

Hakemli

MESAFELİ SÖZLEŞMELERİN KAPSAMI

Scope of Distance Contract

Derya G. BÜTÜN YILMAZ*

ÖZET

Tüketici sözleşmelerinden olan mesafeli sözleşme, tüketici ile satıcı/sağlayıcının eş zamanlı fiziksel varlığı olmadan, uzaktan iletişim araçları kullanılmak suretiyle akdettikleri sözleşmedir. Mesafeli sözleşme bir sözleşme tipini ifade etmemektedir. Mesafeli sözleşme, sözleşmenin nasıl akdedildiği ile ilgili olup, bu sözleşme kurulurken uzaktan iletişim araçları kullanılmaktadır. Bu nedenle çeşitli sözleşme tipleri mesafeli sözleşme olarak kurulabilir. Hangi sözleşme tipinin mesafeli olarak kurulabileceği ise mesafeli sözleşmenin kapsamını ifade eder. Ancak mesafeli sözleşme olarak kurulabilecek çok fazla sözleşme tipi bulunmaktadır. Mesafeli olarak kurulabilen sözleşme tipi isimli veya isimsiz sözleşme olabilir. Bu nedenle düzenlemelerde hangi sözleşme tiplerinin mesafeli olarak kurulamayacağına yer verilmektedir. Çalışmamızda öncelikle mesafeli sözleşme kavramına yer verilmektedir. Ardından bu sözleşmenin kapsamı çeşitli düzenlemelere göre ele alınmaktadır. Ayrıca isimli sözleşmelerden olan satış sözleşmesinin mesafeli olarak kurulması ile isimsiz sözleşme olan abonelik sözleşmesinin mesafeli olarak kurulması mesafeli sözleşmenin kapsamında olan sözleşmelere örnek olarak incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Mesafeli sözleşme, tüketici sözleşmesi, sözleşmenin kapsamı, mesafeli satış sözleşmesi, abonelik sözleşmesi.

Makalenin Geliş Tarihi: 06.10.2018, **Makalenin Kabul Tarihi:** 09.01.2019

* Ar. Gör., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, derya.butunyilmaz@ktu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5748-7986

ABSTRACT

The distance contract one of the consumer contracts is the contract concluded by the consumer and the seller/provider using the means of remote communication without the simultaneous physical presence. The distance contract does not refer to a contract type. The distance contract is related to how the contract is concluded and remote communication tools are used when establishing this contract. Therefore, various types of contracts can be established as distance contracts. The distinction between which type of contract can be established is the extent of the distance contract. However, there are many types of contracts that can be established as distance contracts. The type of contract that can be established as a distance can be a contract with the typical or atypical contract. For this reason, it is stated in the regulations which types of contracts cannot be established distant. In our study, the concept of distance contract is given first. The scope of this agreement is then examined. The scope of the contract is handled according to various regulations. In addition, the distinction between the establishment of the contract of sale and the establishment of atypical contract contract, which are within the scope of the distance contract, are examined as examples.

Keywords: Distance contract, consumer contract, scope of contract, distance sale contract, subscription contract.

GİRİŞ

Günümüzde gelişen teknolojinin gerek sözleşme hukukuna gerek tüketici hukukuna olan etkisi ile önemi artan mesafeli sözleşmeler, tüketici ile satıcı sağlayıcının karşı karşıya gelmeksizin, uzaktan iletişim araçları kullanarak akdettikleri sözleşmeyi ifade eder. Özellikle internet gibi yaygın kullanılan uzaktan iletişim araçları ile tek bir tıkla mal veya hizmete ulaşılması büyük bir kolaylık olduğu gibi tüketici bakımından çeşitli sorunlara da yol açmaktadır. Tüketicinin sözleşme konusunu bizzat görüp, inceleme fırsatı olmadan sözleşme ilişkisi içine girmesi, tüketicinin korunması gerekliliğini gündeme getirmektedir.

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması iki unsurla sağlanmaya çalışılmaktadır. Bunlardan ilki sözleşme kurulmadan önce tüketicinin bilgilendirmesini ifade eden ön bilgilendirme yükümlülüğüdür. Malı inceleme fırsatı bulamayan ve satıcı-sağlayıcı ile karşı karşıya gelmeden sözleşme ilişkisine giren tüketici, sözleşme kurulmadan önce bilgilendirilerek, tekrar

düşünmesi sağlanmakta ayrıca sahip olduğu haklar (cayma) bakımından bilinçlendirilmektedir.

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasını sağlayan diğer unsur ise cayma olarak ifade edilen haktır. Kanun'da cayma hakkı olarak belirtilen, tüketiciye gerekçe sunmadan ve cezai şart ödemedi sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi tanıyan yenilik doğurucu hak, doktrinde geri alma hakkı olarak ifade edilmektedir. Cayma hakkının kullanımı on dört günlük süre ile sınırlandırılmıştır. Bu süre içinde tüketici gerekçesiz ve cezai şarta tabi olmadan sözleşmeyi sona erdirebilir. Cayma (geri alma) hakkı, sözleşme konusunu inceleme fırsatı bulamadan sözleşme ilişkisine girmesi nedeniyle tüketicinin korunmasını sağlar.

Tüketicinin uzaktan iletişim araçları aracılığıyla kurduğu mesafeli sözleşme, çok çeşitli sözleşme tiplerinde yapılabilmektedir. Bu durum ise mesafeli sözleşmelerin alanının ne kadar geniş olduğunu ve ortaya çıkabilecek sorunların fazlalığını göstermektedir. Çalışmamızın esas konusu ise tüketicinin korunmasının gündeme geleceği, ön bilgilendirme yükümlülüğü ve cayma hakkının olduğu sözleşmelerin çerçevesini belirlemektedir.

Çalışmamızda çeşitli sözleşme tiplerinde kurulabilen mesafeli sözleşmenin kapsamı, diğer bir deyişle karşımıza mesafeli olarak kurulabilecek sözleşme tiplerinin neler olduğu irdelenmektedir.

Konunun anlaşılması bakımından çalışma iki kısımdan oluşmaktadır. İlk kısımda mesafeli sözleşmeye ilişkin genel bilgiler verilmektedir. Bu bilgiler arasında mesafeli sözleşme kavramı, mesafeli sözleşmenin tanımı ve unsurları birlikte incelenmekte; ayrıca mesafeli sözleşmenin konusu ve bu sözleşmelerde tüketicinin korunması ele alınmaktadır.

Çalışmanın ikinci kısmında ise mesafeli sözleşmelerin uygulama alanı, başka bir deyişle kapsamı incelenmektedir. Mesafeli sözleşmenin uygulama alanı ele alınırken, mesafeli sözleşmelerin kapsamı dışında bırakılan sözleşmeleri içeren çeşitli düzenlemelere değinilmektedir. Son olarak mesafeli sözleşmenin kapsamında olan sözleşme tiplerinden satış sözleşmesi ile abonelik sözleşmesine yer verilmektedir.

I. Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Genel Açıklamalar

A. Mesafeli Sözleşme Kavramı

Mesafeli sözleşme kavramının yasal olarak hukukumuza girişi, 06.03.2003 tarihli 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 14. maddesi ve 4077 Sayılı Kanun'un

9. maddesine eklenen 9/A maddesi ile gerçekleşmiştir. Ardından 7.11.2013 tarihinde 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun kabul edilmesiyle mesafeli sözleşmeler, bu Kanunun 48. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur.

Mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemeler, kanunda yer alan maddelerle sınırlı kalmamış; bu konu hakkında ayrıca yönetmelikler çıkarılmıştır. Bu yönetmelikler ise şöyle sıralanabilir: 13.06.2003 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (EMSY), 06.03.2011 tarihli Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik (MSDY), 27.11.2014 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği. Bahsedilen bu yönetmeliklerden yürürlükte olanı, 27.11.2014 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (MSY)' dir.

Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler, TKHK 49. maddesinde ayrıca düzenlenmekte ve bu konu hakkında 31.01.2015 tarihli Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği bulunmaktadır.

1. Tanımı

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun (ETKHK) 9/A maddesinde mesafeli sözleşme; “*Mesafeli sözleşmeler; yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmedir*” şeklinde tanımlanmaktadır.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunu (TKHK) 48. maddenin yer verdiği mesafeli sözleşmeye ilişkin tanım ise şöyledir: “*Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir*”.

Bu iki tanım arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ETKHK tanımında örnek niteliğinde iletişim araçları sayılmakta ancak TKHK böyle bir saymaya gitmeden uzaktan iletişim araçları ifadesine yer vermektedir. Diğer bir farklılık ise iletişim araçlarına ilişkin bir sistemin aranıp aranmayacağı açısındandır. ETKHK’da böyle bir sistemin varlığına ilişkin bir ibare bulunmamasına rağmen; TKHK mesafeli sözleşme açısından uzaktan iletişim araçlarına ilişkin bir sistemin varlığını aramaktadır.

Görülmektedir ki, mesafeli sözleşme tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasıyla kurulan sözleşmeyi ifade

etmektedir. Mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için mal veya hizmetlerin pazarlanmasına yönelik bir sistemin varlığı gerekmektedir. Bu sistem çerçevesinde uzaktan iletişim araçları kullanılarak tüketici ile satıcı-sağlayıcı aynı anda fiziksel olarak bir ortamda bulunmamalarına rağmen sözleşme akdedebilecekler ki, bu sözleşme mesafeli sözleşme olacaktır.

Mesafeli sözleşme, bir sözleşme tipini ifade etmemektedir. TKHK 48. maddede verilen tanımdaki “uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşme” ifadesinden anlaşılacağı gibi mesafeli sözleşme, sözleşmenin kurulma biçimini ifade etmektedir¹. Bu nedenle uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasıyla kurulan sözleşme, kanunda şartlarının düzenlendiği (satış sözleşmesi, kira sözleşmesi gibi) tipik bir sözleşme olabileceği gibi; atipik (isimsiz) bir sözleşme olması da mümkündür.

2. Unsurları

a. Uzaktan İletişim Araçlarının Kullanılması

Mesafeli sözleşme, tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması yoluyla kurulmaktadır (TKHK m. 48/1). Tarafların münhasıran, yani sadece bir ya da daha fazla uzaktan iletişim aracını kullanmaları halinde yaptıkları sözleşme, mesafeli sözleşmeye ilişkin hükümler dâhilinde olacaktır².

ETKHK 9/A maddesinde verilen tanımda yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarından bahsedilmesine rağmen, 6502 sayılı Kanununun 48. maddesinde “uzaktan iletişim aracı” ifadesi kullanılmaktadır. TKHK m. 48 uzaktan iletişim aracının ne olduğu hakkında

¹ Gezder, Ümit: Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler, Beta, İstanbul 2006, s.26; Karakocalı, Ahmet/Kurşun, Ali Suphi: Tüketici Hukuku, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul 2015, s. 153; Gezder, Ümit: “Mesafeli Sözleşmeler”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 334-335; Gezder, Ümit: “Mesafeli Sözleşmelerde Bilgi Verme Yükümlülüğü”, 2.Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 616; Bozbel, Savaş: “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler (97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma), AÜEHFD, C.VII, S.3-4, 2003/12, s. 784; İnal, Emrehan: E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 170; Zevkliler, Aydın/Özel, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 322.

² Erten, Alev: Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2009, s. 171; Yıldırım, Abdülkerim: Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 62-66; Gezder-Şerh, s. 30-31; Gezder-Konferans, s. 337; Gezder, Ümit: Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, Beta, İstanbul 2004, s. 54.

bir açıklama içermemektedir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin (MSY) “Tanımlar” başlıklı 4. maddesi, uzaktan iletişim aracının “*Mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkân veren her türlü araç veya ortamı*” ifade ettiğini düzenlemektedir (MSY m. 4/1-h).

MSY’nin uzaktan iletişim aracını açıklayan düzenlemesi, örneksene yoluyla belli iletişim araçlarını saymaktadır. Bunlardan özellikle telefon, televizyon ve internet aracılığıyla yapılan mesafeli sözleşmelerle günümüzde çok sık karşılaşılmaktadır. Ancak fiziksel olarak tüketici ve satıcı-sağlayıcıyı karşı karşıya getirmeden sözleşmenin kurulmasını sağlayan her türlü araç ve ortamla da mesafeli sözleşme kurmak mümkündür³. İlgili düzenlemede uzaktan iletişim araçlarına dair geniş bir tanımın verilmesi teknolojik gelişmelerin getirebileceği yeni iletişim araçlarını kapsamı yönünden yerindedir⁴.

Bahsi geçen iletişim araçlarının, sözleşmenin hangi sürecinde kullanılması gerektiği ise değinilmesi gereken başka bir husustur. Tarafların karşı karşıya gelmeden, uzaktan iletişim araçlarını kullanması sadece sözleşme kurulma anı için mi geçerlidir yoksa sözleşme görüşmelerini de kapsar nitelikte midir?

Tarafların, fiziksel olarak karşı karşıya gelmeyecekleri veya uzaktan iletişim araçlarını kullanacakları aşamayı belirten bir ifade ETKHK’da yer almamaktadır. Doktrinde⁵, sözleşme görüşmelerinden sözleşmenin kurulmasına kadar geçen dönemde tarafların eş zamanlı fiziksel varlığın bulunmaması ve sözleşme kuruluşuna kadar olan sürecin tamamında uzaktan iletişim araçlarının kullanılması gerektiği belirtmektedir. Aksi bir durumda meydana gelen sözleşme, mesafeli sözleşme olarak nitelenemeyecektir.

Gezder, ETKHK 9/A maddesindeki “*iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan*” ifadesini ele alırken, iletişim araçlarının kullanımının sadece sözleşme kuruluşunda değil; sözleşme görüşmelerinde de mevcut olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle “yapılan” ifadesinin sadece akdedilen yani kurulan şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Söz konusu ifade, akdedilen olarak yorumlanırsa iletişim

³ Topaloğlu, Mustafa: Madde-48 Mesafeli Sözleşmeler, Milli Şerh (National Commentary), Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul 2016, s. 765; Zevkliler/Özel, s. 323.

⁴ Karakocalı/Kurşun, s. 313.

⁵ Yıldırım, s. 65; Karakocalı/Kurşun, s. 157; Gezder-Konferans, s. 337-338; İnal, s. 168.

araçlarının kullanımının sadece sözleşme kurulma anıyla sınırlı kalacağı savunmaktadır⁶.

TKHK, fiziksel varlığın olmamasını ve uzaktan iletişim araçlarının kullanımını aradığı sözleşme aşamasını şu şekilde ifade etmektedir: “ *taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması*” (TKHK m. 48/1). Düzenlemeden de anlaşıldığı gibi uzaktan iletişim araçlarının kullanımı sadece sözleşme kurulma anı ile sınırlı olmamakta, taraflar sözleşme kuruluncaya kadar ki görüşmelerde de bu araçlardan yararlanmalı ve fiziksel olarak karşı karşıya gelmemelidir.

Bu noktada sözleşme kuruluncaya kadar olan sürece ilişkin olarak TKHK 48. maddenin gerekçesine değinmek gerekir. Madde gerekçesinde; “*Bu tanım aynı zamanda tüketicinin sadece mal veya hizmetler hakkında bilgi toplamak amacıyla bir satıcı veya sağlayıcının işyerini ziyaret etmesinin ardından uzaktan bir iletişim aracı vasıtasıyla sözleşmeyi müzakere ettiği ve kurduğu durumları da kapsar. Bu durumun tam tersine satıcı veya sağlayıcının işyerinde müzakere edildikten sonra uzaktan bir iletişim aracı kullanılarak kurulan bir sözleşme mesafeli sözleşme olarak kabul edilmez. Bir sözleşme uzaktan iletişim araçlarıyla başlatılırsa, fakat sonunda satıcı veya sağlayıcının işyerinde kurulursa bu da mesafeli sözleşme olarak kabul edilmez. Benzer şekilde mesafeli sözleşme kavramı bir profesyonelden hizmet almak amacıyla tüketici tarafından uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla rezervasyon yapılması durumunu kapsamaz. Örneğin saç tıraşı olmak için berberin aranarak rezervasyon yapılması*” ifadeleri yer almaktadır.

Bu durumda sözleşme kurulana kadar olan süreçte karşı karşıya gelmeme ve uzaktan iletişim araçlarının kullanılması, sözleşmenin müzakere edilmesini kapsamaktadır. Yalnızca bilgi almak amacıyla yapılan görüşmeler bu araçlar kullanılmadan yapılsa ve satıcı ile fiziksel olarak karşı karşıya gelinse, daha sonradan müzakere ve sözleşme kurulma anı uzaktan iletişim araçları kullanılarak, tarafların fiziksel varlığı olmadan yapılsa, ortaya çıkan bu sözleşme mesafeli sözleşme olarak kabul edilecektir⁷.

⁶ Gezder-Şerh, s. 29-30.

⁷ Topaloğlu-Şerh, s. 762; Topaloğlu, Mustafa: “Mesafeli Sözleşmeler”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.3, 2016, s. 14; Karakocalı/Kurşun, s. 157; Zevkliler/Özel, s. 322-323.

b. Tüketici ve Satıcı-Sağlayıcının Eş Zamanlı Fiziksel Varlığının Olmaması

Bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olması için aranan unsurlardan bir diğeri ise tüketici ile satıcı-sağlayıcının eş zamanlı olarak fiziksel varlığının bulunmamasıdır. Bu unsur mesafe unsuru olarak da adlandırılmaktadır⁸. Belirtildiği gibi tarafların fiziksel varlığının bulunmaması, sözleşme kurulma anı dâhil olmak üzere bilgi almak amacıyla görüşme hariç sözleşmenin müzakere süreci boyunca aranmaktadır⁹.

Yıldırım, karşı karşıya gelmemenin fiziksel açıdan olduğunu belirtmektedir. Zamansal açıdan karşı karşıya gelmenin bu kavramın içine dâhil edilemeyeceğini, aksi halde tüketici koruma alanının sınırlanacağını ifade etmektedir¹⁰.

İnal, iletişim araçlarının kullanılması ile karşı karşıya gelmeme unsurunun iki ayrı unsur olarak verilmesine karşılık, bunların tek unsur çerçevesinde aynı şeyi ifade ettiğini belirtmektedir¹¹.

c. Mal veya Hizmetlerin Uzaktan Pazarlanmasına İlişkin Sistemin Olması

Bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak ele alınması için gereken unsurlardan bir diğeri ise satıcı veya sağlayıcının, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik bir sisteme sahip olmasıdır. Öyle ki, böyle bir sistemin varlığı olmadan tek seferliğine yani istisnai olarak ya da ara sıra uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasıyla akdedilen sözleşmeler, mesafeli sözleşme olarak kabul edilmeyecek ve tüketici mesafeli sözleşmeye ilişkin koruma ve imkânları kullanma şansını bulamayacaktır¹².

Mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına ilişkin bir sistemin varlığı ETKHK 9/A maddesinde bir unsur olarak yer almamaktaydı. Buna rağmen

⁸ Gezder-Şerh, s. 28; Gezder-Konferans, s. 335; Gezder-İnternet, s. 51.

⁹ bkz. TKHK 48. madde gerekçesi.

¹⁰ Yıldırım, s. 61.

¹¹ İnal, s. 167.

¹² TKHK 48. madde gerekçesinde bu durum “Öncelikle satıcı veya sağlayıcının mal ve hizmetlerini uzaktan pazarlamak üzere sistemini düzenlemiş olması gerekir. Yani uzaktan pazarlamaya yönelik bir organizasyonunun var olması aranır. Satıcı veya sağlayıcının aynı zamanda mağazasında mal veya hizmetlerini sunuyor olması bu noktada bir fark yaratmaz. İki pazarlama tekniğinin birbirinin yanı sıra kullanılması mümkündür. Önemli olan uzaktan pazarlamanın tek seferlik, istisnai bir durum olmamasıdır” şeklinde ifade edilmiştir.

doktrinde böyle bir unsurun gerekli olduğu ifade edilmekteydi¹³. 6502 sayılı Kanun mesafeli sözleşme tanımını yaparken bu unsuru da dâhil etmiştir.

Uzaktan iletişim sistemi kavramı hakkında gerek TKHK gerek MSY’de bir tanım ya da açıklamada bulunmamaktadır.

Gezder, bu unsuru “*organize edilen satış veya hizmet sistemi*” olarak ifade etmekte; satıcı-sağlayıcıların mal veya hizmet sağlamalarının tamamını ya da en azından önemli bir kısmının mesafeli olarak tedarike yönlendirilmelerinin bir sistemin varlığına işaret ettiğini ifade etmektedir¹⁴.

Diğer unsurlarla birlikte düşünülürse, uzaktan pazarlamaya ilişkin bir sistemin varlığı unsuru, diğer unsurlar gibi tek başına tüketicinin korunmasını gerektirmesine rağmen; mesafeli sözleşmede, korunma ihtiyacını içeren bu unsurların bir arada bulunması gerekmektedir. Söz konusu unsurlar kümülatif olarak bir arada bulunduğu zaman, mesafeli sözleşmeye ilişkin düzenlemede tüketiciye tanınan korunma yolları –şartları varsa- kullanılabilir hale gelecektir.

d. Anlaşma Unsuru

Mesafeli sözleşme, tüketici ve satıcı-sağlayıcı arasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılması ile kurulan sözleşmeyi ifade etmektedir. Mesafeli sözleşme, sözleşme tipini ifade etmemektedir, sözleşmenin nasıl kurulduğu ile ilgilidir. Bu nedenle yukarıda sayılan unsurların yanı sıra tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasındaki sözleşme tipinin gerektirdiği unsurların da var olması aranmaktadır. Örneğin, internet üzerinden yapılan bir satın alma işlemi halinde, satış sözleşmesinin satılan, bedel ve anlaşma unsurlarını da içermelidir. Uzaktan iletişim araçları kullanılarak akdedilen sözleşmenin, dâhil olduğu tipin unsurlarını barındırması gereklidir.

Mesafeli sözleşme hakkında sözleşme ilişkilerine uygulanan TBK maddeleri uygulanacaktır. Öneri, kabul, sözleşmenin kurulma anı, sözleşmenin hükümlerini doğurma anı gibi hususlar TBK’nın düzenlediği maddeler uyarınca çözülecektir. Özellikle mesafeli sözleşmelerde tarafların

¹³ Bozbel, s. 787-790; Yıldırım, s. 69-70; Demir, Mehmet: Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 25-29; Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 4.Basıdan 7.Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 215; ETKHK 9/A maddesinde bu unsura yer verilmemesinin tüketici lehine daha katı bir koruma sağladığını belirten, bu nedenle bir eksiklik olmadığını savunan bir görüş de bulunmaktadır. bkz. Erten, s. 174-176; ayrıca İnal, ETKHK’da bu unsura yer verilmemesi nedeniyle herhangi bir sistem olmadan yapılan sözleşmelerin mesafeli sözleşme olduğunu kabul etmektedir. İnal, s. 168.

¹⁴ Gezder-Konferans, s. 336-337; Gezder-İnternet, s. 58-59.

karşı karşıya gelmemesi unsuru ile sözleşmenin hazırlar arasında ve hazır olmayanlar arasında kurulması durumu karıştırılmamalıdır. Mesafeli sözleşmelerde tarafların karşı karşıya gelmemesi sözleşmenin hazır olmayanlar arasında kurulması gibi bir sonucu doğurmamaktadır¹⁵.

Mesafeli sözleşme şeklinde kurulabilecek sözleşme tipleri açısından sözleşmenin ivazlı ya da ivazsız olması önem arz etmektedir. Mesafeli sözleşme bir tüketici sözleşmesi olup, tüketici işlemini gerektireceği için, ivazsız bir sözleşme mesafeli sözleşme şeklinde kurulsun bile, TKHK 48. maddenin uygulanmasını doğurmayacaktır¹⁶.

B. Mesafeli Sözleşmelerin Konusu

Mesafeli sözleşmelerin konusunu mal veya hizmetler oluşturmaktadır (TKHK m. 48). Mal kavramına alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar girmektedir (MSY m. 4/1-d). Hizmetler ise ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu ifade etmektedir (MSY m. 4/1-b).

C. Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasının Genel Esasları

1. Bilgilendirme Yükümlülüğü

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasını sağlamak amacıyla bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu sözleşmelerde taraflar karşı karşıya gelmemekte, müzakere sırasında da taraflar fiziksel olarak aynı ortamda bulunmamaktadır. Bu durumun olumsuz etkilerinden tüketiciyi korumak amacıyla bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir¹⁷.

Bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin düzenleme TKHK m. 48/2'de yer almaktadır. Buna göre: “*Tüketici, mesafeli sözleşmeyi ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce ayrıntıları yönetmelikte belirlenen hususlarda ve siparişi onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü*

¹⁵ Yıldırım, s. 61-62; Gezder-Şerh, s. 29; Gezder-İnternet, s. 52; bkz. İnal, s. 170, dn. 28; Demir-Mesafeli, s. 31.

¹⁶ Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2004, s. 263; Karakocalı/Kurşun, s. 158; Zevkliler/Özel, s. 327.

¹⁷ Topaloğlu-Şerh, s. 772; Kara Kılıçarslan, s. 193; Gezder-Konferans, s. 338-339; Uzun Kazmacı, Özge: “İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C.III, Özel Sayı, MÜHFHAD, C.22, S.3, 2016, s. 2802.

altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilir. Tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir". TKHK m. 48'de öngörülen yükümlülük, tüketicinin sözleşmeyi kabul etmeden önce belli hususlarda bilgilendirilmesini içermektedir. Bu nedenle bir ön bilgilendirme yükümlülüğünden bahsedilir.

Ön bilgilendirme yükümlülüğünü düzenleyen TKHK m. 48/2'nin yanı sıra MSY'de, bilgilendirmenin hangi bilgileri içereceği, nasıl yapılacağı ve teyit edilmesi gibi konuları barındıran düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemeler ön bilgilendirme yükümlülüğü başlığı altında toplanan dört maddeden oluşmaktadır (MSY m. 5-8). MSY m. 5/1'de bentler halinde ön bilgilendirmede yer alması gereken hususlar düzenlenmekte¹⁸, bu hususların mesafeli sözleşmenin ayrılmaz parçası bir olduğu ifade edilmektedir (MSY m. 5/2). Bilgilendirmenin kullanılan uzaktan ulaşım aracına uygun olarak on iki punto büyüklüğünde ve açık, anlaşılır bir şekilde yazılı olarak ya da kalıcı veri saklayıcısı yoluyla yapılacağı belirtilmektedir (MSY m. 6/1). İnternet

¹⁸ Bu maddeye göre ön bilgilendirmede yer alması gereken hususlar şu şekildedir; "a) Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri, b) Satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı, varsa MERSİS numarası, c) Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkan veren, satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgileri ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket eden kimliği ve adresi, ç) Satıcı veya sağlayıcının tüketicinin şikayetlerini iletmesi için (c) bendinde belirtilenden farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi, d) Mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla önceden hesaplanıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisi, e) Sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesi üzerinden hesaplanmadığı durumlarda, tüketicilere yüklenen ilave maliyet, f) Ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcının şikayetlere ilişkin çözüm yöntemleri, g) Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler, ğ) Cayma bildirimini yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri, h) 15 inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi, ı) Satıcı veya sağlayıcının talebi üzerine, varsa tüketici tarafından ödenmesi veya sağlanması gereken depozitolar ya da diğer mali teminatlar ve bunlara ilişkin şartlar, i) Varsa dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri, j) Satıcı veya sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklendiği, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilgi, k) Tüketicilerin uyumsuzluk konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair bilgi".

veya sesli iletişim araçlarıyla yapılan mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin bilgilendirilmesine ayrıca değinilmektedir¹⁹.

Ön bilgilendirme yükümlülüğünün yapılması yeterli görülmemekte, tüketicinin ön bilgilendirildiğine ilişkin olarak teyidinin sağlanması satıcı-sağlayıcıya zorunlu kılınmaktadır (MSY m. 7). Kullanılan uzaktan iletişim aracına göre ön bilgilendirmenin yapılmış olduğu tüketiciye teyit ettirilecektir. İnternet yoluyla yapılan mesafeli sözleşmelerde bu teyit genellikle “*ön bilgilendirme formunu okudum*” gibi bir ifadenin önüne konulan bir kutucuğun işaretlenmesi şeklinde olmaktadır.

ETKHK’da ön bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin düzenleme (m. 9/A/2) ise şu şekildedir: “*Mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyid işlemi, yine elektronik ortamda yapılır*”. ETKHK’da bilgilendirmenin teyit edilmesi ancak yazılı olarak kabul edilmekte; aksi halde sözleşmenin akdedilmeyeceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme ise eleştiri almaktaydı²⁰.

¹⁹ İnternet yoluyla kurulan mesafeli sözleşmeler açısından satıcı-sağlayıcıya 5. maddeye göre yapılan ön bilgilendirmenin yanı sıra tüketici ödeme yükümlülüğüne girmeden önce, sözleşme konusu mal veya hizmetin temel niteliği, mal veya hizmetin bedeli ve ek masraf gibi hususlarda ve cayma hakkına ilişkin bazı konularda açık bir şekilde ayrıca bilgilendirme zorunluluğu öngörülmektedir. Tüketici tarafından hangi ödeme araçlarının kullanılacağı ve herhangi bir gönderim kısıtlamasının olup olmadığı ise açık anlaşılır şekilde en geç tüketicinin siparişini vermeden önce, satıcı-sağlayıcı tarafından bildirilmesi zorunludur (MSY m. 6/2). Sesli iletişim aracı yoluyla kurulan mesafeli sözleşmede ise ön bilgilendirme yükümlülüğünün yanı sıra, en geç siparişi vermeden önce belli hususlarda (MSY m. 5’in a-d-g-h bentlerinde yer alan bilgiler hakkında) tüketicinin bilgilendirilerek, en geç mal teslimine ya da hizmet ifasına kadar bilgilendirmenin içeriğinin yazılı olarak ulaştırılması zorunlu kılınmıştır (MSY m. 6/3).

²⁰ Söz konusu düzenlemenin tüketici aleyhine sonuç doğurduğu belirtilmekte, ön bilgilendirmenin sağlıklı bir şekilde yapılmasına rağmen sırf teyit alınmadığı için sözleşmenin akdedilmemiş yani yok hükmünde sayılmasının kabul edilemeyeceği savunulmaktaydı. İnal, s. 180-181; Gezder ise, teyit edilmeyi “erteleyici kanuni şart” olarak görmekte; teyit alınmasa bile sözleşmenin kurulduğunu kabul etmekte ancak teyit edilene kadar sözleşmenin tüketici açısından bağlayıcı olmadığını ifade etmekteydi. Gezder-Şerh, s. 88-89; aynı görüşte Erten, s. 198; yazılı olarak teyit alınmanın sözleşme geçerliliğine etki etmediği, bunun bir ispat kolaylığı olduğu belirtilmekteydi. Erten, s. 197-198; Atamer, yazılı teyit alınmamasına bağlanan yaptırımın, yok hükmünde veya geçersizlik şeklinde yorumlanmasının aşırı olduğunu belirterek; ifadenin kanundan çıkarılmasını önermektedir. Atamer, Yeşim: “TKHK m. 9/A ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve

TKHK m. 48’de bilgilendirmenin teyidi hakkında düzenleme yer almasa da²¹ MSY 7. madde teyidin uzaktan iletişim aracına uygun şekilde yapılmasını öngörmekte, teyidin yapılmaması halinde sözleşmenin kurulmamış sayılacağını belirtmektedir. Sözleşmenin kurulmamış sayılacağına ilişkin bu yaptırım, ön bilgilendirme yapılmaması halinde değil teyidin yapılmaması halinde doğacaktır. Bu durumda tüm koşullara uyularak ön bilgilendirme yapılsa bile, teyidi sağlanmadığında sözleşme kurulmamış sayılacaktır. Ön bilgilendirme yükümlülüğünün yapılmamasına ilişkin bir yaptırım olmamasına rağmen²², teyidin yapılmaması haline yaptırım bağlanması hala eleştirilmektedir²³.

Karakocalı/Kurşun, “*kurulmamış sayılır*” şeklinde belirtilen yaptırımın geçersizlik değil, yokluk olduğunu ve bunun tüketici aleyhine sonuçlar doğuracağını belirtmektedir. Bu nedenle hükmün sözleşmenin geçerliliğine etkili olmayan bir düzen hükmü olduğunu ifade etmektedir²⁴.

Topaloğlu ise teyidin alınmasını mesafeli sözleşmenin geçerlilik şartlarından birisi olarak ele almakta, teyit alınmaması halinde sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmadığını savunmaktadır²⁵.

Uzan Kazmacı ise, sözleşmenin kurulmaması yani yok sayılmasından tüketicinin aleyhine olacağını belirtmektedir. Teyidin yapılmaması halinde bir geçersizlik yaptırımı olacaksa da bunun MSY 8. maddedeki gibi sipariş ile bağlı olamama yani tek taraflı bağlamazlık şeklinde olabileceğini ifade etmektedir²⁶.

Görüldüğü gibi ETKHK zamanında olduğu gibi ön bilgilendirmenin teyit edilmemesine bağlanan bu yaptırım TKHK’da döneminde de eleştirilmekte ve yaptırımın neyi ifade ettiği hakkında farklı düşünceler bulunmaktadır. Ön

Esasları Hakkında Yönetmelik’in AB Mevzuatı İle Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri”, BATİDER, C.XXIII S. 1, 2005, s. 183-185.

²¹ Teyide ilişkin ifadeler TKHK m. 48’de yer verilmemesinin isabetli olduğuna dair bkz. Gezder-Konferans, s. 339.

²² Bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali halinde yaptırım olarak, TKHK m. 77/1’de idari para cezası öngörülmüştür. Bunun dışında bir yaptırım yer almamaktadır.

²³ Satıcı-sağlayıcı ön bilgilendirmeyi yerine getirmemesine rağmen tüketiciden teyidi elde etmesi halinde sözleşme kurulmuş olacakken, bilgilendirme yapılmasına rağmen teyidin yapılmaması halinde sözleşmenin kurulmamasının isabetli olmadığı hakkında bkz. Gezder-Bilgi Verme, s.621; Gezder-Şerh, s. 88.

²⁴ Karakocalı/Kurşun, s. 160-161.

²⁵ Topaloğlu-Şerh, s. 774; Topaloğlu, s. 27-28.

²⁶ Uzun Kazmacı, s. 2805.

bilgilendirmenin ve ön bilgilendirme yapıldığının teyit edilmesindeki amaç; tüketicinin, satıcı-sağlayıcıyla karşı karşıya gelmeden yaptığı mesafeli sözleşmede korunmasıdır. Bu nedenle tüketiciyi mağdur edecek nitelikte olan bu yaptırım, TKHK'nın amacına ters düşmektedir.

2. Cayma (Geri Alma) Hakkı

Mesafeli sözleşmelerde tüketiciyi koruma maksatlı getirilen bir diğer koruma yöntemi, tüketicie tanınan cayma hakkıdır. Tüketici internet üzerinden ya da diğer uzaktan iletişim araçları yoluyla gördüğü mal veya hizmeti bizzat inceleme fırsatı bulmadan sözleşme ilişkisi içine girmektedir. Ürünü araştırma veya inceleme imkânı olmayan tüketici, sipariş ettiği ürünün aradığı özelliklere sahip olup olmadığı hakkında tam bir bilgiye de sahip olamamaktadır. Bu nedenle tüketiciyi korumak için cayma hakkı tanınmıştır²⁷.

Cayma hakkı, tek taraflı irade beyanı ile sözleşmenin sona erdirilmesini sağlayan bozucu yenilik doğuran hak olarak ifade edilmektedir²⁸. Ancak TKHK'da cayma hakkı olarak ifade edilen bu hakkın, teknik anlamda cayma hakkı (*Rückrufsrecht*) olmadığı, geri alma hakkının (*Widerrufsrecht*) görünümü olduğu belirtilmekte; bu sebeple cayma hakkı kavramı yerine²⁹ veya yanı sıra³⁰ geri alma hakkı tabiri kullanılmaktadır. Bu konuya ilişkin

²⁷ Cayma hakkının hukuki niteliği hakkında farklı görüşler yer almaktadır. Bir görüşe göre; cayma hakkına ilişkin sürenin bitimine kadar tüketici açısından tek taraflı bağlamazlık olduğu ancak süre dolduktan sonra sözleşmenin tamamen geçerli hale geleceği ifade edilmektedir. Topaloğlu-Şerh, s.787; Topaloğlu, s. 41-42; bir diğer görüş ise cayma süresinde sözleşmenin askıda geçerli olduğunu belirterek, sözleşmenin başından beri geçerli olduğunu savunmakta ayrıca cayma hakkını, sözleşmeden dönmenin özel bir düzenlemesi olarak kabul etmektedir. Bozbel, Savaş/ Atalı, Murat: “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, AÜEHFD, C.IX, S.1-2, 2005, s. 455-456; diğer taraftan cayma hakkının dönmeden farklı yenilik doğurucu hak olduğu belirtilmektedir. Demir, s. 77-78; Uzun Kazmacı, s. 2806; ayrıca cayma hakkının kanundan doğan bozucu yenilik doğuran hak olduğunu savunanlar da bulunmaktadır. bkz. Sert Sütçü, Selin: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 8.

²⁸ Özel, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara 2014, s. 153; Sert Sütçü, s. 3; Uzun Kazmacı, s. 2806.

²⁹ Özel, Çağlar: Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999, s. 100; Demir, Mehmet: “Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı”, GÜHFD, C.VII, S. 1-2, Haziran-Aralık 2003, s. 61 vd.; Akipek, Şebnem: “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye'nin Uyumunu”, BATİDER, C.XXI, S.4, 2002, s. 52.

³⁰ Özel-Tüketici, s. 207-208; Uzun Kazmacı, s. 2806; Sert Sütçü, s. 6; Topaloğlu-Şerh, s. 787; Topaloğlu, s. 41-42.

olarak kısa bir inceleme yapacak olursak, geri alma hakkı, Serozan³¹'in ifadesi ile “çok yönlü bir olumsuz yenilik doğurucu hak”, Özel³²'in tanımıyla “varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılan çok işlevli bir yenilik doğuran hak”tır. Geri alma hakkının çeşitli görünümüleri bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak icap veya kabulün geri alınması (TBK m. 10), bağışlamanın geri alınması (TBK m. 295), temsil yetkisinin geri alınması (TBK m. 42) verilebilir³³.

Teknik anlamda cayma hakkı ise “borçlanma işlemine münhasır dolaylı etkileri bulunan dönme hakkının, geniş anlamda tasarruf işlemine dolaysız bir güçle etkili kılınmış türü³⁴” şeklinde ifade edilmektedir. Bu tanımlar dolayısıyla TKHK’da cayma hakkı olarak ifade edilen hakkın, geri alma hakkının bir görünüm biçimi olduğu kabul edilmektedir. Çalışmada cayma hakkı ifadesi kullanılacak olmakla birlikte, tarafımda bu hakkın geri alma hakkı olduğu yönündeki görüş benimsenmektedir.

Tüketicinin cayma hakkını kullanması için herhangi bir gerekçe göstermesi gerekmez. Ayrıca cayma hakkı kullanıldığında tüketicinin cezai şart ödemesinden de bahsedilemez. Ancak tüketicinin bu hakkını kullanması belli bir süreye bağlanmıştır. Tüketicinin cayma hakkını kullanması için verilen süre on dört gün olarak belirlenmiştir (TKHK m. 48/4, MSY m. 9/1)³⁵. Cayma hakkı için verilen on dört günlük sürenin başlamasında çeşitli ihtimaller vardır. Cayma hakkına ilişkin süre, mesafeli sözleşmenin konusunu bir hizmet teşkil etmesi halinde sözleşmenin kurulduğu andan itibaren başlayacakken; mal tesliminin konu olduğu mesafeli sözleşmede bu süre malın teslim edildiği andan itibaren başlayacaktır (MSY m. 9/2). Ancak cayma hakkına ilişkin bilgilendirmenin yapılmadığı ya da eksik yapıldığı hallerde durum farklıdır.

Ön bilgilendirme yükümlülüğü gereğince tüketicilere “cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler, cayma bildirimini yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri ve 15 inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgiler” hakkında bilgilendirme yapılmalıdır (MSY m.

³¹ Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, 2.Bası, İstanbul 2007, s. 124.

³² Özel-Geri Alma Hakkı, s. 74.

³³ Özel-Geri Alma hakkı, s. 83-93; Serozan, s. 126-129.

³⁴ Serozan, s. 137; Özel-Tüketici, s. 208.

³⁵ 06.03.2011 tarihli Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelikte ise bu süre yedi gündür (MSDY m. 7/1).

5/1-g-ğ-h). Cayma hakkına ilişkin bu bilgilendirmenin yapılmaması halinde; cayma süresiyle ilgili farklı bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; cayma hakkına ilişkin bilgilendirmenin gereği gibi yapılmadığı durumlarda tüketici, MSY m. 9'da öngörülen on dört günlük süreyle bağlı olmayacaktır. Ancak her halükârda bu süre, cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erecektir (TKHK m. 48/4, MSY m. 10).

II. Mesafeli Sözleşmelerin Uygulama Alanı

Mesafeli sözleşmenin, sözleşme tipi olmadığı ve sözleşmenin uzaktan iletişim araçları yoluyla kurulan bir biçimi olduğu ifade edilmişti. Bu durumda mesafeli sözleşme; TBK'da ya da diğer kanunlarda düzenlenen sözleşme tiplerinden biri olabileceği gibi, sözleşme serbestisi gereğince karşımıza çıkan isimli sözleşme tiplerinden de olması mümkündür³⁶. Bu noktada mesafeli sözleşmenin hem kullanılan iletişim araçlarına ilişkin bir sınırın olmaması hem de sadece satış sözleşmesi tipi ile sınırlı olmadan isimli ya da isimli diğer tiplerde de mümkün olması bu sözleşmenin alanının geniş olduğunu göstermektedir³⁷.

Mesafeli sözleşmenin uygulama alanı diğer bir deyişle mesafeli sözleşmenin kapsamı, uzaktan iletişim araçlarının çeşitli olması ve mesafeli sözleşmenin değişik sözleşme tiplerinde kurulması açısından oldukça geniştir. Bu nedenle mesafeli sözleşmenin uygulama alanını tek tek belirtmek mümkün olmayacaktır. Gerek AB Direktiflerinde³⁸ gerekse mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak çıkarılan yönetmeliklerde³⁹ uygulama alanı dışında bırakılan sözleşmelere yer verilmektedir.

Mesafeli sözleşmelerin uygulama alanı dışında olan sözleşmeler, mesafeli sözleşmeye ilişkin düzenlemelerin (direktif veya yönetmelikler) uygulanmayacağı sözleşmeleri ifade eder. Bu nedenle mesafeli sözleşmenin kapsamına sözleşmeden bahsedildiğinde, ilgili düzenlemelerin işlerlik kazanacağı ve sözleşmeye bu düzenlemenin uygulanacağı anlaşılmalıdır. Aksi

³⁶ Elbette sözleşme tipinin mesafeli sözleşme şekilde kurulması gerekmektedir. Uzaktan iletişim aracı kullanılmayan veya tarafların karşı karşıya gelerek yaptığı sözleşmenin mesafeli sözleşme şeklinde kurulmasından bahsedilemeyecektir.

³⁷ Akipek, s. 49.

³⁸ Çalışmamızda 20.05.1997 tarihli 97/7/EC sayılı Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Direktif ile 25.10.2011 tarihli 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi ele alınmaktadır.

³⁹ 13.06.2003 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (EMSY), 06.03.2011 tarihli Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik (MSDY), 27.11.2014 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (MSY).

yönden ise mesafeli sözleşmenin kapsamı dışındaki sözleşme halinde, mesafeli sözleşmeye ilişkin düzenlemeler uygulanmayacaktır.

Mesafeli sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakılan sözleşmeler haricinde diğer sözleşmeler, koşulları sağladığı takdirde mesafeli sözleşmenin kapsamında değerlendirilerek, tüketiciye sağlanan koruma imkânlarından yararlandırılacaktır. Çalışmamızın bu kısmında, mesafeli sözleşmelerin uygulama alanı dışında bırakılan sözleşmeler, çeşitli düzenlemeler çerçevesinde ele alınacaktır.

A. Mesafeli Sözleşmelerin Uygulama Alanı Dışında Bırakılan Sözleşmeler

1. 20.05.1997 Tarihli 97/7/EC sayılı Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Direktif

20.05.1997 tarihli 97/7/EC sayılı Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Direktif (MSD)⁴⁰, Avrupa Birliğinde yer alan üyelerin ilişkilerde mesafeli sözleşmeye sıkça başvurması ancak üye devletlerin ortak bir düzenlemeye sahip olmaması nedeniyle tüketici aleyhine doğan durumların giderilmek istenmesi amacıyla getirilen bir düzenlemedir⁴¹.

MSD'nin "Muafiyetler" başlığındaki 3. maddesinde, bu direktifin uygulama alanı dışında bırakılan istisnai haller öngörülmektedir. MSD, bazı sözleşmeleri uygulama alanı dışında bırakmakta ve bu sözleşmeleri düzenlerken ikili bir ayrımına gitmektedir. MSD 3. maddenin 1. fıkrasında belirtilen sözleşmeler, bu direktifin tamamen uygulama alanı dışında bırakılmaktadır. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasında belirtilen sözleşmeler açısından MSD'nin ancak belli hükümleri (m. 4-5-6 ve 7/1) uygulanmayacaktır.

Direktif'in tamamen uygulama alanından çıkarılan sözleşmelere bakacak olursak bunlar; finansal hizmetlere ilişkin sözleşmeler, otomatik satış makineleri veya otomatik ticari işyerleri yoluyla kurulan sözleşmeler, halka açık telefonlar vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleri ile kurulan sözleşmeler, taşınmaz yapımı, satışı ve taşınmazlara ilişkin diğer haklarla ilgili (kira sözleşmesi hariç) sözleşmeler, açık artırma yoluyla kurulan sözleşmelerdir (MSD m. 3/1). Bu sözleşmelerden birinin varlığı halinde MSD'ye ilişkin hiçbir hükmün, sözleşmeye uygulanmasından bahsedilemeyecektir.

⁴⁰ Direktifin Türkçe metni için bkz. https://www.ab.gov.tr/files/ceb/.../3199710007_tr.pdf

⁴¹ Erten, s. 17-19.

Tamamen uygulama alanı dışına çıkarılan sözleşmelerin haricinde Direktif, bazı sözleşmeleri kısmen uygulama alanı dışına çıkarmaktadır. Buna göre günlük tüketimi içeren gıda maddelerinin, içeceklerin, diğer malların tüketicinin evine, ikametgâhına veya işyerine dağıtıcılar tarafından düzenli olarak sağlanmasına ve belli bir tarihte veya belli bir dönemde konaklama, ulaşım, ikram, eğlence hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin olan sözleşmelere MSD'nin belli hükümleri uygulanmayacaktır (MSD m. 3/2). Bu sözleşmelere uygulanmayacak olan hükümler ise; tüketicinin ön bilgilendirilmesini içeren 4. madde, bilgilendirmenin yazılı teyidine ilişkin 5. madde, cayma hakkını düzenleyen 6. madde ve son olarak sözleşmenin ifasınının 30 gün içinde yapılması hakkındaki 7. maddenin 1. fıkrasıdır. Kısmen uygulama alanı bulan bu sözleşmelerin varlığı halinde MSD'nin bu hükümleri hariç diğer maddeleri, ilgili sözleşmeye uygulanacaktır⁴².

2. 25.10.2011 Tarihli 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi

2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi'nin (THD)⁴³ yürürlüğe girmesi ile 97/7/EC sayılı MSD yürürlükten kaldırılmıştır. THD, yürürlükten kaldırılan direktiften farklı olarak sadece mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemelerden oluşmamaktadır. Bu Direktif, tüketiciyi korumaya ilişkin genel hükümler barındırmaktadır⁴⁴. Ayrıca bazı maddeleri mesafeli ve iş yeri dışında kurulan sözleşmelere ilişkindir. Söz konusu Direktif, mesafeli ve iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde tüketicinin bilgilendirilmesi ve cayma hakkına ilişkin olarak ayrı bir maddeye yer vermektedir (THD m. 6). Bunun

⁴² MSD'nin bu maddelerinin hukukumuza aktarılması 2003 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile gerçekleştirilmiştir. Bu yönetmelikteki düzenleme ve MSD'ye uygunluğu hakkında bkz. II-A-4.

⁴³ İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0083&rid=1>; Türkçe metni için bkz. Tokbaş, Hakan: Tüketici Hukuku İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul 2015, s.298-325.

⁴⁴ Avrupa Komisyonunun, Tüketici Mevzuatının Gözden Geçirilmesi Üzerine Bir Yeşil Kitap yayınlanmasıyla tutarlı bir tüketici kanunu oluşturma arayışına başladığı ifade edilmektedir. Bu sebeple sekiz direktifi incelemeye başladığı ancak sonrasında direktiflerin sayısının dörde indirildiği belirtilmektedir. İncelenen direktiflerin Üye Devletlerin, öngörülenlerden daha yüksek düzeyde tüketici koruması elde etmelerine veya benimsemelerine izin veren Asgari Uyumlaştırıcı Direktifler olduğu ve Komisyon'un, bunun yasadaki tutarsızlıklara ve parçalı bir iç pazara yol açtığını tespit ettiği ifade edilmektedir. Bu nedenle de işletmeler için artan uyum maliyetlerine ve tüketicilerin sınır ötesi ticarete katılmaya duydukları güven eksikliğine dikkat çekildiği ve Komisyon tarafından Tüketici Hakları Direktifi için bir teklif yayınlanması, sonrasında kabul edilmesi hakkında bkz. O'Sullivan, Peter: "Does the New Consumer Rights Directive Enhance Consumer Confidence in the Online Market?", 6 King's Inns Student Law Review 64 (2016), <https://heinonline.org> (Erişim tarihi: 04.06.2018), s.65-66.

yanı sıra mesafeli sözleşmelerin ve iş yeri dışında kurulan sözleşmelerin şekil şartları hakkında da ayrı maddeler yer almaktadır (THD m. 7-8).

Bu Direktif'te mesafeli sözleşmelerin kapsamına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak THD m. 3/3, direktifin kapsamına girmeyen sözleşmeleri düzenlemektedir. Direktif kapsamına girmeyen sözleşmeler on üç bent halinde sıralanmıştır. THD m. 3/3'e göre;

“ a) sosyal konut, çocuk bakımı ve uzun süreli bakımı da içeren sürekli veya geçici olarak ihtiyaç sahibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesi dâhil olmak üzere sosyal hizmetler için,

b) sağlık hizmetleri tesisleri aracılığıyla sağlansın ya da sağlanmasın 2011/24/EU sayılı Direktifte tanımlanan sağlık hizmetleri için,

c) çekilişler, kumarhane oyunları ve bahis işlemleri dâhil şans oyunlarında maddi değerli bir bahis içeren kumar oyunları için,

d) finansal hizmetler için,

e) taşınmaz malların ya da taşınmaz mallarda imal, edinme ve devir hakları için,

f) ikamet amaçlı yeni binaların inşası, mevcut binaların önemli ölçüde dönüşümü ve konut kiralama için,

g) paket seyahat, paket tatil ve paket turlar hakkında 13 Haziran 1990 tarih, 90/314/EEC sayılı Direktifi kapsamındaki sözleşmeler için,

h) devre mülk, uzun vadeli tatil ürünü, yeniden satış ve değiştirme sözleşmelerinin belirli yönleri bağlamında tüketicilerin korunması hakkında 14 Ocak 2009 tarih, 2008/122/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi kapsamındaki sözleşmeler için,

i) Üye Devletlerin hükümlerine uygun olarak, bağımsız ve tarafsız olma yasal yükümlülüğüne haiz ve kapsamlı hukuki bilgi sağlamak suretiyle tüketicinin sözleşmeyi yalnızca dikkatli bir hukuki değerlendirme temelinde ve sözleşmenin yasal kapsamına dair bilgiyle yaptığından emin olmakla yükümlü olan bir kamu görevlisi tarafından kurulan sözleşmeler için,

j) bir tacir tarafından sık ve düzenli bir şekilde fiziksel olarak tüketicinin ev, konut ya da iş yerine sağlanan hanenin cari tüketimi için gıda, içecek ve diğer malların arzı için,

k) Madde 8(2) ve Madde 19 ve 22 hariç, yolcu taşıma hizmetleri için

l) otomatik satış makineleri ya da otomatik ticari tesisler aracılığıyla yapılan sözleşmeler için,

*(m) halka açık ankesörlü telefonlar aracılığıyla bu telefonların kullanımı için ya da bir tüketici tarafından telefon, internet veya faks ile kurulan tek bir bağlantının kullanımı için telekomünikasyon operatörleri ile yapılan sözleşmeler için*⁴⁵ bu Direktif hükümleri uygulanmayacaktır.

THD'de kapsam dışında bırakılan bazı bentlerin yürürlükten kalkan MSD'de de olduğu görülmektedir. Bunlardan THD m. 3/3'ün d-e-l ve m bentlerinde yer alanlar MSD'de de yer almaktaydı. Ancak diğer bentlerde yer alan sözleşmeler MSD'de düzenleme alanı bulmamaktaydı. Görülmektedir ki, THD istisnaların kapsamını genişletmiştir. Bundan hareketle, Direktif'in mesafeli sözleşmenin kapsamını daralttığı söylenebilir⁴⁶.

THD m. 3/3'teki bazı bentlerde yer alan hususların, bu konuya ilişkin başka özel direktiflerin bulunmasına dayanılarak, kapsam dışına çıkarıldığına göz ardı edilmemesi gerekir⁴⁷. THD m. 3/3'ün b-d-g-h bentlerindeki durumlara uygulanacak özel düzenlemelerin bulunması nedeniyle, bu bentlerde bulunan sözleşmeler direktifin kapsamı dışına çıkarılmıştır.

Ayrıca MSD'de öngörülen istisnalar, tamamen kapsam dışında olanlar ve kısmın kapsam dışında bırakılanlar olarak ikili bir ayırım da ele alınmaktaydı. THD'de ise buna ilişkin bir ayırım bulunmamakla birlikte, sadece m. 3/3-k'da yolcu taşıma hizmetleri açısından farklı bir tutum sergilenmiştir. Bu bent açısından MSD'de olduğu gibi belli hükümlerin uygulanmayacağı öngörülmemiştir. Bu bentte Direktif hükümlerinden yolcu taşıma hizmetlerine uygulanacak olan maddeler (THD m. 8/2, m. 19, m. 22) belirtilmiş, bu üç madde dışında bu hizmetlere Direktif hükümlerinin uygulanamayacağı

⁴⁵ Tokbaş, s. 302-303.

⁴⁶ Luzak, Joasia: "Online Consumer Contrats", ERA Forum (2014) 15: 381, <https://doi.org/10.1007/s12027-014-0356-x>, s. 383.

⁴⁷ Bazı hizmetlerin kapsam dışı bırakılmasının bir nedeninin, zaten mevcut mevzuatta düzenlenmesi olduğu yönünde bkz. O'Sullivan, s. 70; Finansal hizmetler, paket tur, devre mülk ve yolcu taşıma gibi sözleşmelerin halihazırda bu sektörlere ilişkin AB mevzuatında ayrıntılı düzenlemeler olduğu ve bu nedenle mesafeli sözleşmenin kapsamı dışına çıkarıldığına dair bkz. The European Union (Consumer Information, Cancellation And Other Rights) Regulations 2013, Guidance Note, June 2014, <https://dbei.gov.ie/en/Legislation/Legislation-Files/Guidance-Note-on-the-European-Union-Consumer-Information-Cancellation-and-Other-Rights-Regulations-2013.pdf>, s.8; Direktif kapsamı dışında bırakılan istisnaların, kumar, paket tur, ulaşım hizmetleri ve sağlık hizmetleri gibi, popüler olan online hizmetlere ilişkin olduğu ifade edilmekte ve bu popüler sektörlere düzenlemenin uygulanmaması halinde tüketicinin korunmasının yetersiz olacağı belirtilmektedir. bkz. Luzak, s. 383-384.

düzenlenmiştir. Ayrıca MSD’de kısmen kapsam dışına bırakılan günlük gıda, içecek ve diğer malların ev, konut veya iş yerlerine sağlanmasına ilişkin sözleşmeler ise THD’de tamamen kapsam dışında bırakılmıştır.

MSD ile ortak düzenlenen istisnalar ve özel düzenlemeler olması nedeniyle kapsam dışında bırakılanlar haricinde kalan diğer bentler (THD m. 3/3-a-c-i-k) ilk kez THD ile kapsam dışında bırakılmıştır.

3. BGB 312 Düzenlemesi

Alman hukukunda mesafeli sözleşmelerin kapsamını incelemeden önce, mesafeli sözleşmelere ilişkin gelişmelerden ve düzenlemelerden bahsetmek yerinde olacaktır.

Almanya, 97/7/EC sayılı Direktif gereğince mesafeli sözleşmelere dair ayrı bir kanun düzenlemesine gitmiştir⁴⁸. Ancak 1.1.2002 tarihinde Alman Borçlar Hukuku Reform Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle, tüketici hukukuna ilişkin bazı kanunlar BGB’ye dâhil edilmiştir. BGB’ye dâhil edilen kanunlardan birisi de mesafeli sözleşmelere dair olan kanundur. Böylece mesafeli sözleşmeye ilişkin düzenlemeler artık BGB’de yer almaktadır⁴⁹.

Alman Borçlar Hukuku Reform Kanunu’nun 1.1.2002’de yürürlüğe girmesi ile mesafeli sözleşmeye ilişkin düzenleme BGB 312b maddesinde yer almakta, söz konusu madde, birinci fıkrasında (absatz) mesafeli sözleşmenin tanımına yer vermektedir. İlgili maddenin ikinci fıkrasında, mesafeli sözleşme için önemli bir kavram olan uzaktan iletişim aracı tanımlanmaktadır. BGB 312b’nin 3. fıkrasında ise, mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanmayacağı hallere; diğer bir deyişle bu sözleşmenin kapsamı dışında bırakılan istisnalara yer verilmektedir. Buna göre;

“-Uzaktan öğretime ilişkin sözleşmeler

-Konut amaçlı taşınmazlardan kısmı ve dönemsel yaralanma sağlayan devre mülk sözleşmeleri

-Sigorta sözleşmeleri

-Taşınmaz ve taşınmaz hükmünde sayılanlar üzerinde aynı hak kurulması, devri ve sona erdirilmesi ile bina inşası hakkındaki sözleşmeler

-Temel gıda maddeleri ile içeceklerin veya ev halkının günlük tüketimine özgü diğer malların, tüketicinin ikametgâhına veya işyerine sürekli ya da düzenli olarak teslimine yönelik sözleşmeler,

⁴⁸ FernAbsG

⁴⁹ Erten, s. 75-77.

-Sözleşmede vadesi belirlenen ya da belirli bir zaman dilimi içinde ifası kararlaştırılan yiyecek ve içeceklerin teslimine ve boş zaman organizasyonu düzenlemesine ilişkin hizmet sözleşmesi

-Mal satışı yapan otomatları kullanarak ya da otomasyona geçmiş ticari işyerleri ile yapılan işlemler sonucu kurulan sözleşmeler ve

-Halka açık telefonların kullanımı sonucu uzaktan haberleşme aracının işleticisi ile kurulan sözleşmeler”⁵⁰ uzaktan iletişim araçları ile kurulsa dahi mesafeli sözleşmeye ilişkin olan hükümlerden yararlanamayacaktır.

Mesafeli sözleşmeye ilişkin BGB’de yer alan düzenleme bahsettiğimiz şekilde iken, 2011/83/EU sayılı Direktifin kabul edilmesi ile üye devletlerin bu direktifi iç hukuklarına uyumlulaştırılması gündeme gelmiştir. Bu direktifin benimsediği tam uyum ilkesi gereğince Almanya, tüketici hukukuna ilişkin maddelerde değişiklik yoluna gitmiştir. Direktife uyum çerçevesinde yapılan değişiklikler 13.06.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu değişiklikten mesafeli sözleşmeye ilişkin olan 312b düzenlemesi de etkilenmiştir.

2014 yılında yürürlüğe giren değişiklik sonrasında mesafeli sözleşmeye ilişkin düzenleme BGB 312c’de yer almaktadır. Bu düzenleme kısaca incelenirse, maddenin ilk fıkrasında mesafeli sözleşmenin tanımı bulunmakta, ikinci fıkrasında ise bir önceki düzenlemede olduğu gibi uzaktan iletişim aracı kavramı açıklanmaktadır. Ancak önceki düzenleme olan 312b’de mesafeli sözleşmenin kapsamı dışında bırakılan, farklı bir deyişle mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı durumları içeren 3. fıkraya, 2014’te yürürlüğe giren BGB 312c’de yer verilmemiştir. Bunun yanı sıra mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanmayacağı durumları içeren ayrı bir madde düzenlemesi de bulunmamaktadır. Görülmektedir ki, mesafeli sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanmaması için 312b/3’teki gibi bir istisna hükmü 312c’de veya ayrıca başka bir madde olarak yer almamaktadır. Bunun yerine önceki düzenlemeden farklılık arz eden “Kapsam” (Anwendungsbereich) başlıklı 312. maddeye yer verildiği görülmektedir. 2014 yılında yürürlüğe giren düzenlemenin önceki düzenlemeden tek farkı bu olmamakla birlikte mesafeli sözleşmelerin kapsamını incelememiz sebebiyle, bahsedilen değişikliğe değinilmekle yetinilecektir⁵¹.

⁵⁰ Önceki düzenleme açısından Alman hukukunda mesafeli sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erten, s. 75-162.

⁵¹ Bir önceki düzenlemede, tüketici hukukuna dair genel ilkelere ait bir madde yer almamışken, 2014 yılında yürürlüğe giren değişiklik ile BGB’de, tüketici sözleşmelerinde genel yükümlülükler ve ilkeler başlığında olan 312a maddesine yer verilmiştir.

Görülmektedir ki, BGB 312b'nin 3. fıkrası mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanmayacağı durumları düzenlemektedir, şimdiki düzenleme olan BGB 312c sadece iki fıkradan oluşmakta ve bu fıkralarda mesafeli sözleşmenin kapsamı hakkında bir bilgi yer almamaktadır. Bu nedenle tüketici sözleşmelerinin kapsamına ilişkin olan BGB 312'nin incelenmesi gerekmektedir.

BGB 312. madde düzenlemesi, kapsam dışında bıraktığı sözleşmeleri sayma yolunu tercih etmemiştir. Bunun yerine, hangi hükümlerin hangi sözleşmelere uygulanacağı belirtilerek, kapsamın belirlenmesi bunun üzerinden yapılmıştır. BGB, sayılan şu sözleşmelere şu hükümler uygulanmaz demek yerine, şu sözleşmelere uygulanacak hükümler şunlardır şeklinde bir düzenlemede bulunmaktadır. BGB'nin ifadesinin mefhumu muhalifinden ise sayılan sözleşmelere anılan hükümler dışında diğer hükümlerin uygulanmayacağı sonucu çıkmaktadır. BGB 312'nin 2. fıkrası; *“Bu alt başlıktaki 1. ve 2. Bölüm hükümlerinden sadece 312a'nın 1, 3, 4 ve 6. fıkraları aşağıdaki sözleşmelere uygulanır:*

-Noter tarafından düzenlenen ve onaylanan

a) İşyeri dışında kurulan finansal hizmetlere ilişkin sözleşmeler

b) Finansal hizmetlere ilişkin olmayan sözleşmelerden, kanun gereği noterin düzenleme/onaylamasına ihtiyaç olmayan sözleşmeler veya yalnızca noterin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin § 312d/1 ve § 312g/1'e göre cayma hakkının uygulanmayacağına ilişkin açıklaması ile geçerli olacağına dair bir sözleşme açıklamasının şart koşulmadığı sözleşmeler,

-Taşınmaz mallarda mülkiyet veya taşınmaza ilişkin diğer hakların kazanılması veya devri ile ilgili sebebe bağlı sözleşmeler,

-Yeni bir bina inşaatı yapılmasını veya binanın yeniden inşasını içeren sözleşmeler,

-651a uyarınca seyahat hizmetlerine ilişkin sözleşmelerden

a) mesafeli olarak kurulan

b) işyeri dışında kurulup sözlü görüşmelere, tüketicinin önceki siparişine dayananları,

-Yolcu taşımacılığına ilişkin sözleşmeler,

-481-481b'ye göre devre mülk, uzun süreli tatil hizmetleri ve bunların yeniden satımı ve değişimi,

-630'a göre tedavi sözleşmeleri,

-Gıda, içecek veya diğer günlük ev ihtiyaçlarının girişimci tarafından tüketicinin ikametgâhına ya da iş yerine sık ve düzenli olarak teslim edilmesine ilişkin sözleşmeler,

-Otomat makineleri kullanılarak ve otomatik işyerleri ile kurulan sözleşmeler,

-Bozuk para ve telefon kartı kullanılan halka açık telefonlarla telekomünikasyon operatörleri ile kurulan sözleşmeler,

-Tüketicinin telefon, internet ve faks kullanımı için tek seferlik olarak yaptığı sözleşmeler,

-İşyeri dışında kurulan sözleşmelerden, müzakereler bittiğinde edimlerin hemen yerine getirildiği ve ödendiği ve tüketicinin ödeyeceği bedelin 40 Euro'yu aşmadığı sözleşmeler,

- Taşınır malların cebri icra veya diğer adli tedbirler nedeniyle satışına ilişkin sözleşmeler" şeklindedir. Bu fıkra göre 13 bent halinde sayılan bu sözleşmelere yalnızca 312a'nın 1, 3, 4 ve 6. fıkraları uygulanacak; bunlar dışında kalan, alt başlıktaki 1. ve 2. bölümde yer alan diğer hükümler uygulanmayacaktır. Mesafeli sözleşmeye ilişkin olan 312c ise 2. bölümde yer alan maddelerden olup, yukarıda belirtilen sözleşmelere uygulanmayan hükümler arasındadır. Bu durumda yukarıda belirtilen sözleşmelerin mesafeli sözleşmelerin uygulama alanı dışında olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

BGB 312/3 ise "Çocuk bakımı, uzun süreli bakımları dâhil olmak üzere geçici veya kalıcı olarak yardıma muhtaç aile veya kişilere ilişkin olan sosyal hizmetlere ilişkin sözleşmelere, bu alt başlıktaki 1. ve 2. Bölümde yer alan aşağıdaki hükümler uygulanır:" şeklinde düzenlenmektedir. Bu fıkra sayılan hizmetlere ilişkin olan sözleşmelere uygulanacak hükümler arasında 1.bentte "312b-312c'ye göre iş yeri dışında kurulan sözleşmeler ile mesafeli sözleşmelere ilişkin açıklamalara" yer verilmektedir. Buna göre, çocuk bakımı ve yardıma muhtaç aile veya kişilere dair uzun süreli bakımlar da dâhil olmak üzere olan sosyal hizmetlere ilişkin sözleşmelere, koşulları varsa mesafeli sözleşme hükümleri uygulanabilecektir.

4. 13.06.2003 Tarihli Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

97/7/EC sayılı MSD, üye devletlere bu direktifte yer alan düzenlemeleri kendi hukuklarına uygulamak ve gerekli kanun, ikincil düzenlemelerin yapılması için üç yıllık bir süre tanımıştır (MSD m. 15). Bu direktife ilişkin

düzenlemelerin Türk hukukuna aktarılması ise 2003 değişikliği ile ETKHK'ya 9/A maddesinin eklenmesinin yanı sıra 13.06.2003 Tarihli Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (EMSY)'in çıkarılması ile olmuştur.

Mesafeli sözleşmenin kapsamına ilişkin olarak direktifte yer verilen istisnalara ETKHK'da yer verilmemiş; bu istisnalar EMSY'de düzenlenmiştir. İstisnaların kanun maddesi ile değil de yönetmelik maddesiyle düzenlenmesi doktrinde eleştiri konusu olmuştur⁵². EMSY'nin 11. maddesi, mesafeli sözleşmelerin kapsamı dışında bıraktığı sözleşmeleri “*a) Banka, sigorta ile ilgili, b) Otomatik satış makineleri vasıtasıyla akdedilen, c) Halka açık jetonlu telefonlar vasıtasıyla akdedilen, d) Açık arttırma yolu ile akdedilen, e) Gıda, içecek ve günlük tüketim için tüketicinin evine veya işyerine düzenli olarak sağlanan malların tedariki ile ilgili, f) Sağlayıcının üstlendiği, barınma, ulaşım, yemek tedariki, sportif ve kültürel faaliyetler ve eğlence hizmetlerini özel bir günde veya sürede tedarik etmesine ilişkin hükümler içeren sözleşmeler*” olarak sıralamıştır.

İlk bakışta yönetmelikte verilen bu maddenin 97/7/EC sayılı Direktif'in öngördüğü istisnalara uygunluk gösterdiği düşünülebilir. Çünkü EMSY'nin kapsamı dışına çıkarılan sözleşmeler, MSD'nin 3. maddesinde de yer almaktadır. Buna rağmen, bu iki düzenleme arasında farklılıklar bulunmakta ve Yönetmelik, Direktif hükümlerine birebir uyum sağlamamaktadır.

Bu farklılıklardan ilki, Direktif'te istisna olarak verilmesine rağmen EMSY'de taşınmazların satışı, yapımı ve taşınmazlarla ilgili kira hariç diğer haklara ilişkin sözleşmelerin kapsam dışına bırakılmamasıdır⁵³. Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler kapsam dışında bırakılmasa bile örneğin taşınmazın devrini öngören sözleşme belli şekil şartına bağlanması (TMK m. 706) nedeniyle mesafeli sözleşme olarak kurulması mümkün olmayacaktır. Ayrıca taşınmazlardan ancak konut veya tatil amaçlı olanlar ETKHK kapsamında değerlendirilebilecektir (ETKHK m. 3/1-c). Bu durumda konut veya tatil amaçlı taşınmazlar ile ilgili sözleşmeler mesafeli sözleşme olarak kurulabilir. Ancak bu sözleşmeler, şekil şartı nedeniyle kapsama dâhil olamayacaktır. Buna rağmen kira sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tâbi değildir. Konut veya tatil amaçlı taşınmazları ilgilendiren kira sözleşmesinin mesafeli

⁵² İstisnalara kanunda yer verilmesi ya da en azından dayanağının kanunda düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Yıldırım, s. 144; İnal, s. 173; Gezder-Şerh, s. 50.

⁵³ Yönetmelikte yer verilmeyen bu durumun Direktif'ten bir farklılık olarak değerlendirilmemesi gerektiği, Türk hukukunda taşınmazlara ilişkin bu işlemlerin mesafeli sözleşmeler aracılığıyla yapılamayacağı hakkında bkz. Erten, s. 176-177.

sözleşme olarak kurulması mümkün olup; mesafeli sözleşme hükümleri kapsamında değerlendirilebilecektir⁵⁴.

İkinci farklılık, finansal hizmetlerin kapsam dışında tutulmasıyla alakalıdır. MSD'nin kapsam dışında tuttuğu finansal hizmetlerin alanı daha genişken⁵⁵, EMSY sadece banka ve sigorta ile ilgili finansal hizmetleri kapsam dışında tutmuştur. MSD'nin belirlenen finansal hizmetleri kapsam dışında tutma sebebi mesafeli olarak kurulan bu finansal hizmetlere ilişkin ayrı bir düzenleme yapma amacıdır⁵⁶. Türk hukukunda böyle bir amaç ya da çalışma bulunmamaktadır⁵⁷. Banka ve sigorta ile ilgili sözleşmelerin istisna tutulmasının ancak bunlara ilişkin ayrı bir düzenleme olması halinde isabetli olacağı vurgulanmaktadır⁵⁸.

Yönetmelik ile Direktif arasındaki farklılıklardan üçüncüsü ise halka açık telefonlara ilişkin olan sözleşmelerin kapsam dışında bırakılmasına dair ifadedir. MSD'nin kapsam dışında ele aldığı; halka açık telefonların kullanılmasıyla telekomünikasyon operatörleri ile kurulan sözleşmelerdir. Oysa EMSY'de halka açık jetonlu⁵⁹ telefonla kurulan sözleşmelerden bahsedilmekte, bu sözleşmenin telekomünikasyon operatörü ile olması aranmamaktadır. Bu durumda yönetmelik gereği, halka açık telefonlarla kurulan bütün sözleşmeler mesafeli sözleşmelerin kapsamının dışına çıkarılmaktadır⁶⁰. Ancak mesafeli sözleşmenin halka açık telefonla ya da başka-örneğin kendi evinde ya da komşusunda bulunan- bir telefonla yapılması bir fark doğurmamalıdır⁶¹. Belirttiğimiz gibi MSD, halka açık telefonla kurulan bütün sözleşmeleri değil telefon kartının kullanılması,

⁵⁴ Yıldırım, s. 150-151; Gezder-Şerh, s. 58-59.

⁵⁵ Bu finansal hizmetlere MSD'nin II nolu ekinde yer verilmiştir. Bunlar; yatırım hizmetleri, sigortacılık ve reasürans işlemleri, bankacılık hizmetleri, vadeli veya opsiyonlarla ilgili alışveriş işlemleridir.

⁵⁶ Bu çerçevede 23 Eylül 2002 tarihli 2002/65/EC sayılı Finansal Hizmetlerin Mesafeli Pazarlanmasına Yönelik Direktif hazırlanmıştır.

⁵⁷ ETKHK ve EMSY dönemi için böyle bir çalışma bulunmamakla birlikte, TKHK ile finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler 49. maddede düzenlenmiş; ayrıca yönetmelik çıkarılmıştır.

⁵⁸ Yıldırım, s. 146; Atamer, s. 196.

⁵⁹ “*Jetonlu*” ifadesinin kullanımı hakkında ifade edilmek istenenin telefon kulübelerinin olduğunu belirtmektedir. İnal, s. 173, dn. 39; jetonla çalışan telefonların sık kullanılmaması nedeniyle ifadenin yerinde olmadığı, bu ifade yerine halka açık telefon ifadesinin kullanılması gerektiği de savunulmaktadır. Yıldırım, s. 148; Gezder-Şerh, s. 53.

⁶⁰ Türk hukukuna aktarılan istisnanın, kaleme alınmasında bir eksikliğe gidildiği veya yanlışlığa düğüldüğü ifade edilmektedir. Yıldırım, s. 149; İnal, s. 173; Atamer, s. 196.

⁶¹ İnal, s. 173; Gezder-Şerh, s. 53; Atamer, s. 196; Yıldırım, s. 149.

parayla veya jetonla çalışan telefonlarda para veya jetonun atılması⁶² gibi telekomünikasyon operatörleriyle yapılan sözleşmeleri kapsam dışında bırakmaktadır. Bunun haricinde halka açık telefonlarla yapılan diğer sözleşmelerin istisna olarak değerlendirilmemesi gerekir⁶³.

Son olarak MSD bazı sözleşmeleri tamamen kapsam dışında bırakmakta, bazıları açısından sadece belli hükümlerin uygulanmamasını öngörmektedir. EMSY ise böyle bir ayrıma gitmemekte, MSD'nin kısmen kapsam dışına çıkardığı sözleşmeleri de mesafeli sözleşmenin kapsamı dışına atmaktadır. Gıda, içecek ve günlük tüketim için tüketicinin evine veya işyerine düzenli olarak sağlanan malların sağlanmasına yönelik sözleşmeler ile sağlayıcının üstlendiği, barınma, ulaşım, yemek tedariki, sportif ve kültürel faaliyetler ve eğlence hizmetlerini özel bir günde veya sürede tedarik etmesine ilişkin hükümler içeren sözleşmeler EMSY düzenlemesi gereği mesafeli sözleşme kapsamında değildir. Ancak MSD'de bu sözleşmelere ön bilgilendirme, ön bilgilendirmenin teyidi, cayma hakkı ve ifanın otuz gün içinde yapılmasına dair olan maddeler uygulanmamaktadır. EMSY'nin düzenlemesi 97/7/EC sayılı Direktif'e uyumlu bulunmamakta ve eleştirilmektedir⁶⁴.

Görülmektedir ki, EMSY genellikle MSD 3. maddeye uyumlu görünen düzenlemelerde bulunmuş olsa da bahsettiğimiz bu farklılıklar aradaki uyumu güçleştirmiştir.

5. 06.03.2011 Tarihli Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik

06.03.2011 tarihli Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik'in (MSDY) çıkarılması ile 2003 tarihli EMSY yürürlükten kalkmış ve bundan sonra mesafeli sözleşmelere 2011 tarihli yönetmelik hükümleri uygulanmaya başlanmıştır. MSDY'de mesafeli sözleşmelerin kapsamına 2. maddede yer verilmiştir. Bu maddenin 2. fıkrasına göre mesafeli sözleşmelerin kapsamın dışında bırakılan sözleşmeler şu şekildedir; “a) Bankacılık ve sigortacılık ile ilgili, b) Otomatik makineler aracılığıyla yapılan satışlar ile ilgili, c) Halka açık telefon kullanımı suretiyle telekomünikasyon hizmeti verenlerle akdedilen, ç) Taşınmaz satış, kiralama ve taşınmaza ilişkin diğer haklarla ilgili, d) Artırma veya eksiltme yoluyla akdedilen sözleşmeler”.

⁶² Atamer, s. 196.

⁶³ Atamer, s. 196; Yıldırım, s. 149; İnal, s. 173, Gezder-Şerh, s. 54.

⁶⁴ Atamer, s. 195; Direktif hükümlerinin tüketici lehine koyulan asgari şartları içeren düzenlemeler olduğu ve MSD'nin 14. maddesi gereğince tüketicileri korumak amacıyla güden daha ağır düzenlemelerde bulunabileceği belirtilmektedir. Ancak EMSY m. 11/1-e ve f düzenlemesinin tüketici aleyhine olduğu, bu nedenle Direktif'le uyum sağlamadığı ifade edilmektedir. Yıldırım, s.155.

MSDY m. 2/3'te ise, "a) *Gıda maddelerinin, içeceklerin ya da diğer günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya işyerine götürülmesine ilişkin, b) Seyahat, konaklama, lokantacılık, eğlence sektörü gibi alanlarda hizmet veren sağlayıcılarla kurulan ve sağlayıcının belirli bir tarihte veya zaman dilimi içinde sözleşme konusu hizmet edimini sunma yükümlülüğü altına girdiği sözleşmelere*" Yönetmeliğin ön bilgilendirme ve teyidini içeren m. 5-6, cayma hakkına ilişkin olan m. 7-8 ile sözleşmenin en geç 30 gün içinde ifa edilmesini içeren m. 9/1'in uygulanmayacağı düzenlenmektedir.

EMSY kapsam dışı bırakılan sözleşmelere tek bir fıkra içerisinde yer verirken, MSDY kapsam dışında bırakılan sözleşmeleri iki ayrı fıkroda ele almaktadır. MSDY m. 2/2'de mesafeli sözleşmelerin kapsamından tamamen çıkarılan sözleşmelere yer verilmektedir. Buna karşın m. 2/3'te, mesafeli sözleşmelerin kapsamından tamamen çıkarılmayan sözleşmelere yer verilmekte ve bu sözleşmelere sadece belli hükümlerin uygulanmaması öngörülmektedir. Bu noktada EMSY'ye getirilen eleştirilerin dikkate alındığı ve MSD'ye uyumlu bir yönetmelik hazırlandığı söylenebilir.

MSDY'nin mülga yönetmelikten farkına değinmek yerinde olacaktır. Eski yönetmelikte halka açık telefonlarla kurulan sözleşmeler kapsam dışında bırakılmış, 97 tarihli Direktif'te yer alan telekomünikasyon operatörleri ifadesine yer verilmemişti. MSDY isabetli olarak "*Halka açık telefon kullanımı suretiyle telekomünikasyon hizmeti verenlerle akdedilen*" ifadesine yer vererek; bu konuda Direktif ile uyumlu hale gelmiştir. Ayrıca eski yönetmelikte taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin kapsam dışı sözleşmelerde yer verilmediği ifade edilmişti. MSDY ise taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin hepsini kapsam dışına bıraktığını "*Taşınmaz satış, kiralama ve taşınmaza ilişkin diğer haklarla ilgili*" ifadesini kullanarak belirtmiştir. Ancak MSD'de taşınmazın kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin kapsama dahil edildiği, böylece mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümlerin bu sözleşmelere uygulanabildiğini belirtmiştik. Bu açıdan MSDY'nin yaptığı düzenleme MSD ile farklılık arz etmektedir. Çünkü MSDY taşınmazın kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin de mesafeli sözleşmelerin kapsamı dışında bırakıldığını düzenlemektedir.

EMSY'e getirilen eleştirilerden bir diğeri, mesafeli sözleşmelerin uygulama alanı dışında kalan sözleşmelerin MSD'deki gibi ikili bir ayrıma tâbi olmamasıdır. MSD istisnaları, tamamen kapsam dışında kalanlar ve kısmen kapsam dışında kalanlar olarak ele almıştır. MSDY, mülga yönetmeliğe yapılan bu eleştiriler ışığında kapsam dışı sözleşmeleri iki ayrı fıkroda düzenleyerek, MSD'de yapılan ayrıma riayet ettiği görülmektedir.

MSDY m. 2/2’de yer alan sözleşmeler tamamen kapsam dışında bırakılmışken, m. 2/3’te belli hükümlerin uygulanmayacağı sözleşmelere yer verilmiştir.

Yapılan değerlendirilmelerden, 2011 tarihli MSDY ile mülga yönetmeliğe yapılan eleştirilerin dikkate alınarak bu çerçevede düzenleme yapıldığı ve MSD’ye daha uyumlu bir yönetmelik yapılması amacı güdüldüğü söylenebilir.

6. 27.11.2014 Tarihli Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği

06.03.2011 tarihli MSDY’den sonra 2011/83/EU tarihli THD yürürlüğe girmiş, bunun yanı sıra Türk hukukunda da gelişmeler yaşanarak 7.11.2013 tarihinde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kabul edilmiştir. Bu gelişmeler ışığında yeni bir yönetmelik ihtiyacı doğmuş; sonuç olarak 27.11.2014 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (MSY) ortaya çıkmıştır. MSY, 6502 sayılı TKHK’a uyumlu olarak hazırlanmış ayrıca özellikle THD’deki hükümlerden yararlanılmıştır⁶⁵.

Mesafeli sözleşmenin kapsamı dışına çıkarılan sözleşmeler MSY m. 2/2’de on iki bent halinde verilmiştir. Buna göre; “*a) Finansal hizmetler, b) Otomatik makineler aracılığıyla yapılan satışlar, c) Halka açık telefon vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleriyle bu telefonun kullanımı, ç) Bahis, çekiliş, piyango ve benzeri şans oyunlarına ilişkin hizmetler, d) Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı, e) Konut kiralama, f) Paket turlar, g) Devre mülk, devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi, ğ) Yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya işyerine götürülmesi, h) 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerindeki bilgi verme yükümlülüğü ile 18 inci ve 19 uncu maddelerde yer alan yükümlülükler saklı kalmak koşuluyla yolcu taşıma hizmetleri, ı) Malların montaj, bakım ve onarımı, i) Bakımevi hizmetleri, çocuk, yaşlı ya da hasta bakımı gibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesine yönelik sosyal hizmetler*” ile ilgili sözleşmeler mesafeli sözleşmelerin kapsamı dışındadır.

MSY düzenlemesinin THD ile neredeyse aynı olduğu söylenebilir. Direktif hükümlerinde yer almasına rağmen; MSY’de yer verilmeyen iki bent bulunmaktadır. Bunlardan ilki, 2011/24/EU sayılı Direktifte yer alan sağlık hizmetlerini içermektedir (THD m. 3/3-b). Diğeri ise bağımsız ve tarafsız olma yükümlülüğü altında olan, tüketicinin sözleşmeyi gerekli bilgiye sahip

⁶⁵ Karakocalı/Kurşun, s. 155 dn. 311; Gezder-Konferans, s. 330; Uzun Kazmacı, s. 2800-2801.

olarak yaptığından emin olma yükümlüğü bulunan kamu görevlileri tarafından kurulan sözleşmeleri ifade etmektedir (THD m. 3/3-h). THD bu iki hususu direktif kapsamı dışına çıkarmışken, MSY bu iki bent halindeki hususu kapsam dışında sözleşmeler arasında belirtmemiştir.

Ayrıca MSY, Direktif'te yer almamasına karşın kapsam dışına bıraktığı bir sözleşmeyi de barındırmaktadır. Buna göre malların bakım, montaj ve onarımına ilişkin sözleşmeler mesafeli sözleşmenin kapsamı dışında tutulmuştur (MSY m. 2/2-1).

B. Mesafeli Sözleşmelerin Uygulama Alanındaki Örnek Sözleşme Tipleri

1. Satış Sözleşmesi

Mesafeli sözleşmelerin uygulama alanında yer alan ve günümüzde mesafeli sözleşme olarak kurulan en yaygın sözleşme tipi, satış sözleşmesidir. Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 207)⁶⁶. Bu sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakla birlikte, sözleşmenin objektif esaslı unsurları; satılan ve bedeldir. Taraflar bu objektif esaslı unsurlar yönünden anlaşmalıdır. Satış sözleşmesi günümüzde yaygın uygulamaya sahip isimli (tipik) bir sözleşmedir. Bu sözleşmeye ilişkin düzenlemeler TBK m. 207-281 maddeleri arasında yer almaktadır.

TKHK m. 48'de yer alan mesafeli sözleşme, sözleşme tipini ifade etmemektedir. Mesafeli sözleşme kavramı, sözleşmenin kurulma biçimine ilişkin olup; mesafeli olarak kurulan sözleşmenin tipi, taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar açısından önem arz eder. Öyle ki, mesafeli sözleşmenin unsurlarından biri de anlaşma unsurudur⁶⁷. Bu unsura göre; mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için mesafeli olarak kurulan sözleşme tipinin esaslı unsurları hakkında taraflar anlaşmış olmalıdır. Bu durumda satış

⁶⁶ TBK 207'de verilen ifadenin sözleşmenin tanımı olmadığı, maddede hareket edilirse sadece maddi malların bu sözleşmeye konu olacağı ancak maddi olmayan malların (alacak hakkı gibi) da bu sözleşmenin konusunun olabileceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede sözleşmenin tanımı; "Alıcının ödemeyi üstlendiği bir bedel karşılığında satıcının, satılan bir mal üzerindeki hakkı ona devretmeyi borçlandığı sözleşme" olarak yapılmaktadır. Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 26-27.

⁶⁷ bkz. I-A-2-d.

sözleşmesi açısından tarafların satılan ve bedel hususunda anlaşmış olmaları gerekir.

Mesafeli olarak kurulan satış sözleşmelerine “*mesafeli satış sözleşmesi*”⁶⁸ adı verilmektedir. Mesafeli satış sözleşmesi, tüketici ile malı uzaktan pazarlamaya ilişkin sisteme sahip olan satıcının eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, uzaktan iletişim aracı kullanarak kurdukları; tüketicinin bir bedel ödemeyi; buna karşın satıcının bir malı devretmeyi üstlenmesi konusunda tarafların anlaştığı sözleşmeyi ifade eder. Tanımını yaptığımız mesafeli satış sözleşmesi tüketici sözleşmesi olup TKHK hükümlerine tâbidir. Ancak TKHK m. 83 gereğince bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere gidilecektir. Bu nedenle mesafeli satış sözleşmesine TKHK’daki m. 48 başta olmak üzere tüketici sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulanacaktır. TKHK’da hüküm bulunmayan hallerde ise sözleşmelere ilişkin genel hükümler ile satış sözleşmesine ilişkin TBK’da yer alan hükümlere gidilecektir. Örneğin, sözleşmenin kurulmasına ilişkin (öneri-icap) hükümler açısından TBK m. 1 vd. maddelere başvurulacaktır.

Mesafeli satış sözleşmesi tek taraflı olarak önceden hazırlanıyorsa ve diğer tarafın şartları müzakere etme ve değiştirme imkânı yoksa burada genel işlem şartlarından bahsedilir. Tüketici sözleşmeleri açısından bu şartlar haksız şart olarak TKHK m. 5’te düzenlenmiştir. Mesafeli satış sözleşmelerindeki bu nitelikteki şartlara TBK’nın genel işlem koşullarını düzenleyen m. 20 yerine, TKHK m. 5 uygulanacaktır.

Mesafeli satış sözleşmesine uygulanacak hükümler açısından verdiğimiz kısa bilgilendirmeden sonra sözleşmenin konusuna da değinmek gerekir. Satış sözleşmenin objektif esaslı unsurları; satılan ve bedeldir. Burada özellikle satılan kavramından bahsetmek gerekir. Satış sözleşmesinin konusu, maddi varlığı olan taşınır veya taşınmaz malın yanı sıra maddi varlığı olmayan alacak ve irtifak gibi haklar da konu olabilir⁶⁹. Mesafeli sözleşmelerin konusunu mal veya hizmet teşkil eder (TKHK m. 48). TKHK m. 3/h’de mal kavramı “*Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları*” ifade etmektedir. Aynı tanım MSY m. 4/d’de de yer almaktadır. Mesafeli satış sözleşmesi açısından da bu mal

⁶⁸ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 214; Gezder-Konferans, s. 335; mesafeli satım sözleşmesi kullanımı için bkz. Yıldırım, Abdülkerim: ““Mesafe Satımı” İle “Mesafeli Satım” Kavramları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, GÜHFD, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 140.

⁶⁹ Eren, s. 32.

kavramı geçerli olacaktır. Ancak taşınmaz malların konu olduğu satış sözleşmeleri günümüzde oldukça yaygın olmasına rağmen, TKHK m. 48 kapsamında taşınmaz mallara ilişkin bir satış sözleşmesinin mesafeli olarak kurulması mümkün değildir. Bu durum MSY m. 2/d’de taşınmaz mallara ilişkin sözleşmelerin mesafeli sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakılmasından anlaşılmaktadır. Taşınmaz satış sözleşmesinin resmi şekle bağlı olması (TBK m. 237), mesafeli sözleşme olarak kurulmaya engeldir⁷⁰. Resmi şekil gereğince sözleşme tapu memuru önünde yapılacak (TK m. 26), böylece mesafeli sözleşme için aranan tarafların eş zamanlı olarak aynı fiziksel ortamda olmama şartı sağlanamayacaktır.

Mesafeli olarak kurulan satış sözleşmesi “*mesafeli satış sözleşmesi*” olarak adlandırılmaktadır. Bu noktada uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasıyla kurulan mesafeli satış sözleşmesi ile başka bir kavram olan mesafe satımını birbirinden ayırmak gerekir.

Satış sözleşmelerinde, satılanın akdin ifası için herhangi bir yere gönderilip gönderilmemesi önem arz eder. Satılanın ifa için bir yere gönderilmesi gerekli değilse “*yerinde veya mahallinde satımdan*” söz edilir. Ancak satılanın akdin ifası amacıyla bulunduğu yerden başka bir yere gönderilmesi de mümkündür. Satılan malın sözleşmenin ifası amacıyla başka bir yere naklinin söz konusu olduğu halde ise “*mesafe satımı*” ile karşılaştırılır⁷¹.

Mesafe satımı, satış sözleşmesinin ifasına ilişkin bir kavramdır. Mesafe satımının adi ve nitelikli olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Adi mesafe satımında satılan mal, ifa yerinden başka bir yere gönderilmekte, dolayısıyla gönderme borcundan bahsedilmektedir. Ancak nitelikli mesafe satımında ise satılan malın ifa amacıyla ifa yerine götürülmesi, götürme borcu söz konusudur⁷². TBK’da mesafe satımına ilişkin tanım veya unsurların yer aldığı bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Ancak bazı maddelerde mesafe satımı göz önüne alınarak yapılan düzenlemeler mevcuttur. Örneğin; TBK m. 226 satılanın başka bir yerden gönderilmesi halinde ayıp konusunu düzenlemektedir. Bu maddede geçen “*başka yerden gönderilen*” ifadesi mesafe satımını işaret etmektedir.

⁷⁰ Yıldırım, s. 93.

⁷¹ Yıldırım, s. 97; Yıldırım-Mesafe Satımı, s. 130; mesafe satımı yerine “*mesafeli satış*” ifadesinin kullanılmasına dair bkz. Zevkliler/Özel, s. 321; Topaloğlu-Şerh, s. 762; Topaloğlu, s. 15; kanımca ifa yerine ilişkin olan bu durum için mesafeli satış ifadesinin kullanılması, mesafe satımı ile mesafeli satış sözleşmesi kavramlarının karıştırılmasına yol açacağından isabetli değildir.

⁷² Yıldırım-Mesafe Satımı, s. 131.

Mesafe satımının satış sözleşmesinin ifasına ilişkin bir kavram olmasına karşın; mesafeli satış sözleşmesi TKHK m. 48'de düzenlenen ve sözleşmenin kurulma aşamasına ilişkin olan kavramı ifade eder. Bu nedenle mesafe satımı ile mesafeli satış sözleşmesi kavramı birbirinden farklıdır⁷³. Öyle ki, mesafeli satış sözleşmesi, sözleşmenin nasıl kurulduğuna ilişkindir. Mesafeli satış sözleşmesi ile mesafeli satım arasındaki fark, sözleşmenin değişik aşamalarına ilişkin olmalarından kaynaklanmaktadır.

2. Abonelik Sözleşmesi

Mesafeli sözleşmenin, bir sözleşme tipi olmadığı, sözleşmenin kurulma biçimini ifade ettiği belirtmişti⁷⁴. Bu nedenle mesafeli olarak kurulan sözleşme, isimli bir sözleşme olabileceği gibi isimsiz bir sözleşme de olabilir. Mesafeli sözleşmenin, isimsiz sözleşme olabileceğinin örneklerinden biri ise abonelik sözleşmesidir. Abonelik sözleşmesi, taraflardan birinin belirli veya belirli olmayan bir süre için bir mal veya hizmeti tekrarlanan edalar biçiminde karşı tarafa sunma; buna karşılık karşı tarafın belli bir meblağı peşin ya da dönemler halinde ödeme borcu altına girdiği, tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir⁷⁵. Bu sözleşme her ne kadar çeşitli düzenlemelere⁷⁶ konu olsa da, sözleşmenin unsurlarına, sözleşmeye uygulanacak hükümlere ayrıca yer verilmediğinden isimsiz sözleşme olarak kabul edilmektedir⁷⁷.

Abonelik sözleşmeleri, günlük hayatta sıkça rastlanılan sözleşme tiplerinden biridir. İsimsiz bir sözleşme olan abonelik sözleşmesi geniş bir uygulama alanına sahiptir. Ticari ve mesleki faaliyetin yürütülmesi için kurulan abonelik sözleşmelerinin yanı sıra, tüketicilerle akdedilen abonelik sözleşmeleri de mevcuttur. Tüketicilerle akdedilen abonelik sözleşmeleri TKHK 52. maddede⁷⁸ ayrıca düzenlenmektedir. Tüketicinin dâhil olduğu abonelik sözleşmelerine TKHK 52. madde uygulanacaktır. Bu nedenle abonelik sözleşmelerine uygulanacak hükümler açısından, sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olup olmaması önem arz eder. Öyle ki, tüketici

⁷³ Yıldırım-Mesafe Satımı, s. 140.

⁷⁴ bkz. II.

⁷⁵ Ayrancı, Hasan: Enerji Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 209; Koca, Güneş: (Tüketicinin Korunması Açısından) Abonelik Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004, s. 29; Altaş, Hüseyin: "Telekomünikasyon Alanındaki Abonelik Sözleşmeleri", Prof.Dr.Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 158.

⁷⁶ TKHK m. 52, Elektronik Haberleşme Kanunu (EHK) m. 50 gibi.

⁷⁷ Ayrancı, s. 213; Ceylan, Ebru: Madde-52 Abonelik Sözleşmeleri, Milli Şerh (National Commentary), Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul 2016, s. 855.

⁷⁸ Abonelik sözleşmeleri Türk Hukukunda ilk defa 4077 sayılı ETKHK'ya 4822 sayılı Kanunla eklenen 11/A maddesi ile düzenlenmiştir. Daha sonra bu düzenleme 6502 sayılı TKHK ile 52. maddede daha ayrıntılı bir şekilde düzenleme alanı bulmuştur.

ile yapılan abonelik sözleşmesine TKHK hükümleri uygulanacak, bu kanunda uygulanacak bir hüküm yoksa genel hükümlere (TMK, TBK hükümleri gibi) başvurulacaktır (TKHK m. 83). Ancak tüketicinin taraf olmadığı, mesleki ve ticari amaçlarla abonelik sözleşmesinin yapıldığı durumlarda ise TKHK hükümlerine gidilmeyecek, TBK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Çalışma konumuzun sınırları gereğince, TKHK hükümlerinin uygulanacağı, diğer bir deyişle tüketicinin taraf olduğu abonelik sözleşmeleri ele alınacaktır. Mesleki veya ticari amaçla yapılan abonelik sözleşmeleri konumuz dışında kalmaktadır. Bunun esas sebebi ise mesafeli sözleşmenin, TKHK’da düzenlenen ve taraflardan birinin tüketici olduğu bir sözleşme olmasıdır.

Abonelik sözleşmesi TKHK m. 52/1’de “*Abonelik sözleşmesi, tüketicinin, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmelerdir*” şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde⁷⁹ bu tanım, sözleşmenin esaslı unsurlarından olan ücreti içermemesi nedeniyle eleştirmektedir. Abonelik sözleşmesi tüketicinin bir ücret karşılığında, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmedir. Abonelik sözleşmesine örnek olarak, dergi, gazete gibi malların belli aralıklarla iletilmesine dair tarafların anlaşması verilebilirken; internet, telefon bağlantısı gibi hizmetlerin belli aralıklarla tüketiciye sağlanması da gösterilebilir⁸⁰.

Genel bilgilerini verdiğimiz abonelik sözleşmesi, mesafeli sözleşme olarak kurulabilen sözleşme tiplerinden biridir. Abonelik sözleşmesinin mesafeli olarak kurulabileceği TKHK 52/2’de açıkça belirtilmiştir. Buna göre; “*Yazılı veya mesafeli olarak kurulan bu sözleşmelerin bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur*”. Abonelik sözleşmelerinin mesafeli olarak kurulması, bu madde yer almasa dahi mümkün olabilecektir. Öyle ki, abonelik sözleşmesi, mesafeli sözleşmelerin kapsamı dışında bırakılan sözleşmeler arasında yer almamaktadır.

Abonelik sözleşmesinin mesafeli olarak kurulabileceği 24.01.2015 tarihli Abonelik Sözleşmeler Yönetmeliği (ASY)’nde de yer almaktadır. Abonelik sözleşmesinin mesafeli olarak kurulabileceğini ifade eden 5. maddenin başlığı

⁷⁹ Öktem Çevik, Seda: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 346.

⁸⁰ Öktem Çevik-Abonelik, s. 348; Ayrancı, s. 216; Koca, s. 32.

“Sözleşmenin şekli” biçimindedir. Bu durumda TKHK ve ASY, abonelik sözleşmesinin yazılı veya mesafeli olarak kurulmasını sözleşmenin şekli olarak ele almıştır. Ancak sözleşmenin mesafeli olarak uzaktan iletişim araçları ile kurulması bir şekil şartı değildir⁸¹. Sözleşmenin mesafeli olarak kurulması, sözleşmenin nasıl kurulduğunu ifade etmektedir. Uzaktan iletişim araçları ile kurulan mesafeli sözleşmenin şekle tâbi olup olmadığı, sözleşmenin nasıl kurulduğundan daha farklı bir konuyu teşkil eder.

TKHK’da mesafeli sözleşmeye ilişkin herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu durumda mesafeli sözleşme açısından şekil özgürlüğü mevcuttur⁸². Ancak tarafları karşı karşıya getirerek mesafe unsurunu ortadan kaldıran bir şeklin varlığı halinde mesafeli sözleşmeden bahsedilemez. Ayrıca mesafeli sözleşme uzaktan iletişim araçlarıyla kurulan sözleşmeyi ifade ettiğinden bu sözleşmeyi geçerlilik şekline bağlamak, sözleşmenin yapısına uygun düşmez⁸³.

TKHK m. 52/2 ve ASY m. 5 ile abonelik sözleşmesinin kural olarak yazılı⁸⁴ şekil şartına tâbi tutulduğu anlatılmaktadır. Ancak uzaktan iletişim araçları kullanılarak akdedilen yani mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmelerinde yazılı şekil şartının aranmayacağı, ifade edilmek istenmektedir. Ayrıca kanun koyucu, ister yazılı şekle uygun yapılan ister mesafeli olarak kurulmasına rağmen şekil şartı olmadan kurulan abonelik sözleşmelerinde, sözleşme örneğinin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesini öngörerek tüketiciyi koruma yoluna gitmektedir. Gerek TKHK 52. maddede gerekse “Sözleşmenin şekli” başlığı altındaki ASY 5. maddede abonelik sözleşmesinin mesafeli olarak kurulmasına yer verilmesinin sebebi, sözleşmenin mesafeli olarak kurulmasının şekil şartı olması değildir. Esas sebep, mesafeli sözleşme olarak kurulan abonelik sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasa dahi TKHK’daki korumadan yararlanabilmesidir⁸⁵.

Kanımızca, TKHK m. 52/2’de ve ASY m. 5/1’de yer alan “yazılı veya mesafeli olarak kurulan sözleşme” ifadesinin “Abonelik sözleşmesi yazılı yapılmalıdır. Ancak mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmeleri yazılı

⁸¹ Öktem Çevik-Abonelik, s. 355.

⁸² Erten, s. 202.

⁸³ Yıldırım, s.138; Erten, s. 202.

⁸⁴ Tüketicinin taraf olduğu abonelik sözleşmelerinde yazılı şekil şartı geçerlilik şartı olarak kabul edilmektedir. Öktem Çevik-Abonelik, s. 350.

⁸⁵ Öktem Çevik, TKHK m. 52/2’de mesafeli sözleşme şeklinde kurulacağı ifadesi ile “mesafeli sözleşmelerin kurulmasına ilişkin şekil şartının abonelik sözleşmeleri için de geçerli olabileceğinin” anlatılmak istendiğini ifade etmektedir. Öktem Çevik-Abonelik, s. 355.

şekilde yapılmada dahi geçerlidir. Her iki durumda da sözleşmenin bir örneğinin kâğıt üzerine veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur” şeklinde anlaşılması ve ifade edilmesi gerekir.

TKHK’da abonelik sözleşmesinin mesafeli olarak kurulabileceğine ilişkin açıklamalardan sonra elektronik haberleşme sektöründe önemli bir yeri olan mobil telefon abonelik sözleşmelerinin⁸⁶, mesafeli olarak kurulup kurulamayacağını incelenmesi yerinde olacaktır. Elektronik Haberleşme Kanunu (EHK), elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin düzenlemeler içermektedir. EHK’nın 50. maddesi ise elektronik haberleşme hizmetlerini içeren abonelik sözleşmelerine ilişkin bir düzenlemedir. EHK m. 50’de abonelik sözleşmelerinin yazılı veya mesafeli sözleşme şeklinde kurulmasını belirten bir ifade yer almamaktadır. Elektronik haberleşme sektörüne dair düzenlemelerden bir diğeri Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği (EHSTHY)’dir. 28 Temmuz 2010 tarihli eski Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği’nin 14. maddesi elektronik haberleşme hizmetlerindeki abonelik sözleşmeleri için yazılı şekil şartı öngörmektedir. Eski EHSTHY’nin 14. Maddesi sadece yazılı şekil⁸⁷ şartından bahsetmekte, bunun haricinde bu sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak kurulabileceğine yer vermemektedir. EHK ve eski EHSTHY düzenlemeleri ile TKHK değerlendirildiğinde mobil telefon abonelik sözleşmelerine hangi hükmün uygulanması gerektiği tartışılmıştır⁸⁸. Elektronik haberleşme mevzuatının (EHK ve EHSTHY) mı yoksa sonraki genel tarihli TKHK’nın mı uygulanması gerektiği üzerinde durulmuştur. Ancak elektronik haberleşme mevzuatında bulunan yazılı şekil şartının yönetmelikte yer alması ve şekil şartının kanunla öngörülebileceği ifade edilerek bu tartışmanın gereksiz olduğu ifade edilmektedir. Buna göre biri kanun diğeri yönetmelik olması sebebiyle TKHK ile EHSTHY arasında özellik genellik ilişkisinden bahsedilemeyeceği belirtilmektedir. Böylece mobil telefon abonelik sözleşmelerinin mesafeli olarak kurulmasının TKHK

⁸⁶ Mobil telefon abonelik sözleşmesi, abonenin peşin veya belirli aralıklarla ücret ödemeyi taahhüt etmesi buna karşılık olarak mobil haberleşme hizmeti sunan GSM işletmecisinin mobil haberleşme hizmeti veya benzeri bir edimi, tekrarlanan edimler biçiminde yerine getirmesi üzerine anlaştıkları, tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir. Öktem Çevik, Seda: Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi, Beta, İstanbul 2008, s. 5; Açıkgöz, s. 59; Altaş, s. 164-165.

⁸⁷ Bu yönetmelikte öngörülen yazılı şekil hususunun ancak ispat aracı olarak değerlendirilebileceğini ifade edenler de yer almaktadır. bkz. Açıkgöz, s. 113

⁸⁸ Öktem Çevik-Abonelik, s. 354, dn. 41; İnceoğlu, Murat: “Telekomünikasyon Sektöründe Abonelik Sözleşmeleri”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Bilge Yayınevi, (Ed. Hakan Tokbaş-Fehim Üçışık), Ankara 2016, s. 203.

m. 52/2 uyarınca mümkün olduğu ifade edilmektedir⁸⁹. Kanaatimizce de, yönetmelik hükmünün şekil şartını düzenlemesinin mümkün olmamakla birlikte, tüketici lehine olan TKHK m. 52/2'nin uygulanması gereklidir.

Bahsedilen bu durum 2010 tarihli eski EHSTHY ile ilgiliyken, bu yönetmelik 28 Ekim 2017 tarihli EHSTHY'nın 27. maddesi ile yürürlükten kalkmıştır. 2017 tarihli EHSTHY'nin 7. maddesinde sözleşmenin yazılı olarak ele alınacağı açık bir şekilde belirtilmemekte, bunun yerine "...*tarafaların birbirine uygun karşılıklı rızası ile abonelik sözleşmesi yapılır. Abonelik sözleşmeleri, elle atılan imza ve güvenli elektronik imza ile yapılabilir*" ifadesine yer verilmektedir. Bu ifadeye ek olarak "*Sözleşmenin kuruluşu ve uygulanması sürecine ilişkin tüm tedbirlerin alınmasına yönelik sorumluluk işletmecide olmak şartıyla Kurum tarafından belirlenecek usuller ile elektronik ortamda abonelik sözleşmesi akdedilebilir*" ifadeleri kullanılmaktadır. Görülmektedir ki, 2017 tarihli yeni Yönetmelik, abonelik sözleşmesinin hem elle atılan imza ile hem de elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile yapılabileceğinin mümkün olduğunu düzenlemektedir. Bu durumda mobil telefon abonelik sözleşmeleri, güvenli elektronik imza kullanılması şartıyla elektronik ortamda mesafeli olarak kurulabilecektir.

Kanaatimizce, bu düzenleme ilk bakışta mobil telefon abonelik sözleşmelerinin mesafeli kurulması açısından olumlu bir gelişme gibi görünmektedir. Ancak TKHK m. 52/2 ve ASY gereğince mesafeli olarak kurulabilen abonelik sözleşmeleri açısından elektronik ortamda akdedilme ya da güvenli elektronik imza gibi bir sınır getirilmemekteyken, yeni Yönetmelik sadece elektronik ortamda ve güvenli elektronik imza ile abonelik sözleşmesinin yapılmasını öngörmektedir. 2017 tarihli EHSTHY'nin elektronik haberleşme sektöründeki abonelik sözleşmelerinin ve dolayısıyla mobil telefon abonelik sözleşmelerinin mesafeli olarak kurulmasını bu şekilde sınırlaması yerinde değildir. Zira bu sınırlamanın yönetmelikle değil kanunla yapılması gereklidir. Bu sebeple eski Yönetmelik bakımından savunduğumuz TKHK'nın 52/2. maddesinin uygulanması gerektiği, tarafımızca yeni Yönetmelik bakımından da savunulmaktadır.

Mesafeli olarak kurulabileceğini belirttiğimiz abonelik sözleşmeleri açısından önemli bir diğer husus, bu sözleşmeye TKHK'daki hangi

⁸⁹ İnceoğlu, s. 203; elektronik haberleşme alanındaki mevzuatın özel nitelikte olmasına karşın TKHK'nın tüketici yararına olan hükümlerinin mobil telefon abonelik sözleşmesi dâhil tüm abonelik sözleşmesine uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca ASY m.2/2'den TKHK'nın ilgili hükümler konusunda özel kanunları bertaraf etme amacı taşıdığı belirtilmektedir. Bu nedenle mobil telefon abonelik sözleşmelerinin TKHK m. 52/2 uyarınca mesafeli olarak kurulması mümkündür. bkz. Öktem Çevik-Abonelik, s. 354, dn. 41.

hükümlerin uygulanacağıdır. Mesafeli sözleşmelere TKHK m. 48 ve m. 49 uygulanacakken, abonelik sözleşmelerinde TKHK m. 52 uygulama alanı bulacaktır. Mesafeli sözleşmeler bakımından cayma hakkı, ön bilgilendirme yükümlülüğü gibi, abonelik sözleşmeleri için öngörülme farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Abonelik sözleşmelerinde ise mesafeli sözleşmelerden farklı olarak sözleşmede bulunması gereken zorunlu içerik, fesih hakkı gibi düzenlemeler yer almaktadır. Bu farklı düzenlemeler ise değişik soruları gündeme getirmektedir. Örneğin, mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmelerinde cayma hakkını kullanmak mümkün olabilecek midir? Mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmesinde, ASY'de m. 6'da belirtilen zorunlu içerik yer almalı mıdır?

Bu soruların cevabına ulaşabilmek için, düzenlemelerin tüketiciyi koruma sebeplerine değinmek gerekir. Mesafeli sözleşmelere ilişkin getirilen hükümler, tüketici aleyhine olması muhtemel bazı durumlara karşı koruma amacı gütmektedir. Bu durumlar sözleşmenin uzaktan iletişim araçlarıyla kurulması, tüketici ile satıcı/sağlayıcının karşı karşıya gelmemesi ve tüketicinin mal veya hizmeti inceleme fırsatı bulamadan sözleşme ilişkisine girmesi olarak sayılabilir.

Abonelik sözleşmelerinde, tüketici çoğunlukla özel kurum veya kamu kuruluşlarından mal veya hizmet edinmektedir. Tüketici ise bu kurum veya kuruluşlar karşısında örgütsel ve ekonomik yönden zayıf kalmaktadır⁹⁰. Tüketicinin karşısındakine göre korunma ihtiyacı gereğince, abonelik sözleşmelerine ilişkin hükümler TKHK'da yer almaktadır. Görülmektedir ki, mesafeli sözleşmelere ve abonelik sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerin tüketiciyi koruma amacı farklıdır. Düzenlemelerin her biri farklı bir açıdan tüketiciyi korumaktadır. Bu nedenle mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmelerine hem mesafeli sözleşmelere ilişkin olan TKHK m. 48 hem de abonelik sözleşmesine ilişkin olan TKHK m. 52 uygulanabilecektir. Bu durumda mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmelerinde, tüketici mesafeli sözleşmenin koruma hükümlerinden (cayma hakkı gibi) yararlanacak; ayrıca abonelik sözleşmeleri bakımından tüketiciyi korumak amacıyla getirilen hükümler de bu sözleşmede uygulama alanı bulacaktır.

Mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmelerinde, ASY m. 6'da belirtilen zorunlu içeriğin yer alması gerekmektedir⁹¹. Ayrıca sözleşmenin mesafeli olarak kurulmasından hareketle tüketici, cayma hakkını kullanma imkânına da sahip olacaktır. Abonelik sözleşmelerinde cayma hakkının

⁹⁰ Koca, s. 51; Ceylan, s. 852; Zevkliler/Özel, s. 362-363.

⁹¹ Öktem Çevik-Abonelik, s. 356.

kullanılabileceğinin kanıtı olarak MSY m. 15/1-f gösterilebilir. Buna göre; *“Abonelik sözleşmesi kapsamında sağlananlar dışında, gazete ve dergi gibi süreli yayınların teslimine ilişkin sözleşmeler”* tüketicinin cayma hakkını kullanamayacağı istisnalar içindedir. Bu hükümden de abonelik sözleşmesi kapsamında sağlanan gazete ve dergi gibi süreli yayınlar açısından cayma hakkının kullanılabileceği anlaşılmaktadır.

Mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmelerinde tüketicinin cayma hakkını kullanması açısından mal veya hizmetin sağlanması önem teşkil edecektir. Mal teslimini içeren sözleşmede cayma hakkı süresi kural olarak, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlayacakken, hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmede, bu sürenin başlangıcı sözleşmenin kurulduğu gündür (MSY m. 9/2). Ancak MSY m. 9/3'te *“Belirli bir süre boyunca malın düzenli tesliminin yapıldığı sözleşmelerde, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin ilk malı teslim aldığı gün”* düzenlemesine yer verilerek; mal teslimine ilişkin abonelik sözleşmeleri açısından sürenin başlangıcı belirtilmektedir.

Abonelik sözleşmesi gereğince ilk malın iletilmesi veya hizmetin sağlanması ile cayma hakkı kullanılmamışsa, belli aralıklarla iletilen diğer mal veya hizmetler açısından artık cayma hakkından bahsedilemeyecek olup, koşulları varsa sözleşmenin feshi yoluna gidilebilir.

Sonuç olarak, tüketicinin taraf olduğu abonelik sözleşmelerinin mesafeli olarak kurulabilmesi mümkündür. Diğer bir deyişle isimsiz bir sözleşme olan abonelik sözleşmesi, mesafeli sözleşmenin uygulama alanında olan sözleşme tiplerinden birisidir. Mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmesine tüketiciyi koruyan mesafeli sözleşme hükümlerinin yanı sıra, abonelik sözleşmesini düzenleyen TKHK 52. madde ve ASY hükümleri de uygulanacaktır.

SONUÇ

Mesafeli sözleşme, uzaktan iletişim araçlarının kullanıldığı, tüketici ile satıcı/sağlayıcının eş zamanlı fiziksel ortamda bulunmadığı, mutlaka uzaktan pazarlamaya ilişkin bir sistem çerçevesinde mal veya hizmetin sağlandığı tüketici sözleşmesidir. Tüketicilerin uzaktan iletişim araçları kullanarak, satıcı/sağlayıcı ile karşı karşıya gelmemeleri ve mal veya hizmeti görme, deneme imkândan yoksun olmaları, tüketici aleyhine sonuçlar doğurmaktadır. Ayrıca günümüzde internet, telefon vb. araçlar yoluyla kurulan sözleşme sayısı oldukça fazladır. Bu nedenle uzaktan iletişim araçları kullanılarak akdedilen mesafeli sözleşmeler, Tüketicinin Koruması Hakkındaki Kanun'un 48. maddesinde düzenlenmiş ve bu konuya ilişkin olarak Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği çıkarılmıştır.

Mesafeli sözleşme, bir sözleşme tipi olmayıp, sözleşmenin kurulma biçimini, nasıl akdedildiğini ifade etmektedir. Uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasıyla akdedilen bu sözleşme, çok çeşitli sözleşme tiplerinde yapılabilir.

Mesafeli sözleşmenin uygulama alanı, hangi sözleşme tiplerinin mesafeli olarak kurulabileceğini ifade etmektedir. Mesafeli sözleşme, sözleşmenin kurulma biçimini ifade ettiğinden uzaktan iletişim araçlarının kullanılması yoluyla kurulabilen tüm sözleşme tipleri, mesafeli olarak kurulabilir. Bu durumda mesafeli sözleşmenin uygulama alanına giren sözleşme tipleri oldukça geniştir.

Geniş bir uygulama alanına sahip mesafeli sözleşmenin kapsamında olan sözleşmeleri içeren bir düzenleme yapmak mümkün değildir. Zira mesafeli sözleşme isimli bir sözleşme olabileceği gibi sözleşme serbestisi gereğince isimsiz bir sözleşme de olabilir. Bu nedenle mesafeli sözleşmeye ilişkin düzenlemelerde, bu sözleşmenin kapsamını belirten bir düzenleme yer almamakta, aksine kapsam dışında bırakılan sözleşmelere yer veren düzenlemelere rastlanmaktadır.

Bir sözleşme tipinin mesafeli olarak kurulup kurulamayacağını belirlenmesi için ilk önce bu sözleşmenin, mesafeli sözleşme kapsamı dışında olup olmadığına bakmak gerekir. Kapsam dışında bırakılan sözleşmelerin bazıları bu konuya ilişkin daha özel düzenleme olduğu için, bazıları ise mesafeli sözleşme için aranan şartları sağlamadığından uygulama alanı dışında bırakılmıştır.

Günlük hayatta sıkça karşılaşılan ve mesafeli olarak da kurulabilen yaygın sözleşme tipi, satış sözleşmesidir. Satış sözleşmesinin uzaktan iletişim araçları kullanılarak, tüketici ile satıcının eş zamanlı fiziksel varlığı olmadan, uzaktan pazarlamaya ilişkin bir sistem çerçevesinde yapılması halinde, “*mesafeli satış sözleşmesi*”nden bahsedilir. Mesafeli satış sözleşmesi ile mesafe satımının farklı kavramlar olduğuna dikkat edilmesi gerekir. Mesafeli satış sözleşmesi, sözleşmenin nasıl kurulduğunu ifade etmektedir. Mesafe satımı ise satılanın ifa amacıyla başka bir yere gönderilmesini ifade eder ve sözleşmenin ifasına ilişkin aşamada karşımıza çıkar. Bu nedenle bu iki kavram, sözleşmenin farklı aşamalarında bulunmakta ve birbirlerinden farklı durumları ifade etmektedir.

Mesafeli sözleşme olarak kurulan sözleşme tipi, isimsiz bir sözleşme de olabilir. Mesafeli sözleşmenin isimsiz sözleşme tiplerinde de geçerli olması, mesafeli sözleşmenin uygulama alanının genişliğini göstermektedir. Mesafeli sözleşme olarak kurulabilecek isimsiz sözleşmeye örnek olarak abonelik

sözleşmesi gösterilebilir. TKHK m. 52/2’de abonelik sözleşmesinin mesafeli olarak kurulabileceği açıkça ifade edilmektedir. Ancak bu düzenlemede mesafeli sözleşme sanki bir şekil şartı gibi ele alınmaktadır. Mesafeli sözleşme şekil şartını ifade etmeyip, sözleşmenin kurulma biçimine ilişkindir. Mesafeli sözleşme, uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasını gerektirdiği için herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Bu nedenle TKHK m. 52/2’de geçen mesafeli sözleşme ifadesi buna göre ele alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akipek, Şebnem:** “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye’nin Uyumunu”, BATİDER, C.XXI, S.4, 2002, 45-66.
- Altaş, Hüseyin:** “Telekomünikasyon Alanındaki Abonelik Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s.157-167.
- Atamer, Yeşim:** “TKHK m. 9/A ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in AB Mevzuatı İle Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri”, BATİDER, C.XXIII S. 1, 2005, s. 177-199.
- Ayrancı, Hasan:** Enerji Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- Bozbel, Savaş:** “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler (97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma)”, AÜEHFD, C.VII, S.3-4, 2003/12, s.783-804.
- Bozbel, Savaş/ Atal, Murat:** “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, AÜEHFD, C.IX, S.1-2, 2005, s.451-474.
- Ceylan, Ebru:** Madde-52 Abonelik Sözleşmeleri, Milli Şerh (National Commentary), Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul 2016, s.849-880.
- Demir, Mehmet:** “Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı”, GÜHFD, C.VII, S. 1-2, Haziran-Aralık 2003, s.61-90.
- Demir, Mehmet:** Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004 (Demir-Mesafeli).
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2017.
- Erten, Alev:** Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2009.
- Gezder, Ümit:** Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, Beta, İstanbul 2004 (Gezder-İnternet).

- Gezder, Ümit:** Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler, Beta, İstanbul 2006 (Gezder-Şerh).
- Gezder, Ümit:** “Mesafeli Sözleşmelerde Bilgi Verme Yükümlülüğü”, 2.Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s.614-622 (Gezder-Bilgi Verme).
- Gezder, Ümit:** “Mesafeli Sözleşmeler”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.327-342 (Gezder-Konferans).
- İnal, Emrehan:** E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- İnceoğlu, Murat:** “Telekomünikasyon Sektöründe Abonelik Sözleşmeleri”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Bilge Yayınevi, (Ed. Hakan Tokbaş-Fehim Üçışık), Ankara 2016, s.202-221.
- Karakocalı, Ahmet/Kurşun, Ali Suphi:** Tüketici Hukuku, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul 2015.
- Koca, Güneş:** (Tüketicinin Korunması Açısından) Abonelik Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 4.Basıdan 7.Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Luzak, Joasia:** “Online Consumer Contrats”, ERA Forum (2014) 15: 381, <https://doi.org/10.1007/s12027-014-0356-x>, s.381-392.
- O’Sullivan, Peter:** “Does the New Consumer Rights Directive Enhance Consumer Confidence in the Online Market?”, 6 King's Inns Student Law Review 64 (2016), <https://heinonline.org> (Erişim tarihi: 04.06.2018), s.64-79.
- Öktem Çevik, Seda:** Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi, Beta, İstanbul 2008.
- Öktem Çevik, Seda:** “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.343-368 (Öktem Çevik-Abonelik).
- Özel, Çağlar:** Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999 (Özel-Geri Alma Hakkı).
- Özel, Çağlar:** Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara 2014 (Özel-Tüketici).
- Serozan, Rona:** Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, 2.Bası, İstanbul 2007.
- Sert Sütçü, Selin:** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Tokbaş, Hakan: Tüketici Hukuku İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul 2015.

Topaloğlu, Mustafa: “Mesafeli Sözleşmeler”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.3, 2016, s.13-50.

Topaloğlu, Mustafa: Madde-48 Mesafeli Sözleşmeler, Milli Şerh (National Commentary), Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul 2016, s.759-794 (Topaloğlu-Şerh).

Uzun Kazmacı, Özge: “İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, , Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C.III, Özel Sayı, MÜHFHAD, C.22, S.3, 2016, s.2791-2818.

Yıldırım, Abdülkerim: ““Mesafe Satımı” İle “Mesafeli Satım” Kavramları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, GÜHFD, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 127-152 (Yıldırım-Mesafe Satımı).

Yıldırım, Abdülkerim: Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.

Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2004.

Zevkliler, Aydın/Özel, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

The European Union (Consumer Information, Cancellation And Other Rights) Regulations 2013, Guidance Note, June 2014, <https://dbei.gov.ie/en/Legislation/Legislation-Files/Guidance-Note-on-the-European-Union-Consumer-Information-Cancellation-and-Other-Rights-Regulations-2013.pdf>