.33. Mal kendisine gönderilen kimsenin tasarruf yetkisine sahip olması gerektiği yönünde Lorenz, s.210 vd. Kanaatimizce mülkiyet hakkının üçüncü kişiye geçmesi sadece Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesi uyarınca mümkündür. Zira mal kendisine gönderilen kimse emin sıfatıyla zilyet konumundadır. Bu nedenle üçüncü kişinin iyiniyeti korunur ve mülkiyet hakkı tasarruf yetkisi eksikliğine rağmen üçüncü kişiye geçer. Geist, s.109 vd. Alman Hukuku bakımından aynı görüşte Schwarz, s.1454.

¹¹⁸ Doktrinde bazı yazarlar tarafından ileri sürüldüğü üzere, malın mülkiyetinin üçüncü kişiye geçtiğinin kabul edilmesi halinde ise aksi bir çözüme ulaşılması gerekeceği açıktır.

¹¹⁹ Aynı doğrultuda, Olzen-Staudinger, § 241a, N.47.

¹²⁰ Malın yanlışlıkla gönderilmesinin yanlış adres girilmesi gibi gönderenin hatasından kaynaklanmasının ya da malı getiren kimsenin, örneğin kargo şirketinin hatasından kaynaklanması arasında bu hükmün uygulanması açısından bir farkın bulunmadığı ifade edilmektedir. Gauch/ Schluep/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.431; Geist, s.176; Kramer-MünchKomm, § 241a, N.21; Casper, s.1608; Berger, Christian, s.652; Gezder, s.246; Özel, s.67.

şüphesiz tartışmaya açıktır. Bu fıkra gerek Avrupa Birliği Yönergesi'nde, gerekse de Avrupa ülkelerinin iç hukuk düzenlemelerinde yer almaktadır. Söz konusu hüküm ilk fıkrayı bütünlemesinin yanı sıra hükmün koruma amacına dürüstlük kuralına uygun bir sınır getirmektedir. Bununla beraber Meclis Genel Kurulu'nda ikinci fıkra, hükmün korumak istediği menfaatler dengesi anlaşılmaksızın, "mağdur olan insanların korunması amacıyla, ... artık ısmarlanmamış bir malı birine gönderirken şirketlerin, kurumların daha ciddi olmaları, daha ciddi davranmayı düşünceleri amacıyla" kaldırılmıştır.

Buna rağmen, kanaatimizce aynı yükümlülüğün dürüstlük kuralından çıkartılması mümkündür. Nitekim İsviçre'de de bildirim yükümlülüğünün aynı zamanda dürüstlük kuralından kaynaklandığı ifade edilmiştir¹²¹. Aynı zamanda Tasarı'nın Meclis Genel Kurula giden halinin gerekçesinde de ikinci fıkra hükmünün dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün sonucu olduğu açıkça belirtilmiştir.

bb. Yanlışlıkla gönderilen bir malın kullanılması ya da tüketilmesi halinde, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir¹²². Zira malın yanlışlıkla gönderilmiş olduğu açık olduğuna göre, malı gönderen kimsenin sözleşme kurmak iradesinin bulunmadığı da ortadadır¹²³.

Her ne kadar kaldırılan hükümde sadece haber verme yükümlülüğünden söz edilmişse de, işin doğası gereği saklama yükümlülüğünün de mevcut olduğunu kabul etmek gerekir¹²⁴. Bu yükümlülüğün doğal bir sonucu olarak da kendisine mal gönderilen kimsenin bu malı kullanması mümkün değildir. Buna karşılık kendisine mal gönderilen kimsenin malı geri göndermek yükümlülüğünün mevcut olduğundan söz edilemez¹²⁵. Haber verme ve saklama masrafları ile malın geri gönderilmesi halinde

¹²¹ Bucher, Art.6a, N.3; Berger, Bernhard, N.667; Geist, s.176.

¹²² Saenger-Erman, § 241a, N.39; Kramer-MünchKomm, § 241a, N.22; Casper, s.1608.

¹²³ Casper, s.1608, Larenz/ Wolf, § 29, N.70; Olzen-Staudinger, § 241a, N.55; Dorn-HKK, § 241a, N.26.

¹²⁴ Saenger-Erman, § 241a, N.39; Kramer-MünchKomm, § 241a, N.23.

¹²⁵ Mansel-Jauernig, § 241a, N.6; Saenger-Erman, § 241a, N.39; Kocayusufpaşaoğlu, § 18, N.22.

bu masraflara vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca malı hataen gönderen kimse katlanmak zorundadır¹²⁶. Nitekim Avusturya Hukuku'nda bu durum açıkça öngörülmüş durumdadır¹²⁷.

Kendisine mal gönderilen kimse, bildirim veya saklama yükümlülüğüne aykırı davranması halinde malı yanlışlıkla gönderen kimsenin bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır¹²⁸. Ancak bu kimse ancak ağır kusurundan sorumlu tutulmalıdır¹²⁹. Kötüniyetli zilyedin sorumluluğunu düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesinin uygulanması işin niteliğine uygun düşmeyecektir. Burada örtülü bir kanun boşluğu bulunduğu kabulü ve bu boşluğun alacağın temliki hükümlerine kıyasen, kendisine mal gönderilen kimsenin sadece ağır kusurundan sorumlu olması gerektiği şeklinde doldurulması isabetli gözükmemektedir¹³⁰.

cc. Değerlendirilmesi gereken ikinci husus, bu kimsenin bildirim yapmasından sonra malı ne zamana kadar saklamasının gerektiğidir. Gönderenin söz konusu malı uzun süre geri almaması halinde, kendisine mal gönderilenin malı uzun süre saklamak zorunda kalması hükmün korumak istediği menfaate aykırı olacaktır. Buna göre, kendisine mal gönderilen kimsenin malı saklama yükümlülüğü dürüstlük kuralı uyarınca uygun bir süre ile sınırlanmalıdır¹³¹. Uygun sürenin belirlenmesinde

¹²⁶ Mansel-Jauernig, § 241a, N.6. Dürüstlük kuralından sadece bir bildirim yükümlülüğü doğmakta olup, malı geri gönderilmesi zorunluluğunun bu kimseye yüklenmesi isabetli olmayacaktır. Ancak malın buna rağmen gönderilmesi halinde, masrafların Borçlar Kanunu'nun 413. maddesi uyarınca istenebileceği açıktır.

¹²⁷ Schmidt, s.87.

¹²⁸ Schwenger, N.28.14; Gezder, s.246. Malın zarar görmesi halinde haksız fiil hükümlerinin uygulanmasının da mümkün olduğu yönünde bkz. Geist, s.176, 177. Saenger, hükmün tüketicileri koruyucu yapısından yola çıkarak, malın hataen gönderilmiş olduğu hallerde dahi, mal kendisine gönderilen kimsenin sadece ağır ihmalden ve kastından sorumlu olması gerektiği görüşündedir. Saenger-Erman, § 241a, N.39. Aksi görüşte, Casper, s.1608.

¹²⁹ Aynı doğrultuda Kramer-MünchKomm, § 241a, N.23.

¹³⁰ Türk Hukuku'ndaki mevcut durum açısından savunulan bu görüş için bkz. Özen, s.43 vd.

¹³¹ Piotet, s.152; Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.432; Koller (Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druey), N.31; Schwenger, N.28.14; Geist, s.176; Schmidt, s.82; Kocayusufpaşaoğlu, § 18, N.23.

malın değerinin ve gönderen kimsenin malı alması için normal şartlarda ihtiyaç duyacağı sürenin göz önüne alınması gerektiği belirtilmektedir¹³². Uygun sürenin geçmesinden sonra birinci fıkradaki durumun ortaya çıkacağını kabul etmek gerekir. Diğer bir anlatımla kendisine mal gönderilen kimse artık malı tüketmek, kullanmak ve yok etmek yetkisine sahip olacaktır¹³³.

dd. Son olarak, kendisine mal gönderilen kimsenin malın hataen gönderildiğini sonradan anlayabilecek duruma gelmesinin, örneğin bu durumun kendisine bizzat gönderen veya bir üçüncü kişi tarafından bildirilmesinin etkisi üzerinde durulmalıdır. Bu konuda akla gelen ilk çözüm tarzı, malın hataen gönderildiğinin açıkça anlaşılması gereken ana kadar, malın kullanılmasının, tüketilmesinin ve yok edilmesinin mümkün olduğu, ancak bu andan itibaren malın saklanması ve malı gönderen kimseye durumun bildirilmesinin gerektiği şeklindedir. Ancak bu çözüm tarzı kötü kullanmalara açıktır. Zira malı gönderen kimse malı başlangıçta bilerek göndermiş olsa bile, sonradan böyle bir bildirimde bulunmak suretiyle hükmün birinci fıkrasının uygulanmasına engel olmak imkanına sahip olacaktır. Bu nedenle, kanaatimizce malın hataen gönderildiğinin ilk anda açıkça anlaşılması halinde, bu durum sonradan anlaşılabilirse böyle bir bildirim ve saklama yükümlülüğünün olmadığını kabul etmek gerekir.

Sonuç

Öncelikle ifade etmek gerekir, bu hüküm Borçlar Kanunumuzun genel yapısından ve ilkelerinden ayrılan ayrıksı bir düzenleme içermektedir. Bu husus da yukarıda görüldüğü gibi çözülmesi gereken bazı güç sorunları da beraberinde getirmektedir. Ancak yine de bu hükmün Tasarı'ya eklenmiş olması isabetli olmuştur. Zira ortaya koyduğumuz üzere, bu gibi durumlarda kendisine mal gönderilen kimsenin korunma ihtiyacı mevcuttur¹³⁴. Böyle bir düzenleme Avrupa Birliği mevzuatına

¹³² Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.432; Geist, s.176.

¹³³ Geist, s.176; Koller (Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druey), N.31; Schmidt, s.82.

¹³⁴ Bu açıdan doktrinde ileri sürülen Tasarı'nın bu hükmüne ihtiyaç olmadığı, aynı sonuçlara dürüstlük kuralı yardımı ile de ulaşılabilirdiği şeklindeki eleştiriye (Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu-Işınan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s.18) katılmamaktayız.

uyumlaştırma çalışmalarının halen devam ettiği bir dönemde ayrı bir önem taşımaktadır.

Buna karşılık bu düzenleme açısından eleştirilebilecek olan bazı hususlar da bulunmaktadır. Bunların başında söz konusu maddenin temel olarak tüketicileri koruması gereken bir hüküm olmasına karşın, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde kişi bakımından bir sınırlama getirilmeksizin düzenlenmiş olması gelmektedir. Bu bağlamda kanaatimizce bu hükmün Borçlar Kanunu'nda değil, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nda yer alması gerekir. Nitekim Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 9/A maddesine,

"İsmlenmemiş malların teslimi veya hizmetlerin sunulması suretiyle müteşebbis, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri süremez. Bu hallerde tüketicinin sessiz kalması, sözleşmenin kurulmasına yönelik bir kabul beyanı olarak yorumlanamaz. Tüketicinin malı geri yollamak veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur. Yanlış adrese gönderildiği aşikar olan mallar açısından tüketicinin müteşebbisi durumdan haberdar etmesi zorunludur."

şeklinde bir fıkra eklenmesi öngörülmektedir. Her iki hükmün de kanunlaşması halinde ortaya aynı hükmün iki farklı Kanun'da düzenlenmesi gibi kabul edilemez bir durum ortaya çıkacaktır.

Bunun yanı sıra hükmün ikinci fıkrasının Meclis Genel Kurulu'nda kaldırılmış olması da ayrıca isabetsiz olmuştur. Her ne kadar bu hususun yorum yoluyla aşılması mümkün ise de, dileğimiz bu fıkranın ileriki yıllarda tekrar Kanun'a eklenmesi yönündedir. Bunun yanı sıra söz konusu hükmün uygulama alanının genişletilmesinde ve Avrupa Birliği Mevzuatında olduğu gibi hizmetlerin de kapsama alınmasında fayda bulunmaktadır¹³⁵.

¹³⁵ Buna karşılık İsviçre doktrinde sipariş edilmemiş hizmetlerin yerine getirilmesi halinde ortaya çıkan sorunların vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde çözülmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Gauch/ Schlupe/ Schmid/ Rey/ Emmenegger, N.428b.

Kaynakça

- Arkan Akbıyık**, Azra, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1999
- Aslan**, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku, 3. bası, Bursa 2006
- Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku, cilt I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 4. bası, Konya 2004
- Berger**, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008
- Berger**, Christian, "Der Ausschluss gesetzlicher Rückgewähransprüche bei der Erbringung unbestellter Leitungen nach § 241a BGB", Juristische Schulung (JuS) 2001, s.649-654
- Böttcher**, Leif/ **Möritz**, Daniel, "Unternehmerschützender Verbraucherschutz? – Zur anspruchsausschließenden Wirkung des § 241a BGB", Verbraucher und Recht 2005, Jahrgang 20, s.46-49
- Bucher**, Eugen, Basler Kommentar (Hrsg. Honsell/ Vogt/ Wiegand), Obligationenrecht, Art.1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007
- Bunte**, Hermann-Josef, "Zusendung unbestellter Waren - Gedanken zu einem alten, neuen Thema", Festschrift für Alfred - Carl Gaedertz zum 70. Geburtstag, München 1992, s.87-97
- Casper**, Matthias, "Die Zusendung unbestellter Waren nach § 241a BGB", Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, 21. Jahrgang, s.1602-1609
- Deckers**, Stefan, "Zusendung unbestellter Ware", Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, s.1474-1475
- Demir**, Mehmet, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004
- Dorn**, Franz, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241-432, 1. Teilband: vor § 241 - § 304, Tübingen 2007 (Dorn-HKK)
- Engin**, İlkey, "Uzaktan Pazarlama Yoluyla Kurulan Sözleşmeler", Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu – Acquis Communautaire'in Alınması – Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, V. Bölüm § 10, Yayınlayan: Ünal Tekinalp, İstanbul 2001, s.463-483
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul 2009
- Ertaş**, Şeref, Eşya Hukuku, 6. bası, Ankara 2005

- Furrer**, Andreas/ **Müller-Chen**, Markus, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, Basel, Genf 2008
- Gauch**, Peter/ **Schluep**, Walter R./ **Schmid**, Jörg/ **Rey**, Heinz/ **Emmenegger**, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008
- Geist**, Kerstin, Die Rechtslage bei Zusendung unbestellter Waren nach Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, Konstanz 2002
- Gezder**, Ümit, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicilerin Korunması, İstanbul 2004
- Gürsoy**, Kemal T./ **Eren**, Fikret/ **Cansel**, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. bası, Ankara 1984
- Heinrichs**, Helmut, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage, München 2009 (Heinrichs-Palandt)
- Howells**, Geraint/ **Weatherill**, Stephen, Consumer Protection Law, Second Edition, Aldershot 2005
- Jacobs**, Matthias, "Deliktsschutz bei der Beschädigung unbestellter Waren durch Dritte", Juristische Rundschau 2004, s.490-493
- Jörg**, Florian S./ **Arter**, Oliver, "Ein kritischer Blick auf den Entwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr", Aktuelle Juristische Praxis 2002, 165-168
- Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2006
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı), Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008 (Borçlar Hukuku)
- Koller**, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009 (AT)
- Koller**, Alfred, Das Schweizerische Obligationenrecht (Guhl, Theo/ Koller, Alfred/ Schnyder, Anton K./ Druey, Jean Nicolas), 9. Auflage, Zürich 2000 (Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druey)
- Kramer**, Ernst A., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-432, 5. Auflage, München 2007 (Kramer-MünchKomm)

- Kuntalp**, Erden/ **Barlas**, Nami/ **Ayanoğlu Morali**, Ahu/ **Çavuşoğlu - Işın-tan**, Pelin/ **İpek**, Mehtap/ **Yaşar**, Mert/ **Koç**, Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005
- Larenz**, Karl/ **Wolf**, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004
- Leipold**, Dieter, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Tübingen 2007
- Link**, Philip, "Ungelöste Probleme bei Zusendung unbestellter Sachen", Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2003, s.2811-2813
- Looschelders**, Dirk, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Köln, Berlin, München 2008
- Lorenz**, Stephan, "§ 241a BGB und das Bereicherungsrecht – zum Begriff der 'Bestellung' im Schuldrecht-", Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, München 2001, s.193-214
- Mansel**, Heinz - Peter, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz, 13. Auflage, München 2009 (Mansel-Jauernig)
- Medicus**, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage, Heidelberg 2006
- Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2009
- Oğuzman**, M. Kemal/ **Seliçi**, Özer/ **Oktay Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2009
- Olzen**, Dirk, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht des Schuldverhältnisse, Einl. zu §§ 241 ff., §§ 241-243, Berlin 2005 (Olzen-Staudinger)
- Öz**, M. Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990
- Özel**, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1998
- Özen**, Burak, Haksız Zilyedlikte İade, İstanbul 2003
- Piotet**, Denis, "Le statut réel des marchandises envoyées sans commande", Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 1993, 89. Jahrgang, s.149-152
- Reisoğlu**, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20. bası, İstanbul 2008

- Saenger**, Ingo, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Band I, 12. Auflage, Köln 2008 (Saenger-Erman)
- Sanlı**, Kerem Cem, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul 2007
- Schlechtriem**, Peter/ **Schmidt-Kessel**, Martin, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Tübingen 2005
- Schmidt**, Karsten, Die Zusendung unbestellter Waren, Baden-Baden 2006
- Schwarz**, Christian, "§ 241a BGB als Störfall für die Zivilrechtsdogmatik", Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, s.1449-1454
- Schwenzer**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006
- Schwung**, Siegfried, "Die Zusendung unbestellter Waren", Juristische Schulung (JuS) 2001, s.449-454
- Serozan**, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, 2. bası, İstanbul 2007 (Taşınır Eşya Hukuku)
- Serozan**, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. bası, İstanbul 2006 (Sözleşmeden Dönme)
- Sosnitza**, Olaf, "Wettbewerbsrechtliche Sanktionen im BGB: Die Reichweite des neuen § 241 a BGB", Betriebs-Berater (BB) 2000, 55. Jahrgang, s.2317-2323
- Sutschet**, Holger, Bamberger/ Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, §§ 1-610, 2. Auflage, München 2007 (Sutschet-Bamberger/Roth)
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Alttop**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993 (Borçlar Hukuku)
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Alttop**, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, cilt I, 5. Bası, İstanbul 1989 (Eşya Hukuku)
- Ünal**, Mehmet/ **Başpınar**, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, 3. baskı, Ankara 2007
- Wessel**, Hanns Heinz, "Die Zusendung unbestellter Waren", Betriebs-Berater (BB) 1966, 21. Jahrgang, s.432-435