

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI:
ÖN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE
CAYMA HAKKI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ata SITKI

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ayşe Tuba AKÇURA KARAMAN

EYLÜL 2022

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI:
ÖN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE
CAYMA HAKKI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ata SITKI

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ayşe Tuba AKÇURA KARAMAN

EYLÜL 2022

ÖNSÖZ

“Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Cayma Hakkı” başlıklı bu tez çalışması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı çerçevesinde hazırlanmıştır. Bu çalışmanın oluşturulmasında yardımlarını ve yönlendirmelerini benimle paylaşan ve bana karşı her daim anlayışla yaklaşan tez danışmanım Sayın Doç. Dr. Ayşe Tuba Akçura Karaman’a en içten ve samimi dileklerle teşekkür ederim.

Ayrıca, bu yüksek lisans tez çalışmasının sunumu ve savunması ile ilgili olarak, sınav jürisinde yer almayı kabul eden ve değerli geri dönüşlerini benimle paylaşan Sayın Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İşleten’e ve Sayın Dr. Öğr. Üyesi Pelin Işıntan’a teşekkürlerimi ayrı ayrı sunarım.

Benden desteğini hiçbir zaman esirgemeyen ve yanımda olan annem Güler Sıtkı’ya, sadece bu tez çalışmasının oluşturulması sürecinde değil; almış olduğum tüm hukuk eğitimi boyunca benimle etkin bilgilerini ve mesleki deneyimlerini paylaşan babam Av. Ahmet Muhtar Sıtkı’ya teşekkür ederim. Ayrıca, bu tez çalışmasını hazırladığım süre boyunca, manevi desteğini esirgemeyen bütün arkadaşlarıma teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	viii
RÉSUMÉ	x
ABSTRACT	xv
ÖZET	xix
GİRİŞ	24
BİRİNCİ BÖLÜM: MESAFELİ SÖZLEŞMELER	26
I- Genel Olarak	26
II- Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Düzenlemelerin Gelişimi	34
III- Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Düzenlemeler	38
A. Türk Hukukunda.....	38
B. Avrupa Birliği Hukukunda	40
IV- Tanım ve Unsurları	43
A. Tanım.....	43
B. Ayırt Edici Unsurları	44
1- Bir Tarafın Tüketici Diğer Tarafın Satıcı veya Sağlayıcı Olması	45
a- Ticari veya Mesleki Olmayan Amaç.....	46
b- Tüzel Kişilerin Tüketici Sıfatı.....	50
2- Sözleşme Taraflarının Eş Zamanlı Fiziksel Varlığının Olmaması	52
3- Uzaktan İletişim Araçlarının Varlığı	54
4- Mal ve Hizmetlerin Uzaktan Pazarlanmasına Yönelik Oluşturulmuş Bir Sistem Çerçevesinde Gerçekleştirilmesi	57
5- Mal veya Hizmet Teminine İlişkin Olması.....	62
6- Anlaşma ve İvaz.....	63
V- Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı – Uygulama Alanı.....	64
A. Genel Olarak.....	64
B. MSY Uyarınca Kapsam Dışı Bırakılan Sözleşmeler	67
VI- Mesafeli Sözleşmelerin Benzer Diğer Sözleşmelerden Farkı	72
A. Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmelerden Farkı.....	72

B.	İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelerden Farkı.....	73
C.	Mesafeli Satım Kavramından Farkı	75
D.	Beğenme Koşuluyla Satış Kavramından Farkı.....	78
VII-	Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması.....	81
A.	Öneri - Kabul.....	81
B.	İnternet Üzerinden Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması	84
1-	Genel Olarak	84
2-	TKHK m. 6/1 Hükmüne Göre İnternet Sitesinde Mal Sergilenmesi	87
C.	Mesafeli Sözleşmenin Şekli	89
İKİNCİ BÖLÜM: MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN ÖN BİLGİLENDİRME İLE KORUNMASI.....		93
I-	Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü İle Tüketicinin Korunmasındaki Amaç.....	93
II-	Ön Bilgilendirme Yükümlülüğünün Kapsamı	97
A.	Genel Olarak.....	97
B.	MSY m. 5’de Düzenlenen Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü Kapsamı	98
C.	MSY m. 5/1 Altında Düzenlenen Cayma Hakkına İlişkin Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve THD m. 6’dan Farklılıkları	102
1-	Genel Olarak	102
2-	MSY m. 5/1 Hükmü Çerçevesinde Cayma Hakkına İlişkin Ön Bilgilendirme	103
D.	MSY m. 5 Hükmünün Mülga MSDY m. 5 ile Karşılaştırılması.....	108
E.	MSY m. 6 Uyarınca Belirli Uzaktan İletişim Araçları ile Kurulan Mesafeli Sözleşmelere Özgü Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü	110
1-	İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Ek Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü (MSY m. 6/2)	110
2-	Ön Bilgilendirmenin Yöntemi ile İlgili Olarak Sesli İletişim Araçlarıyla Kurulan Mesafeli Sözleşmelere Özgü Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü (MSY m. 6/3)	114
3-	Siparişe İlişkin Bilgilerin Sınırlı Alanda ya da Zamanda Sunulduğu Bir Ortam Yoluyla (MSY m. 6/4) Mesafeli Sözleşmenin Kurulması Halinde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü	116
4-	MSY m. 6/3 veya MSY m. 6/4 Kapsamındaki Mesafeli Sözleşmelerin Anında İfa Edilen Hizmet Satışlarına İlişkin Olması Halinde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü (MSY m. 6/5)	117
F.	MSY m. 8’de Düzenlenen Ön Bilgilendirmeye İlişkin Diğer Yükümlülükler	119
III-	Ön Bilgilendirmenin Yapılma Zamanı	120
IV-	Ön Bilgilendirmenin Şekli, Yöntemi ve İspat Yükü	124
A.	Ön Bilgilendirmenin Yöntemi ve Şekli	125
B.	Tüketici Hakları Direktifi’nde Ön Bilgilendirmenin Şekli ve Yöntemi....	130
C.	Ön Bilgilendirmenin Yapıldığıının İspat Yükü	132

V-	Ön Bilgilendirmenin Yapılması ile Verilen Bilgilerin Mesafeli Sözleşme Hükümlerinden Olması – Tarafları Bağlayıcılığı	132
VI-	Ön Bilgilendirmenin Gerekliği Gibi Yapılmamasının Sonuçları	133
A.	Genel Olarak	133
B.	Tüketicinin Ek Maliyetlerden Sorumlu Olmasına İlişkin Ön Bilgilendirmenin Yapılmaması	137
C.	Cayma Hakkına İlişkin Hususlarda Ön Bilgilendirmenin Yapılmaması ..	138
VII-	Ön Bilgilendirmenin Teyidi ve Teyidin Yapılmamasının Sonuçları	140
A.	Ön Bilgilendirmenin Teyidi	140
1-	Genel Olarak	140
2-	Sesli İletişim Yoluyla veya Siparişe İlişkin Bilgilerin Kısıtlı Alan ya da Zaman İçerisinde Sunulduğu Ortamlar Yoluyla Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Teyidin Hangi Yöntem İle Alınması Gerekliği	143
3-	İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Teyidin Alınması	146
B.	Ön Bilgilendirmenin Teyidinin Yapılmamasının Sonuçları	148
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKI VE KORUNMASI		155
I-	Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı	155
A.	Tüketicinin Cayma Hakkı Tanınmasının Nedeni ve Amacı	155
B.	Cayma Hakkının Hukuki Niteliği	158
1-	Genel Olarak	158
2-	Hakkın Nitelendirmesine İlişkin Farklı Görüşler	159
a-	Geri Alma Hakkı Olduğunu İleri Süren Öğreti Görüşü	159
b-	Cayma Hakkı Tabirinin Kullanılması Gerekliğini İleri Süren Öğreti Görüşü ..	162
c-	Aynı Etkili Dönme Hakkı Olarak Nitelendiren Öğreti Görüşü	163
3-	Emredici Nitelikte Olması	167
II-	Tüketicinin Cayma Hakkının Kullanması	169
A.	Cayma Hakkının Kullanılmasının Bir Sebebe Bağlı Olmaması	169
B.	On Dört Günlük Süre	170
1-	Mal Teslimine İlişkin Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı Süresinin Başlaması	172
2-	Hizmet İfasına İlişkin Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı Süresinin Başlaması	177
3-	Mesafeli Sözleşmenin Hem Mal Teslimine Hem de Hizmet İfasına İlişkin Olması Hali	178
4-	Cayma Hakkına İlişkin Bilgilendirmenin Yapılmaması Halinde On Dört Günlük Cayma Hakkı Kullanım Süresinin Uzaması	180
C.	Cayma Beyanının Şekli	183
1-	Genel Olarak	183

2-	Cayma Hakkının Kullanımına İlişkin İspat Yüğü	192
III-	Cayma Hakkının Kullanılmasının Tüketici Açısından Sonuçları	192
A.	Tüketicinin Mal İade Yüğümlülüğü	193
B.	Mutat Kullanım Kavramı ve Tüketicinin Mutat Kullanımı Aşan Kullanımdan Kaynaklanan Sorumluluğı	196
1-	Mutat Kullanım Kavramı ve Mutat Kullanımı Aşan Haller	200
2-	Malda Değer Azalması Olması	206
3-	Tüketicinin Mutat Kullanımı Aşan Hallerde Sorumlu Olabileceğine Yönelik Ön Bilgilendirmenin Yapılmış Olması	208
4-	İspat Yüğü	210
C.	THD m. 14/3 Hükmü Uyarınca Hizmet Ediminin İfasına Başladıktan Sonra Cayma Hakkının Kullanılması Halinde Tüketicinin, İfa Edilmiş Kısım ile Ölçülü Tazminat Ödeme Yüğümlülüğü	210
IV-	Cayma Hakkının Kullanılmasının Satıcı/Sağlayıcı Açısından Sonuçları	213
A.	Satıcının/Sağlayıcının Bedel İade Yüğümlülüğü	214
B.	Satıcının Malın İadesi Masraflarına Katlanması	219
C.	Satıcının Malı İade Almadan Kaçınmama Yüğümlülüğü	221
V-	Tarafların Karşılıklı İade Borçlarını Yerine Getirmesinde Öncelik	222
VI-	Cayma Hakkı Kullanılmasının Yan Sözleşmelere Etkisi	225
VII-	Cayma Hakkının Tanınmadığı Mesafeli Sözleşmeler	228
A.	Tüketicinin Onayı İle İfasına Başlanmış Hizmete İlişkin Mesafeli Sözleşmeler	230
1-	THD m. 16/1 (a) Kapsamında Cayma Hakkı Süresi İçerisinde Hizmet İfası Tamamen Yerine Getirilmiş Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı İstisnası	231
2-	MSY m. 15/1 (h) Kapsamında Cayma Hakkı Süresi İçerisinde Hizmet İfasına Başlanmış Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı İstisnası	232
B.	MSY m. 15 ve THD m. 16'da Düzenlenen Diğer Cayma Hakkı İstisnası Halleri	235
1-	Fiyatı Finansal Piyasalardaki Dalgalanmalara Göre Değişen ve Satıcının/Sağlayıcının Kontrolünde Olmayan Mal veya Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler	235
2-	Tüketicinin İstekleri veya Kişisel İhtiyaçları Doğrultusunda Hazırlanan Mallara İlişkin Sözleşmeler	237
3-	Çabuk Bozulabilen veya Son Kullanma Tarihi Geçebilecek Mallara İlişkin Mesafeli Sözleşmeler	238
4-	Malın Koruyucu Unsurlarının Teslimden Sonra Açılmasıyla İadesi Sağlık veya Hijyen Açısından Uygun Olmayan Mallara İlişkin Mesafeli Sözleşmeler 239	
5-	Tesliminden Sonra Başka Ürünlerle Karışan ve Doğası Gereği Ayrıştırılması Mümkün Olmayan Mallara İlişkin Sözleşmeler	240

6- Koruyucu Unsurları Açılmış Olması Halinde Maddi Ortamda Sunulan Kitap, Dijital İçerik ve Bilgisayar Sarf Malzemelerine İlişkin Mesafeli Sözleşmeler	240
7- Abonelik Sözleşmesi Kapsamında Sağlananlar Dışında Süreli Yayınların Teslimine İlişkin Sözleşmeler	243
8- Belirli Bir Tarihte veya Dönemde Yapılması Gereken Konaklama, Eşya Taşıma, Araba Kiralama, Yiyecek İçecek Tedariki ve Eğlence ya da Dinlenme Amacıyla Yapılan Boş Zamanın Değerlendirilmesine İlişkin Sözleşmeler.....	245
9- Elektronik Ortamda Anında İfa Edilen Hizmetler veya Tüketicie Anında Teslim Edilen Gayri Maddi Mallara İlişkin Sözleşmeler	247
10- THD m. 16’da Düzenlenen ve Ancak MSY m. 15’de Yer Almayan Diğer Cayma Hakkı İstisnaları	249
SONUÇ	251
KAYNAKÇA	264
ÖZGEÇMİŞ	272

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
A.g.e.	: Adı Geçen Eser
Antlaşma	: Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma
Art.	: Article
Birlik	: Avrupa Birliği
Bknz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
eBK	: 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu
Ed.	: Editör
eTKHK	: 4077 sayılı Eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
FHMSY	: Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği
HD	: Hukuk Dairesi (Yargıtay)
HGK	: Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay)
K.	: Karar
Komisyon	: Avrupa Komisyonu
Konsey	: Avrupa Konseyi
MSEHY	: 13 Haziran 2003 tarihli ve 25137 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

MSD	: 4 Haziran 1997 tarihli ve L 144 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlanan 97/7/EC sayılı mülga Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Direktif
MSDY	: 6 Mart 2011 tarihli ve 27866 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan mülga Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik
MSY	: 24 Kasım 2014 tarihli ve 29188 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği
P.	: Paragraf
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
THD	: 22.11.2011 tarihli ve L 304/64 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazete'de yayımlanan 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

RÉSUMÉ

Les contrats à distance sont des contrats de consommation onéreux entre le consommateur et le professionnel qui sont conclus avec ou par des systèmes de vente à distance (ou systèmes) sans la présence physique simultanée et mutuelle des parties, avec l'utilisation exclusive d'une ou plusieurs techniques de communication à distance, tant pendant le processus de négociation qu'au moment de la conclusion effective du contrat de consommation. En conséquence, les contrats à distance se réfèrent à une manière de conclure des contrats, et non à un type particulier de contrats de consommation concernant leur contenu ou leur objet. Cette définition vaut tant pour le droit turc que pour le droit communautaire. Avec les contrats à distance, le consommateur peut obtenir les biens ou services dont il a besoin ou envie, sans avoir à se rendre physiquement dans l'entreprise du professionnel ou à quitter son domicile, grâce à des outils de communication à distance tels que le téléphone, l'ordinateur, le courrier électronique ou les applications pour Smartphone. Cela apporte un confort aux consommateurs qui ont besoin de consommer tous les jours. Désormais, les consommateurs peuvent conclure divers contrats de manière rapide et efficace. Néanmoins, cela entraîne également certains risques pour le consommateur. Le fait que les consommateurs puissent conclure des contrats à distance en utilisant des moyens de communication à distance sans avoir à se rendre dans les locaux commerciaux d'un professionnel signifie également qu'ils concluent le contrat sans avoir la possibilité d'inspecter ou d'expérimenter l'objet du contrat avec leurs cinq sens et de recueillir suffisamment d'informations sur le contrat lui-même, d'évaluer la valeur réelle du contrat et de le comparer à d'autres. Cela conduit à une situation où le consommateur conclut des contrats à distance uniquement sur la base des informations qui lui sont fournies par le professionnel. D'autre part, il est fort possible que les professionnels s'abstiennent de divulguer certaines informations ou ne fournissent que certains types d'informations afin d'augmenter leurs ventes. En outre, en raison de l'absence d'existence physique simultanée des uns et des autres, le consommateur peut ne pas être en mesure de recueillir des informations sur le professionnel lui-même. Il faut également tenir compte du fait qu'en vertu de la loi sur la protection des consommateurs, les consommateurs sont déjà plus faibles que les professionnels, ce qui signifie que le consommateur conclut des contrats à distance uniquement sur la base des informations fournies par le professionnel, qui est la partie la plus forte du marché. Par conséquent, une asymétrie informationnelle se produit lorsque les consommateurs concluent des contrats à distance. Par conséquent, il est nécessaire de protéger le consommateur qui est partie aux contrats à distance, car il n'a pas la possibilité de recueillir correctement des informations et de se rendre compte de la valeur réelle des biens ou des services, alors qu'il a la possibilité de conclure rapidement des contrats. L'objectif est de maintenir cette protection en fournissant au consommateur des informations précontractuelles sur le contrat et en lui accordant un droit de rétractation. En imposant au professionnel l'obligation de fournir des informations précontractuelles, on vise à protéger les consommateurs avant même qu'ils n'assument une quelconque obligation

contractuelle, tandis que le droit de rétractation est une mesure de protection post-contractuelle. Par conséquent, il apparaît que ces deux concepts juridiques sont complémentaires l'un de l'autre lorsqu'il s'agit de la protection des consommateurs.

En général, l'acte juridique source du "Code de protection du consommateur numéroté 6502 (CPL)", qui est l'acte juridique principal concernant la protection du consommateur en Turquie, est les règlements et directives pertinents de l'Union européenne. En conséquence, l'art. 48 de la CPL et le "Règlement sur les contrats à distance (DCR)" sont deux sources juridiques primaires en droit turc concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, qui ont été promulgués sous l'influence de la "Directive sur les droits des consommateurs numérotée 2011/83/EU (CRD)" de l'UE. Il existe une grande similitude entre ces deux actes juridiques, bien que certaines différences puissent également être facilement détectées. Il est largement admis que la CRD est une directive dans laquelle le régulateur de l'UE a choisi une approche d'"harmonisation maximale", car la CRD a été promulguée sur la base de l'art. 114 du Traité sur le fonctionnement de l'UE. Dans ce cadre, bien que l'objectif principal de notre étude soit d'examiner la protection du consommateur dans les contrats de consommation par le biais de l'obligation d'information précontractuelle et du droit de rétractation, étant donné que la CRD est une directive d'harmonisation maximale et que la CPL a transposé la CRD, les règles établies en vertu de la CRD sont également examinées, de temps à autre, lorsque cela est nécessaire, afin d'expliquer et de développer la portée de la protection du consommateur en droit turc.

L'Art. 48 de la CPL précise les éléments d'un contrat qui seront considérés comme relevant de la notion de contrat à distance. Selon l'art. 48 de la CPL, les éléments des contrats à distance sont les suivants : (i) un contrat entre un consommateur, qui peut être à la fois une personne physique ou morale par opposition à la définition donnée par la CRD, et un professionnel, (ii) l'utilisation d'une technique de communication à distance, (iii) l'existence d'un système de commercialisation et/ou de vente à distance de biens ou de services qui est utilisé à la fois pour négocier et conclure le contrat, (iv) l'absence de présence physique simultanée des parties, tout au long du processus de négociation et de marchandage du contrat à distance, et (v) l'objet du contrat doit être la vente de biens ou la fourniture de services.

Le concept de contrat à distance est lié à la méthode d'établissement des contrats. Par conséquent, qu'ils soient typiques ou atypiques, de nombreux contrats peuvent être considérés comme des contrats à distance. L'art. 2/2 du DCR et l'art. 3/3 de la CRD précisent les types de contrats qui ne peuvent pas être conclus à distance. En outre, certains types de contrats ne peuvent pas être conclus à distance en raison de leur nature. Il s'agit notamment des contrats qui doivent être finalisés devant des officiers publics puisqu'ils nécessitent la présence physique simultanée des parties au moment de la conclusion.

L'obligation d'information précontractuelle vise à aider le consommateur à établir le contrat à distance de manière rationnelle et saine en éliminant les risques et les dangers découlant de l'asymétrie informationnelle à laquelle le consommateur est exposé, ou du moins en limitant son impact de manière aussi raisonnable que possible. Seul le consommateur, suffisamment informé et éclairé sur les termes du contrat, sera en mesure d'agir rationnellement. L'information précontractuelle vise

également à créer un environnement virtuel, comme si le consommateur se rendait sur le lieu d'activité du professionnel pour acheter les biens ou les services.

La compréhensibilité et la lisibilité de la méthode utilisée par le professionnel pour fournir des informations précontractuelles au consommateur doivent être évaluées en tenant compte du consommateur moyen. En outre, pour que les informations précontractuelles fournies au consommateur soient considérées comme claires, simples et lisibles, il est important que le consommateur ne reçoive pas plus d'informations que nécessaire. Dans le cas contraire, plutôt que de protéger le consommateur, l'obligation d'information précontractuelle perd son objectif.

En droit turc, en règle générale, l'obligation d'information précontractuelle doit être remplie avant la conclusion du contrat à distance. Toutefois, le professionnel n'est pas tenu de remplir cette obligation pour un certain temps ou un temps raisonnable à l'avance. Par conséquent, il semble suffisant, même si le professionnel informe le consommateur juste avant la conclusion du contrat.

Toutefois, dans certains cas, en raison de la nature de la technique de communication à distance utilisée pour conclure le contrat à distance, il est permis de remplir l'obligation d'information préalable même après la conclusion du contrat, sur la base du fait que certaines informations stipulées à l'art. 5/1 du DCR (Art. 6/1 du CRD) ont été fournies au consommateur avant la conclusion du contrat à distance. Ces cas sont énoncés aux art. 6/3 et Art. 6/4 du DCR. Un ordre d'importance a été créé pour certains types de distance, tels que les contrats conclus par une technique de communication à distance qui ne permet qu'un espace ou un temps limité pour afficher les informations. Par conséquent, les types d'information mentionnés aux art. 6/3 et 6/4 du DCR sont considérés comme suffisants pour éclairer le consommateur et lui permettre de prendre des décisions rationnelles et saines.

En droit turc, le manquement à l'obligation d'information n'affecte pas la validité de la distance conformément à l'art. 4/1 de la LPC. En outre, aucune sanction n'est prévue pour ce manquement, ni en vertu de l'art. 48 de la LPC, de la DCR et de la CRD. Par conséquent, le non-respect de l'information précontractuelle dans les contrats à distance n'affecte pas directement la validité du contrat. Ceci étant, certaines clauses des contrats à distance conclus sans obligation d'information précontractuelle peuvent être considérées comme des clauses abusives dans le cadre de l'art. 5 de la LPC. Dans ce cas, le consommateur peut invoquer la nullité du contrat à distance, si les autres conditions requises par l'art. 5 de la LPC sont également présentes, en faisant valoir que sa décision est affectée lors de la conclusion du contrat. En vertu de l'art. 7/1 de la DCR, le professionnel doit obtenir la confirmation du consommateur que l'information précontractuelle est remplie, un concept qui n'est pas établi par la CRD. Si cette confirmation n'est pas obtenue, il sera considéré que le contrat n'a jamais été conclu en premier lieu.

Outre l'information du consommateur sur ses obligations précontractuelles dans les contrats à distance, un autre concept important qui protège le consommateur est le droit de rétractation. En accordant le droit de rétractation au consommateur dans les contrats à distance, le consommateur, qui devrait normalement être lié par les termes et conditions du contrat établis par le principe de *pacta sunt servanda*, est autorisé à se débarrasser de ses obligations contractuelles sans aucune raison. En matière de contrats à distance, le droit de rétractation est reconnu puisque le

consommateur n'a pas la possibilité d'examiner, de réviser et de déterminer la valeur réelle des biens ou des services faisant l'objet du contrat avant de conclure le contrat à distance. En effet, en accordant le droit de rétractation, tout comme dans l'obligation d'information précontractuelle, on vise à rapprocher les positions du consommateur qui conclut le contrat à distance du consommateur qui se rend effectivement au magasin.

Le droit de rétractation est un droit formateur qui met fin aux contrats à distance de manière réciproque. Le droit de rétractation est accordé au consommateur afin d'éviter les conséquences découlant de la nature du contrat à distance à l'encontre du consommateur, ce qui perturbe la loyauté et l'égalité du contrat, portant atteinte au principe de *pacta sunt servanda*. Cette approche devrait limiter proportionnellement la notion de droit de rétractation. Le droit de rétractation ne doit pas être interprété d'une manière qui place le consommateur qui établit les contrats à distance dans une meilleure position que le consommateur qui se rend physiquement au magasin. Pour cette raison, l'exercice du droit n'est possible que pour de courtes périodes. En vertu de l'art. 48 de la LPC et de l'art. 9 de la CRD, le consommateur doit exercer son droit de rétractation dans les quatorze jours.

En outre, selon l'art. 9 de la DCR et l'art. 9/2 de la CRD, le délai de rétractation de quatorze jours pour les contrats à distance concernant la livraison de biens commence à courir à partir de la livraison des biens ; pour les contrats à distance concernant la fourniture de services, il commence à courir à partir de l'établissement du contrat. Le consommateur peut exercer son droit de rétractation avant la livraison des biens.

Avec l'exercice du droit de rétractation, les parties contractantes ont une obligation mutuelle de restitution. Selon l'art. 12 du DCR, le professionnel doit restituer tous les paiements reçus du consommateur, y compris les frais de renvoi des biens, dans les quatorze jours suivant la date à laquelle le professionnel est informé de la rétractation ; au contraire, selon l'art. 13 du DCR, le consommateur est tenu de renvoyer les biens au professionnel dans les dix jours suivant l'envoi par le consommateur de la notification de rétractation au professionnel. Les dispositions des articles 12 et 13 de la DCR qui établissent l'étendue de l'obligation de restitution du professionnel diffèrent partiellement des art. 13 et 14 de la DCR. En vertu de l'art. 14/1 de la CRD, à moins que le professionnel n'ait proposé de récupérer lui-même les biens, le consommateur est responsable des frais de renvoi des biens ; tandis que selon l'art. 12/3 de la DCR, en règle générale, le professionnel est responsable des frais de renvoi des biens.

Conformément aux articles 13/2 et 14/2 du RDC, si le consommateur a utilisé les biens d'une manière dépassant l'usage habituel des biens pendant la période du droit de rétractation et que, par conséquent, la valeur des biens a diminué, le consommateur est obligé de compenser cela. Toutefois, pour que cette responsabilité naisse, le consommateur doit avoir été informé au préalable à cet égard. Ce qu'il faut entendre par usage habituel, ce sont les actions de révision et d'examen que le consommateur peut effectuer pour comprendre le fonctionnement et les caractéristiques techniques des biens, comme si les biens étaient achetés en allant au magasin.

Bien que le droit de rétractation soit l'institution la plus importante qui protège le consommateur dans les contrats à distance, accorder le droit de rétractation au consommateur pour chaque contrat à distance ne sert pas son objectif. Pour ces raisons, dans le cadre de l'art. 15 DCR et de l'art. 16 CRD, les cas où le consommateur ne se voit pas accorder le droit de rétractation sont clairement énoncés.



ABSTRACT

Distance contracts are onerous consumer contracts between consumer and trader that are concluded with or through distance selling schemes (or systems) without the simultaneous and mutual physical presence of the parties, with the exclusive use of one or more means of distance communication, both during the negotiation process and including the time at which the consumer contract is actually concluded. In accordance with this, distance contracts refer to a way to conclude contracts; and not to a special type of consumer contracts concerning their content or subject. This definition stands for both Turkish law and EU law. With distance contracts, the consumer can obtain the goods or services they need or want, without having to physically go to the trader's business or leave their home, via distance communication tools such as telephone, computer, e-mail, or smartphone applications. This brings comfort to consumers who are in need of consuming every day. Now, consumers can conclude a variety of contracts rapidly and efficiently. Nevertheless, this also causes some risks to the consumer. The fact that consumers can conclude contracts within distance by using means of distance communication without having the necessity to visit a trader's business places also means that concluding the contract without having the opportunity to inspect or experience the subject of the contract with five senses and gather enough information about the contract itself, assess the actual value of the contract and compare it with others. This leads to a situation where consumer concludes distance contracts only with the information provided to them by the trader. On the other hand, it is highly possible that traders may refrain from disclosing certain information or provide only specific types of information in order to increase sales. Additionally, due to not having simultaneous physical existence with each other, the consumer may not be able to collect information about the trader itself. One must also consider that, as a general acceptance of consumer protection law, the consumers are already weaker compared to traders, meaning the consumer concludes distance contracts only with the information provided by the trader, who is the stronger party of the bargain. Therefore, informational asymmetry occurs while consumers conclude distance contracts. As a result, it is necessary to protect the consumer who is a party to the distance contracts since the consumer does not have the opportunities to gather information properly and realize the actual value of the goods or services while, in contrast, having the opportunity to conclude contracts quickly. Such protection is aimed to be sustained via providing pre-contractual information about the contract to the consumer and the right of withdrawal. By putting the trader under the obligation to provide pre-contractual information, consumers are aimed to be protected even before the consumers undertake any contractual obligation; while on the other hand, the right of withdrawal is a post-contract protection measure. Therefore, it appears that these two legal concepts are complementary to each other when it comes to consumer protection.

Generally, the source legal act of "the Code regarding Consumer Protection numbered 6502 (CPL)," which is the primary legal act regarding the protection of the consumer in Türkiye, is the relevant regulations and directives of the European Union. Accordingly, art. 48 of the CPL and "Distance Contracts Regulation (DCR)" are two primary legal sources under Turkish law regarding consumer protection on distance contracts, which were enacted under the influence of the EU's "Consumer Rights Directive numbered 2011/83/EU (CRD)". There is a significant similarity between these two legal acts, although some differences can also be easily detected. It is widely accepted that the CRD is a directive in which the regulator of the EU chose "*maximum harmonization*" approach, as CRD was enacted based on the art. 114 of the Treaty on the Functioning of the EU. In this framework, although the main focus of our study is to examine the protection of the consumer on consumer contracts via pre-contractual information obligation and right of withdrawal, due to the fact the CRD is a *maximum harmonization* directive and the CPL transposed the CRD, rules established under the CRD are also examined, from time to time, where it is necessary, in order to explain and develop the scope of consumer protection under Turkish law.

Art. 48 of the CPL specifies the elements of a contract that will be considered within the concept of distance contract. According to the art. 48 of CPL, elements of distance contracts are as follows: (i) a contract between consumer, which may be both natural or legal person as opposed to the definition given under CRD, and trader, (ii) the use of means of distance communication, (iii) the existence of a system for the distance marketing and/or selling of goods or services that is used to both negotiate and conclude the contract, (iv) the lack of simultaneous physical presence of the parties, through the time, including the negotiation and bargaining process of the distance contract, and (v) the subject of the contract must be about the sale of goods or supplying of services.

The concept of distance contracts is related to the method of establishing contracts. Therefore, typical or atypical, many contracts can be considered distance contracts. Art. 2/2 of DCR and art. 3/3 of CRD states the types of contracts that cannot be concluded as distance contracts. Furthermore, some types of contracts cannot be concluded at a distance due to their nature. This includes contracts that need to be finalized before public officers since it requires parties' simultaneous physical presence at the time of conclusion.

The pre-contractual information obligation aims to help the consumer to establish the distance contract in a rational and healthy manner by eliminating the risks and dangers arising from the informational asymmetry to which the consumer is exposed, or at least limiting its impact as reasonably as possible. Only the consumer, who is sufficiently informed and enlightened about the terms of the contract, will be able to act rationally. With pre-contractual information, it is also aimed to create a virtual environment, as if the consumer goes to the business place of the trader to purchase the goods or services.

The comprehensibility and readability of the method used by the trader while providing pre-contractual information to the consumer should be evaluated by taking the average consumer into consideration. In addition to this, in order for the pre-contractual information provided to the consumer to be considered clear, simple, and

readable, it is important that the consumer is not provided with more information than necessary. Otherwise, rather than protecting the consumer, it defeats the purpose of pre-contractual information obligation.

Under Turkish law, as a rule, the pre-contractual information obligation must be fulfilled before the conclusion of the distance contract. However, the trader is not obliged to fulfil responsibility for a certain or a reasonable time in advance. Therefore, it seems enough, even if the trader informs the consumer right before the conclusion of the contract.

However, in some cases, due to the nature of the means of distance communication used to conclude the distance contract; it is permitted to complete the preliminary information obligation even after the conclusion of the contract, on the basis that certain information stipulated in art. 5/1 of the DCR (Art. 6/1 of the CRD) has been provided to the consumer before the conclusion of the distance contract. These cases are set forth in art. 6/3 and Art. 6/4 of the DCR. An order of importance has been created for some types of distance, such as contracts concluded through a means of distance communication which allows limited space or time to display the information. Therefore, the types of information mentioned under art. 6/3 and 6/4 of the DCR are deemed sufficient for enlightening the consumer to make rational and healthy decisions.

Under Turkish law, failure to fulfil the informational obligation does not affect the validity of the distance pursuant to art. 4/1 of the CPL. Furthermore, there is no sanction foreseen for this failure, neither under art. 48 of the CPL, the DCR, and the CRD. Therefore, failure to fulfil the pre-contractual information in distance contracts does not directly affect the validity of the contract. That being said, some terms of distance contracts concluded without pre-contractual information obligation may be considered unfair terms within the framework of art. 5 of the CPL. In this case, the consumer may claim that the distance contract is null and void, if the other conditions required under art. 5 of the CPL are also present, by claiming that his/her decision is affected while concluding the contract. Pursuant to art. 7/1 of the DCR, the trader shall acquire confirmation from the consumer that the pre-contractual information is fulfilled, a concept that is not established under CRD. If such confirmation is not obtained, then it shall be deemed that the contract has never been concluded in the first place.

Along with the pre-contractual obligation information of the consumer in distance contracts, another important concept that protects the consumer is the right of withdrawal. By granting the right of withdrawal to the consumer in distance contracts, the consumer, who should normally be bound by the terms and conditions of the contract established by the principle of *pacta sunt servanda*, is allowed to get rid of his/her contractual obligations without any cause. In terms of distance contracts, the right of withdrawal is recognised since the consumer lacks the opportunity to examine, review and determine the actual value of the goods or services subject to the contract before concluding the distance contract. In fact, by granting the right of withdrawal, just as in the pre-contractual information obligation, it is aimed to approximate the positions of the consumer who concludes the contract at a distance from the consumer who actually goes to the store.

The right of withdrawal is a formative right that terminates the distance contracts reciprocally. The right of withdrawal is granted to the consumer in order to prevent the consequences arising from the nature of the distance contract against the consumer, which disrupts the fairness and equality of the contract, damaging the principle of *pacta sunt servanda*. This approach should proportionally limit the concept of withdrawal rights. The right of withdrawal should not be interpreted in a way that puts the consumer who establishes the distance contracts in a better position than the consumer who physically goes to the store. For this reason, the exercise of the right is only possible for short periods of time. Pursuant to art. 48 of the CPL and art. 9 of the CRD, the consumer, shall exercise the right of withdrawal in fourteen days.

Additionally, according to art. 9 of the DCR and the art. 9/2 of the CRD, while the fourteen days right of withdrawal period for distance contracts regarding the delivery of goods starts from the delivery of the goods; for distance contracts regarding the provision of services, it starts from the establishment of the contract. The consumer can exercise the right of withdrawal before the delivery of the goods.

With the exercise of the right of withdrawal, the contracting parties have a mutual duty of restitution. According to art. 12 of the DCR, the trader shall return all payments received from the consumer, including the costs of returning the goods, within fourteen days after the trader is informed about the withdrawal; on the contrary, according to art. 13 of the DCR, the consumer is obliged to return the goods to the trader within ten days after the consumer has directed the withdrawal notification to the trader. The provisions of Articles 12 and 13 of the DCR that establish the scope of the duty of restitution of the trader partially differ from art. 13 and 14 of the CRD. Pursuant to art. 14/1 of the CRD, unless the trader has offered to collect the goods himself/herself, the consumer is responsible for the cost of returning goods; while according to art. 12/3 of the DCR, as a general rule, the trader is responsible for the cost of returning goods.

Pursuant to Articles 13/2 and 14/2 of the DCR, if the consumer has used the goods in a manner exceeding the customary use of the goods within the right of withdrawal period and, as a result, the value of the goods has decreased, the consumer is obliged to compensate for this. However, in order for this responsibility to arise, the consumer must have been informed in advance in this respect. What should be understood by customary use is the review and examination actions that may be performed by the consumer to understand the functioning and technical features of the goods as if the goods are purchased by going to the store.

Although the right of withdrawal is the most important institution that protects the consumer in distance contracts, granting the right of withdrawal to the consumer for every distance contract does not serve its purpose. For these reasons, within the framework of art. 15 DCR and art. 16 CRD, the cases where the consumer is not granted the right of withdrawal are clearly set forth.

ÖZET

Mesafeli sözleşmeler, bir tarafın tüketici, diğer tarafın ise satıcı/sağlayıcı olduğu, sözleşmenin müzakere süreci ve kurulduğu an da dahil olacak şekilde, tarafların karşılıklı ve eş zamanlı fiziksel varlıkları olmadan, münhasır olarak bir ya da daha fazla uzaktan iletişim aracını kullanarak, malların ya da hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik satıcı/sağlayıcı ya da (üçüncü kişi) aracı tarafından oluşturulan sistem dahilinde kurulan, ivazlı tüketici sözleşmeleridir. Bu yönden mesafeli sözleşme kavramı, sözleşmesinin içeriğine ya da konusuna ilişkin özel bir tüketici sözleşmesi değil; sözleşmenin kurulma yöntemine ilişkindir. Bu tanım hem Türk hukuku hem de mehzaz AB düzenlemesi açısından geçerlidir. Mesafeli sözleşmeler ile tüketici, ihtiyaç duyduğu veyahut arzu ettiği malı veya hizmeti, fiziksel olarak satıcının/sağlayıcının mağazasına gitmesine gerek olmadan, telefon, bilgisayar, elektronik posta, akıllı telefon uygulamaları gibi uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla, bulunduğu yerden veya evinden çıkmasına gerek kalmadan elde etme imkânı bulmaktadır. Bu, her gün tüketme ihtiyacı bulunun tüketiciler için büyük kolaylık ve rahatlık sağlamaktadır. Artık tüketiciler, basit ve hızlı şekilde çeşitli birçok sözleşmeyi kurabilmektedir. Lakin ortaya çıkan bu durum aynı zamanda tüketici açısından birtakım riskleri ve rizikoları da beraberinde getirir. Tüketicinin, satıcının/sağlayıcının mağazasına ya da iş yerine fiziksel olarak gitmesine gerek kalmadan, uzaktan iletişim araçlarını kullanarak birçok sözleşmeyi mesafeli şekilde kurabiliyor olması; aynı zamanda, onun sözleşme konusu mal veya hizmet ediminin inceleyemeden, gözden geçiremeden ve beş duyusu ile edimi deneyimleyip, sözleşmenin kendisi hakkında yeterli fikir sahibi olmadan, edimin kendisi için olan değerini hesaplayamadan, muadilleri ile karşılaştırma yapamadan sözleşmeyi kurması anlamına gelmektedir. Bu imkânlardan yoksun kalan tüketici, genel olarak satıcının/sağlayıcının kendisine sunduğu bilgiler çerçevesinde mesafeli sözleşmeyi kurma kararını oluşturur. Satıcının/sağlayıcının ise, mal veya hizmetlerin satışını artırmak adına, belirli bilgileri tüketici ile paylaşmaktan imtina etmesi ya da kendi menfaatine uygun düşecek şekilde tüketici ile bilgi akışını sağlaması, yüksek ihtimal dâhilindedir. Tüketici ile satıcı/sağlayıcı, eş zamanlı fiziksel olarak bir arada bulunmadıkları için, tüketicinin bizzat satıcının/sağlayıcının kendisi ile edinebileceği bilgiler de kısıtlı olacaktır. Genel olarak tüketicilerin, kendisinden daha güçlü pozisyondaki satıcıya/sağlayıcıya karşı, daha zayıf ve korunmaya muhtaç oldukları nazara alınırsa; tüketicinin mesafeli sözleşmeyi kurma kararını, daha güçlü pozisyonda olan satıcı/sağlayıcı tarafından sağlanan tek taraflı bilgi akışı dahilinde oluşturduğu bir vaziyet ortaya çıkmaktadır. Bu ise, tüketicinin mesafeli sözleşmeyi kurarken yoğun bilgi asimetrisine maruz kalması anlamına gelir. İşte sözleşmelerin mesafeli şekilde kurulabilmesinin sonucu olarak, tüketicinin sadece mal veya hizmete ilişkin yeterli bilgiyi edinememesi ve bu sebepten dolayı bunların kendisi için gerçek değerini hesaplayamaması, buna karşın çok kolay ve hızlı bir şekilde mesafeli sözleşmeyi kurabiliyor olması, tüketicinin özel olarak korunması gerekliliğini ortaya çıkırmıştır. Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması ise temel olarak, mesafeli sözleşmenin güçlü tarafı olarak kabul edilen satıcıya/sağlayıcıya

yüklenen, tüketicinin ön bilgilendirilmesi yükümlülüğü ile tüketiciye tanınan cayma hakkı ile sağlanmaktadır. Satıcıya/sağlayıcıya ön bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesi ile tüketicinin, mesafeli sözleşmeyi kurmadan ve henüz sözleşmeden kaynaklı yükümlülük altına girmeden önce korunması; cayma hakkı ile ise, tüketicinin mesafeli sözleşmeyi kurmasından sonra korunması sağlanmaktadır. Bu açıdan bu iki koruyucu korum, esasında birbirinin tamamlayıcısı gibilerdir. Bu çalışmanın kapsamı ise, evleviyetle mesafeli sözleşme kavramına ve bu sözleşmelerin kurulmasına; ancak esas olarak, mesafeli sözleşmeye taraf olan tüketicinin, ön bilgilendirme yükümlülüğü ve cayma hakkı çerçevesinde korunmasına ve bu korumanın kapsamına ilişkindir.

TKHK m. 48’de mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasına ilişkin kuralların, kaynak düzenlemesi ilgili AB düzenlemeleridir. Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemeler ise THD’de mevcuttur. THD ise, Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın “*Mevzuatların Yaklaştırılması*” başlıklı m. 114 hükmüne dayanılarak, *maksimum uyum* yaklaşımı ile yapılan bir düzenlemedir. Bu çerçevede, her ne kadar çalışmamızın ana odağı Türk hukuku açısından mesafeli sözleşmelerde tüketicinin, ön bilgilendirme ve cayma hakkı çerçevesinde korunması olsa da, önemi ve *maksimum uyum* yaklaşımı ile oluşturulan bir kaynak kanun olması gerekçesi ile, gerekli görülen hallerde THD düzenlemelerinden de bahsedilmiş ve bu düzenlemelerin açıklanması suretiyle, meselenin Türk hukuku açısından irdelenmesinde derinlik sağlamak, hedeflenmiştir.

Türk hukukunda mesafeli sözleşmeler, TKHK m. 48 ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği ile düzenlenmektedir. TKHK m. 48’in kaynak düzenlemesi ise Avrupa Birliği’nin 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi’dir. Mesafeli sözleşmelerde tüketiciyi koruyan, satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü ile tüketicinin cayma hakkı, kaynağını bu düzenlemelerden almaktadır. Buna karşın, cayma hakkının kullanılması halinde iade masraflarından kimin sorumlu olacağına ya da hizmet ediminin ifasına başlanması halinde tüketicinin cayma hakkının varlığına ilişkin gibi mühim meselelerde, Türk hukuku düzenlemeleri ile THD arasında farklılık olduğu da göze çarpmaktadır.

TKHK m. 48/1 hükmünde, bir sözleşmenin hangi unsurları içermesi halinde mesafeli sözleşme kavramı dahilinde değerlendirileceği belirtilmiştir. Buna göre mesafeli sözleşmelerin ayırt edici unsurlarını şu şekilde belirtmek mümkündür: (i) Bir tarafın tüketici, diğer tarafın satıcı/sağlayıcı olması, (ii) uzaktan iletişim araçlarının kullanılması, (iii) mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik bir sistemin varlığı, (iv) mesafeli sözleşmenin müzakere ve pazarlık süreci de dahil olmak üzere, tarafların eş zamanlı fiziksel varlıklarının bulunmaması ve (v) mal ya da hizmet satışına ilişkin olması.

Mesafeli sözleşme kavramı, sözleşmelerin kurulma yöntemine ilişkindir ve bu kapsamda, tipik ya da atipik birçok sözleşme mesafeli olarak kurulabilir. Hangi sözleşmelerin mesafeli sözleşme olarak kurulamayacağı, MSY m. 2/2 ve THD m.3/3’de bentler halinde belirtilmiştir. Ayrıca bazı sözleşmelerin mesafeli şekilde kurulması, nitelikleri itibarıyla mümkün değildir. Sözleşme taraflarının bir kamu memuru huzurunda karşılıklı fiziksel varlıklarının gerekli olduğu resmi şekle tabi sözleşmelerin mesafeli sözleşme şeklinde kurulması mümkün değildir.

Ön bilgilendirilme yükümlülüğü ile tüketicinin maruz kaldığı bilgi asimetrisinden kaynaklanan riskleri ve tehlikeleri defederek, veyahut bunların etkisini mümkün olduğunca sınırlayarak tüketicinin; rasyonel ve sağlıklı bir biçimde mesafeli sözleşmeyi kurması amaçlanır. Zira ancak, sözleşmenin şartlarına ilişkin yeterli seviyede bilgilendirilmiş ve artık aydınlatılmış tüketici, gerçekten rasyonel kaidelere uygun ve sağlıklı bir şekilde hareket edebilecektir. Mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce yeterli seviyede bilgilendirilmiş olan tüketici, sözleşmeyi kurmadan evvel son bir kez daha düşünmeye de teşvik edilmiş olacaktır. Ayrıca, ön bilgilendirme yükümlülüğü ile satıcı/sağlayıcı, bazı hallerde tüketicinin bilmesini istemeyeceği birtakım bilgileri açığa vuracağından, daha dürüst uygulamanın gelişmesini sağlayacaktır. Ön bilgilendirme ile tüketicinin, sanki satıcının/sağlayıcının mağazasına gidip, mal veya hizmeti satın alıyormuş gibi bir ortam yaratılması amaçlanır.

Mesafeli sözleşmelerde satıcı/sağlayıcı tarafından tüketiciye yapılacak olan ön bilgilendirmenin kapsamı, içermesi gereken bilgilerin ne olduğu, yöntemi ve şartları, Türk hukukunda MSY m. 5 vd. maddelerinde; AB hukukunda ise THD m. 6 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. MSY m. 6/1 hükmüne göre, satıcının/sağlayıcının; MSY m. 5/1'de bentler halinde belirtilmiş bilgileri, mesafeli sözleşmenin kurulmasında kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak, en az on iki punto büyüklüğünde, okunabilir, anlaşılabilir, açık ve sade bir dille tüketiciye, yazılı ya da kalıcı veri saklayıcısı ile sunması gerekir. Eğer ki ön bilgilendirme yazılı şekilde yapılacaksa, MSY m. 5/6 hükmü uyarınca, ispat yükü satıcıda/sağlayıcıda olacağından, ön bilgilendirme tüketicinin imzası alınarak yapılmalıdır.

Ön bilgilendirmenin yükümlülüğü yerine getirilirken, kullanılan yöntemin anlaşılabilirliği ve okunabilirliği, ortalama tüketici nazara alınarak değerlendirilmelidir. Ayrıca, tüketiciye yapılan ön bilgilendirmenin açık, sade, anlaşılabilir ve okunabilir kabul edilebilmesi için, tüketiciye gerekenden fazla bilginin verilmemesi önemlidir. Aksi hali, tüketiciyi korumaktan ziyade, onu risklere ve tehlikelere daha açık bir pozisyona sokabilecektir.

Bunların yanında satıcı/sağlayıcı; tüketici mesafeli sözleşmeyi kurup, siparişini oluşturmadan önce, siparişe onay vermesi ile beraber ödeme yükümlülüğü altına gireceğine yönelik bilgilendirmede bulunmalıdır. Aksi halde, MSY m. 8/1 hükmü uyarınca tüketici, siparişi ile bağlı olmayacaktır. MSY m. 8/1'de bahsi geçen, *“tüketici siparişi ile bağlı değildir”* yaptırımının *sınırlı esnek hükümsüzlük* ya da *tüketici açısından tek taraflı bağlamazlık* şeklinde ele almak gerekir. Ezcümle bunu sadece tüketici ileri sürebilir. Satıcı/sağlayıcı, bu durumu ileri sürerek yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınamaz.

Ön bilgilendirme yükümlülüğü, kural olarak, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce yerine getirilmelidir. Ayrıca, bu ön bilgilendirme yükümlülüğünün belirli süre ya da makul süre önceden yapılması zorunluluğu da yoktur. Ancak bazı hallerde, kullanılan uzaktan iletişim aracının niteliğinden dolayı, MSY m. 5/1'de (THD m. 6/1'de) yer alan bazı bilgilerin mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciye sunulmuş olması kaidesiyle, ön bilgilendirme yükümlülüğünün sözleşmenin kurulmasından sonra tamamlanmasına cevaz verilmiştir. Bu haller MSY m. 6/3 ve m. 6/4'de yer almaktadır. Bu tarz mesafeli sözleşmeler açısından adeta bir önem sırası yaratılmıştır ve MSY m. 6/3 ve m. 6/4'de

yer alan bahsi geçen bilgilerin önceden sunulmasının, tüketicinin rasyonel ve sağlıklı bir karar vermesi açısından yeterince aydınlatıldığı kabul edilmiştir.

Ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, TKHK m. 4/1 hükmünün açık lafzı karşısında, sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Nitekim buna yönelik genel bir yaptırım, TKHK m. 48’de, MSY’de ve THD’de bulunmamaktadır. Bu halde, mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirmenin yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması, mesafeli sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Buna karşın, ön bilgilendirme yapılmadan kurulan mesafeli sözleşmelerin bazı şartları, TKHK m. 5 çerçevesinde *haksız şart* olarak değerlendirilebilir. Bu halde tüketici, siparişini oluşturmada iradesinin etkilediğini ileri sürerek, eğer ki TKHK m. 5’de aranan diğer şartlar da mevcutsa mesafeli sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu ileri sürebilir.

Bununla beraber, ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında bazı bilgilerin tüketiciye sunulmaması veya belirli yöntemlerin takip edilmemesine yönelik özel sonuçlar mevcuttur. Bunlardan en önemlisi cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmamasıdır. MSY m. 10/1 ve THD m. 10/1’e göre, tüketicinin cayma hakkına (Türk hukuku açısından ise genel olarak cayma hakkına) ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, on dört günlük cayma hakkı süresinin üzerine bir yıllık süre eklenerek, cayma hakkı süresi uzatılmıştır.

MSY m. 7 hükmü ile, THD çerçevesinde yer almayan, satıcıya/sağlayıcıya, ön bilgilendirmenin teyidi yükümlülüğü getirilmiştir. Bu teyidin sağlanmaması halinde mesafeli sözleşmenin yok sayılacağı ifade edilmiştir. Esasında bu yükümlülük, MSY m. 5/6 ile satıcıya/sağlayıcıya yüklenen ispat yükünün yerine getirilmesini sağlamak adına yerindedir. Ancak öngörülen *yokluk* yaptırımını borçlar hukukunun genel ilkelerine uygun bir şekilde değerlendirmek mümkün değildir. Bu sebepten dolayı MSY m. 7 hükmünde öngörülen *yokluk* yaptırımını, bir düzen hükmü olarak ele almak gerekir.

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin ön bilgilendirilmesi ile beraber, tüketiciyi koruyan diğer önemli kurum cayma hakkıdır. Mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı tanınarak, normal şartlarda sözleşme ile bağlılık ilkesi (*pacta sunt servanda*) gereği kurduğu sözleşmenin hüküm ve koşulları ile bağlı olması gereken tüketici; kolay bir şekilde ve herhangi bir sebebe dahi bağlı olmadan sözleşmeden kurtulmasına imkân verilmektedir. Mesafeli sözleşmelerde açısından tüketici, mesafeli sözleşmeyi kurmadan önce sözleşme konusu mal veya hizmet edimini inceleme, gözden geçirme ve edimin kendisi için olan gerçek değerini tayin etme imkânından yoksun olduğu için cayma hakkı tanınmıştır. Esasında cayma hakkı tanınarak, tıpkı ön bilgilendirmede olduğu gibi, gerçekten mağazaya giden tüketici ile uzaktan sözleşmeyi kuran tüketici yaklaştırılmaya çalışılır.

Cayma hakkı, kullanılması ile beraber hem borçlandırıcı işlemin hem de tasarruf işlemin etkilerini, geriye etkili olacak şekilde ortadan kaldıran bozucu yenilik doğurucu bir haktır. Bu bakımdan cayma hakkını, aynı etkili dönme teorisi çerçevesinde ele alınması gereken bir sözleşmeden dönme hakkı olarak ele almak gerekir. Ancak bu şekilde ele alındığında taraflar, sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde sadece ellerinde kalanı geri vermekle değil; daha adil bir sonuca sebebiyet verecek şekilde ve sebebe bağlılık ilkesi çerçevesinde, önceden verilen malın zilyetliğini iade etmekle yükümlü olacaktır.

Cayma hakkı, mesafeli sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan ve tüketici aleyhine ortaya çıkan, sözleşme adaletini ve eşitliğini bozan sonuçların, sözleşme ile bağlılık ilkesine (*pacta sunt servanda*) zarar vermemesi adına tüketiciye tanınmaktadır. Cayma hakkının sınırı da bu ilke ile ölçülü olmalıdır. Cayma hakkı, sözleşmeyi uzaktan kuran tüketiciyi, fiziken mağazaya giden tüketiciden daha iyi konuma sokacak şekilde ele alınmamalıdır. Bu sebeple hakkın kullanılması ancak kısa süreler için mümkün tutulmuştur. TKHK m. 48 ve THD m. 9/1 hükmüne göre, cayma hakkı on dört gün içerisinde kullanılmalıdır. Eski düzenlemelerde yer alan yedi günlük süre uzatılmıştır. MSY m. 9 ve THD m. 9/2 hükmüne göre on dört günlük süre, mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmeler cayma hakkı süresi, mal tesliminin gerçekleşmesinden itibaren başlarken; hizmet sağlanmasına ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından, sözleşmenin kurulmasından itibaren başlar. Tüketicinin, henüz mal teslimi gerçekleşmeden cayma hakkını ileri sürmesi mümkündür.

Cayma hakkının kullanılması ile sözleşme taraflarının, karşılıklı iade borçları söz konusu olur. MSY m. 12'ye göre satıcı/sağlayıcı, malın kendisine iade masrafları dâhil tüketiciden aldığı bütün ödemeleri, cayma bildiriminin hâkimiyet alanına girmesinden itibaren on dört gün içerisinde; MSY m. 13'e göre ise tüketici malı, cayma beyanını yöneltmesinden itibaren on gün içerisinde satıcıya/sağlayıcıya iade etmekle yükümlüdür. İade yükümlülükleri ile ilgili MSY m. 12 ve 13 düzenlemesi, THD m. 13 ve 14'ten kısmen ayrılmaktadır. THD m. 14/1 hükmüne göre, satıcı/sağlayıcı malı kendisinin iade alacağına yönelik teklifte bulunmadı ise ve ilgili ön bilgilendirme yapıldı ise, malın iade masraflarından tüketici sorumlu olacak iken; MSY m. 12/3 hükmüne göre, iade masraflarından satıcı/sağlayıcı sorumlu olur. Ayrıca tüketicinin iade borcu için öngörülen süre MSY m. 13/1'e göre on gün iken; THD m. 14/1'e göre on dört gündür.

MSY m. 13/2 ve 14/2'ye göre tüketici, cayma hakkı süresi içerisinde malın mutaat kullanımını aşan şekilde kullanmış ve bunun sonucunda malda değer azalması gerçekleşmiş ise bunu tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur. Ancak tüketicinin bu sorumluluğunun doğması için, bu yönde önceden bilgilendirilmiş olması gerekir. Mutaat kullanımdan anlaşılması gereken, malın mağazaya gidilip satın alındığında tüketici tarafından, malın işleyişini ve teknik özelliklerini anlamak için yapılabilecek gözden geçirme ve inceleme eylemleridir.

Cayma hakkı, her ne kadar mesafeli sözleşmelerde tüketiciyi koruyan en önemli kurum olsa da, her mesafeli sözleşme için tüketiciye cayma hakkı tanımak; mesafeli sözleşme üzerindeki menfaatler dengesine uygun düşmez. Bu sebeplerden dolayı da MSY m. 15 ve THD m. 16 çerçevesinde, tüketiciye cayma hakkının tanınmadığı haller, açık bir şekilde ortaya konulmuştur.

GİRİŞ

Mesafeli sözleşmeler, kişilerin birbirleri ile iletişim kurmasını sağlayan teknolojik imkânların son yüzyılda çok yoğun bir hızla artması; bununla paralel olarak, malların ve hizmetlerin uzaktan ve sanal pazarlama imkânlarının gelişmesi ile beraber, günlük hayatta sıklıkla, tüketici sözleşmelerinin kurulmasında kullanılan bir yöntem haline gelmiştir. Öyle ki artık tüketicilerin, satıcının/sağlayıcının mağazasına ya da işyerine bilfiil gitmesine gerek kalmadan; evinden, işyerinden, tatile gittiği yerden, kısacası o an neredeyse oradan, uzaktan iletişim araçlarını kullanarak, kendisini borç altına sokacak sözleşmeleri mesafeli olarak kurması mümkündür. Aslında bu durum, tüketiciler için büyük kolaylık sağlar.

Ancak bu kolaylık, aynı zamanda tüketicilerin satın alacakları mal veya hizmeti, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce inceleyemeden, beş duyusu ile gözden geçiremeden ve tecrübe etme imkânı bulmadan, sözleşmeyi kurmaları anlamına gelir. Bu ise, tüketicinin mesafeli sözleşmenin konusu mal veya hizmet hakkında yeterli bilgi sahibi olmadan ve çoğu zaman, sadece satıcının/sağlayıcının kendisine uzaktan pazarlama sistemi dâhilinde sunduğu bilgiler ile sınırlı kalarak mesafeli sözleşmeyi kurmasına sebebiyet vermektedir. Mesafeli sözleşmenin güçlü tarafı olan satıcıdan/sağlayıcıdan, zayıf ve karanlıkta kalan tarafı olan tüketiciye yapılan bu bilgi aktarımı ise, tüketicinin yoğun bir bilgi asimetrisine maruz kalmasına sebebiyet vermektedir. Tüm bunlar tüketicinin, mesafeli sözleşme konusu mal veya hizmet ediminin, kendisi için gerçek değerini anlayarak sözleşmeyi kurmasını engeller. Bunlardan dolayı, mesafeli sözleşmenin tarafı olan tüketicinin, özel bir şekilde korunması gerekir.

Gerek Avrupa Birliği gerek Türk hukukunda mesafeli sözleşmenin tarafı tüketici, ön bilgilendirme ve cayma hakkı kurumları dâhilinde özel olarak korunur. Mesafeli sözleşmenin diğer tarafı olan satıcıya/sağlayıcıya yüklenen ön bilgilendirme yükümlülüğü, tüketiciyi sözleşmenin kurulmasından önce, henüz mesafeli sözleşme kurulmamışken korumaya yöneliktir. Ön bilgilendirme yükümlülüğü ile tüketiciye sözleşme başta olmak üzere önem arz eden hususlar ile ilgili geniş kapsamlı bilgilerin sunulması zorunlu tutularak, tüketicinin bilgilenmiş bir şekilde rasyonel kararlar alması hedeflenir. Bu, tüketiciden saklanmak istenilen bilgilerin de açığa çıkmasını sağlar. Ayrıca, gerçekten bilgilenmiş bir tüketici, sözleşme kurma kararını gözden geçirebileceği için, ön bilgilendirme yükümlülüğü sayesinde sözleşmeyi kurmadan evvel bir düşünme imkânı da bulur.

Buna karşın, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin ön bilgilendirilmesi, tüketicinin etkin şekilde korunması adına yeterli olmaz. Zira mesafeli sözleşmelerde tüketici, sözleşme konusu mal ya da hizmeti, ancak bilfiil inceleyebildiği ya da gözden geçirebildiği vakit, gerçekten mesafeli sözleşme ile elde edeceği faydanın farkına varabilir. İşte bu sebepten dolayı, sözleşme hukukundaki genel prensip olan *sözleşmelerin bağlayıcılığı* ilkesinden sapılarak, tüketicilere, herhangi bir sebebe ya

da satıcının/sağlayıcının kusuruna bağlı olmadan ileri sürülebilen; ve ileri sürülmesi ile mesafeli sözleşmenin etkilerini ortadan kaldıran cayma hakkı tanınmıştır.

Bu çalışmada, Türk hukukunda mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasını sağlayan en önemli iki kurum olan *tüketicinin ön bilgilendirilmesi* ve *cayma hakkı* incelenmiştir. Bu iki kurumun niteliklerinin ve kapsamlarının ortaya konulması, özellikle uygulaması teknolojinin gelişmesi ile her geçen gün artan mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması sınırlarını belirlemek adına oldukça mühimdir. Nitekim bu çalışmanın hazırlanmasının sebebi de mesafeli sözleşmelerde tüketiciyi koruyan bu iki kurumun niteliklerinin, kapsam ve sınırlarının ne olduğunu ortaya koymaktır.

Türk hukukunda, tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemeler, çoğunlukla kaynağını Avrupa Birliği'ndeki düzenlemelerden almaktadır. Bu sebeple de, her ne kadar çalışmanın ana odağı Türk hukuku olsa da, çoğu zaman meselenin Avrupa Birliği düzenlemeleri çerçevesinde nasıl ele alındığı da irdelenmiştir.

Çalışmamızın ana konusu, mesafeli sözleşmeler ve mesafeli sözleşmelerde tüketicinin ön bilgilendirme yükümlülüğü ve cayma hakkı çerçevesinde korunmasıdır. Bu sebepten dolayı, mesafeli sözleşmenin ifasına ve tarafların mesafeli sözleşmeden kaynaklanan genel hak ve yükümlülüklerine ilişkin hususlara, çalışma kapsamında değinilmemiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM: MESAFELİ SÖZLEŞMELER

I- Genel Olarak

Özel bir sözleşme kurma yöntemi olan mesafeli sözleşmeler, hem Türk hukukunda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 48/1 hükmü; hem de mesele ile ilgili olarak mehzaz hukuk olan AB hukukundaki ilgili düzenleme olan 22 Kasım 2011 tarihli ve L 304/64 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlanan ve 12 Aralık 2011 tarihinden itibaren yürürlüğe konulan 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi (THD) m. 2/7 uyarınca; bir tarafın, herhangi bir kar elde etme amacı olmayan tüketici, diğer tarafın ise kar elde etme amacı olan satıcı/sağlayıcı olduğu ve bunların, mal ve hizmetlerin uzaktan pazarlanması için oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, sözleşmenin pazarlık ve müzakere aşamaları dahil kurulma anını da kapsayacak şekilde eş zamanlı fiziksel varlıkları bulunmadan, uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla kurulan sözleşmeler için kullanılır. Mesafeli sözleşmelerin, bir tüketici hukuku kavramı olmasından ötürü, sözleşme taraflarından birisinin, kar elde etme amacı gütmeyen tüketici olması zorunludur. Buna göre her iki tarafın da tacir olduğu sözleşmeler, mesafeli şekilde; mal ve hizmetlerin pazarlanması için oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, tarafların eş zamanlı fiziksel varlığı olmadan, uzaktan iletişim araçları ile kurulmuş olsa dahi *mesafeli sözleşme* olarak nitelendirilemeyeceklerdir.

Mesafeli sözleşmelerde tüketici, satıcının/sağlayıcının mal veya hizmetlerini sergilediği fiziksel mağazasına, iş yerine ya da deposuna gitmeden, uzaktan iletişim araçlarını kullanarak, dilediği yerden mesafeli sözleşmeyi kurabilmekte, böylelikle de esasında, artık günümüz hayatının hızına yetişebilecek şekilde mal veya hizmet ihtiyaçlarını sağlayabilmektedir. Bu kolaylık, aynı zamanda tüketicinin mal veya hizmetleri önceden görmeden, inceleyemeden ya da deneyemeden, daha doğru bir ifadeyle, mal veya hizmet hakkında yeterince fikir sahibi olmadan ve bu sebepten dolayı da herhangi bir karşılaştırma imkânı da bulamadan, sözleşme ilişkisi içerisinde

gireceği anlamına gelmektedir. Bu ise, hali hazırda zaten, daha güçlü pozisyonda olan satıcıya/sağlayıcıya karşı korunan tüketicinin, özel olarak korunmasını gerekli kılar. Mesafeli sözleşmelerin bu doğası, tüketicinin eksik veya yanlış bilgiler ya da yönlendirmeler ile, belki de ihtiyaç duymadığı veya sahip olmak istemediği mal ya da hizmetleri satın almasına sebebiyet verebilecektir. Böyle hallerde tüketici güveninin zarara uğrayacağı açıktır. Hâlbuki tüketici güveni, müstakbel tüketim harcamalarının en önemli göstergelerinden birisidir¹. Tüketim harcamaları ise özellikle Türkiye açısından, gayri safi yurt içi hâsıla içinde yüksek paya sahiptir. Bu sebepten dolayı da mesafeli sözleşme uygulaması açısından, tüketicinin güvenliğini temin edecek düzenlemeler, gereklidir.

Bu düzenlemeler ile mesafeli sözleşmenin tarafı olan tüketicinin korunması ve tüketicinin güveninin artırılması hedeflenmektedir. Gerçekten de tüketicinin özel olarak korunması, tüketiciyi mesafeli sözleşme kurma noktasında güven sahibi olmaya yöneltecektir. Mesafeli sözleşmelerin, ticari hayatta uygulamasının artması halinde ise esasında satıcıların/sağlayıcıların da mal veya hizmetlerini fiziki mağazalarında tüketicinin ilgisine sunmak yerine; mesafeli sözleşmeler aracılığıyla tüketicinin ilgisine sunmasına yöneltecektir. Bu durum ise, mal ve hizmetlerini artık uzaktan pazarlama sistemleri ile satışa sunacak satıcının/sağlayıcının, mağaza kirası, mağazada çalıştıracağı işçi maliyetleri gibi birtakım maliyetlerinin düşmesine sebebiyet verecektir ki bu durum, tüketici mallarında ya da hizmetlerinde fiyatların de düşmesine yol açabilecektir.

Görülmektedir ki mesafeli sözleşmelerde tüketicinin özel olarak korunması gerekmektedir. Ancak tüketicinin etkin bir şekilde korunması, tüketicinin işlemlere olan güvenliğini artıracığından, esasında, onlara mal ya da hizmet sağlayacak olan satıcıların/sağlayıcıların da menfaatine uygun bir durum yaratacaktır. Bu sebeple de mesafeli sözleşme kavramının ve kapsamının ne olduğunu ortaya koymakta fayda vardır.

¹ Daron Acemoğlu/Andrew Scott, “Consumer Confidence and Rational Expectations: Are Agents’ Beliefs Consistent with the Theory?”, **The Economic Journal**, C. 104, S. 422, Oxford University Press, Ocak 1994, (<https://www.jstor.org/stable/2234671> - Erişim Tarihi: 01.08.2022) s. 17.

Mesafeli sözleşme kavramını doğru şekilde ortaya koyabilmek için, mesafeli sözleşmelerin neden ayrıca düzenlendiklerini ve mesafeli sözleşmelere taraf olan tüketiciye, neden daha özel bir koruma tanındığını açıklamak gerekir.

Mesafeli sözleşmelerde, çeşitli uzaktan iletişim araçlarıyla sözleşmeyi akdedecek tüketici, sözleşmenin karşı tarafı olan satıcı/sağlayıcı ile karşılaşmamakta, satıcının/sağlayıcının mal veya hizmetlerini sergilediği mağazasına gitmemekte, hatta evinden ya da o an bulunduğu yerden dahi çıkmasına gerek kalmadan sözleşmeyi kurabilmektedir. Bu açıdan mesafeli sözleşmeler, hem tüketicilere hem de bu tüketicilere mal veya hizmet sağlayan satıcılara/sağlayıcılara büyük avantajlar sağlamaktadır. Özellikle *İnternet (Web) 2.0*'ın gelişmesi ve neredeyse herkes için erişilebilir hale gelmesi ile herhangi bir şekilde fiziki varlığı dahi bulunmayan elektronik pazarlar oluşmuştur. Bu doğrultuda, esasında uzun yıllardan beri satıcılar/sağlayıcılar ile tüketiciler arasında alışverişin sağlanması için kullanılan mesafeli sözleşmeler, hiç olmadığı kadar gündelik alışveriş hayatında başvurulan bir yöntem haline gelmiştir. Mesafeli sözleşmelerin, teknolojik ve ekonomik imkânların gelişmesi ile beraber alışveriş hayatındaki hacmi ve uygulaması artmakta; bu kapsamda alışveriş hayatını kolaylaştırmaktadır².

Mesafeli sözleşmelerin gerek tüketiciye gerekse satıcıya/sağlayıcıya getirdiği faydalara rağmen; özellikle tüketiciler açısından birtakım sakıncaları ve riskleri de beraberinde getirmektedir³. Zira tüketici her ne kadar bulunduğu yerden ve hatta evinden çıkmasına dahi gerek kalmadan ihtiyacı olan ya da basitçe canının istediği birçok mal veya hizmeti, kolay ve nispeten hızlı şekilde edinebilse de mesafeli sözleşmelerin doğası gereği, sözleşmenin konusu malı veya hizmetleri önceden inceleyememekte ve bu kapsamda malın veya hizmetin kalitesinden emin olamamakta; mesafeli sözleşmenin şartlarına veya edimlere ilişkin yeterli bilgiyi edinmemekte, bu noktada aklına takılan sorular ile ilgili satıcıya/sağlayıcıya olan iletişimi kısıtlı olmakta ve sadece satıcı/sağlayıcı veya bunların yetkili kişileri tarafından kendisine sağlanan bilgiler ile sınırlı kalmaktadır⁴. Tüketici, yeterli bilgiyi

² Sezer Çabri, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, Haziran 2021, s. 868.

³ Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, **Tüketici Hukuku**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, Ocak 2021, s. 409.

⁴ Aydın Zevkliler/Çağlar Özel, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2016, s. 321; İ. Yılmaz Aslan, **Tüketici Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, Bursa, Ekin

haiz olmaması sebebiyle edinmek istediği mal veya hizmetler ile ilgili olarak diğer seçenekler veya muadilleri ile sağlıklı karşılaştırmayı yapamamakta ve tüm bunların sonucu olarak da mesafeli sözleşme ile edinmek istediği malın veya hizmetin kalitesi konusunda hayal kırıklığına uğrama veya daha kötüsü, aldatılma ihtimali ile karşı karşıya kalabilmektedir⁵. Bunlara ek olarak genellikle, mesafeli sözleşmeyi akdedecek tüketici, satıcının/sağlayıcının “*varlığı, kimliği ve güvenilirliği*” noktasında da yeterli bilgi ile donatılmamaktadır⁶.

Mesafeli sözleşmeler için yukarıda belirtilen sakıncaların yanında, artık satıcıların/sağlayıcıların mal veya hizmetlerini, tüketicilere ulaştırabilmek adına kullandığı uzaktan pazarlama yöntemlerinin çeşitliliğinin her geçen gün daha da artmakta olduğunun ve bunları hedef tüketicilere satabilmek adına sadece teknolojik gelişmelerin değil, psikoloji biliminin de sınırlarını zorladığını da nazara almak gerekir⁷. Gerçekten de özellikle teknolojik imkânların gelişmesi ile akıllı cep telefonları başta olmak üzere, gündelik hayatta kullanılan teknolojik aletlerin neredeyse tamamı internet ile bütünleşmiş hale gelmiştir. Çoğu zaman kişinin bu teknolojik aletleri veya interneti kullanmadaki öncelikli amacı, ihtiyaç duyduğu veya edinmek istediği mal veya hizmetlere ulaşmak olmasa dahi, bu teknolojik aletler kullanılırken; satıcıların/sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin reklamını vermesi, bu mal veya hizmetlerinin uzaktan pazarlama sistemleri dâhilinde çok hızlı bir şekilde edinilmesinin mümkün olduğunu bildirmesi, artık alışlagelmiş bir uygulamadır⁸. Bu kapsamda tüketici, sürekli ve sonu olmayan bir satın alma güdüsüne itilmektedir.

Bu durumun ilk bakışta tüketicilerin, elde etmek istedikleri mal veya hizmetlere ulaşma ve edinme noktasında kolaylık getirdiği düşünülse de bu durum

Yayınevi, Mart 2021, s. 274; Ece Baş Süzel, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, C. 2, 2018, (Ön Bilgilendirme) s. 341. Ayrıca bkzn. Cihan Avcı Braun, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 2, Kasım 2016, s. 19-20: Yazara göre buradaki bilgi akışının genel olarak, malını veya hizmetini satmak isteyen satıcıdan/sağlayıcıdan, konu hakkında yetersiz bilgisi olan tüketiciye doğru olduğu da nazara alınırsa, satıcıların ve sağlayıcıların mal veya hizmetlerini cazip kılmak adına çoğu zaman tüketicileri manipüle eden davranışlarda bulunması da mümkündür.

⁵ Zevkliler/Özel, s. 321; Çağlar Özel, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2021, s. 245.

⁶ Necmi Kocayusufoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 216

⁷ Aslan, s. 273.

⁸ Zevkliler/Özel, s. 327.

aynı zamanda, tüketicilerin yeterli bilgi sahibi olmadan, üzerine yeterince düşünmeden; ivedi şekilde mesafeli sözleşmeyi kurmasına da sebebiyet vermektedir. Bunlar ise tüketicinin mesafeli sözleşmelerin zayıf⁹ tarafı olmaları ve mesafeli sözleşmeyi akdederlerken karanlıkta kalarak davranmaları anlamına gelmektedir¹⁰. Mesafeli sözleşmelerin günlük uygulamasında sıkça görülebileceği üzere çoğu zaman tüketici, mesafeli sözleşme kurulur kurulmaz, sözleşme bedelini de satıcıya/sağlayıcıya ödemektedir. Salt olarak tüketici açısından bakıldığında, sadece bu durum bile tüketicinin karanlıkta kalarak mesafeli sözleşmeyi kurduğunu ve sözleşmenin zayıf tarafı olduğunu söylemek için yeterlidir. Çalışmamızda da tüketicinin içinde bulunduğu bu durumu tabir etmek için sıkça, “zayıf ve karanlıkta kalan tüketici” ifadesi kullanılacaktır.

Mesafeli sözleşmelerin, tüketiciler açısından yukarıda bahsedilen sakıncaları, belli bir noktaya kadar defedilmediği sürece tüketicinin güvenini derinden sarsacağı ve bu durumun da ekonomik hayata olumsuz şekilde etki edeceği açıktır. Ne de olsa, sözleşmenin karşı tarafına duyulan güven, ekonomik hayatın ilerleyebilmesi için zaruridir. İşte, mesafeli sözleşmeyi akdetmek isteyen bir tüketicinin, ön bilgilendirme veya cayma hakkı çerçevesinde yeterli hukuki güvenceye sahip olması halinde, işlem güvenliğinin artmasından dolayı, mesafeli şekilde sözleşmenin kurulması yöntemine karşı oluşabilecek çekingen ya da güvensiz tavrının önüne geçilecektir¹¹. Örneğin, mesafeli sözleşmelerde satıcıların/sağlayıcıların saldırgan satış yöntemlerini kullanması muhtemeldir. Bu tarz yöntemlere maruz kalarak mesafeli sözleşmeyi kuran tüketicinin, başına gelenleri anladıktan sonra cayma hakkını kullanarak sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulabilmesi halinde, artık bundan sonra tekrardan mesafeli sözleşme kurmaktan imtina etmesi düşük ihtimal olacaktır. Zira tüketici, böylesine olumsuz hallerden, belirli bir noktaya kadar kurtulabileceğini bilecektir.

⁹ Tüketici hukukunda tüketicilerin zayıf taraf olarak kabul edilmesinin ve duruma yönelik bakış açısının hangi doneler nazara alınarak oluşturulduğu ve zamanla nasıl değiştiği hakkında bkz. Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 1, Ankara, 2001, s. 71-72.

¹⁰ John Dickie, “Consumer Confidence and the EC Directive on Distance Contracts”, **Journal of Consumer Policy**, C. 21, S. 2, Springer Publications, Haziran 1998, s. 220 (<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1006804517832>): Dickie, mesafeli şekilde yapılan satım sözleşmelerini, “*karanlıkta yapılan satımlar*” şeklinde nitelendirmektedir.

¹¹ Joasia A. Luzak, “To Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking Into Account Its Behavioural Effects on Consumers”, **Journal of Consumer Policy**, C. 37, Springer Publications, 2014, (SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2243645) – Erişim Tarihi: 01.08.2022, s. 93; Baş Sözel, **Ön Bilgilendirme**, s. 341.

İşte bu tarz saldırgan satış yöntemleri sonucu kurulabilecek mesafeli sözleşmelerde, tüketiciye cayma hakkı tanınması, tüketici güvenini temin edebiliyor olması açısından yerindedir¹².

Sadece mesafeli sözleşmeler açısından değil; sair bütün tüketici işlemleri açısından tüketicinin korunmasındaki temel amaçlardan biri, ekonomik çıkarların korunması hedefi ile beraber kamu yararının korunmasıdır¹³. Tüketicilerin ekonomik çıkarlarının etkili şekilde korunmadığı hallerde, kamu düzeninin de bozulabileceği unutulmamalıdır. Nitekim tüketiciyi korumadaki amaçlardan birisini de kamu düzenini sağlamaktır¹⁴. Bu kapsamda ise, mesafeli sözleşmeyi kurarken zayıf ve karanlıkta kalan, kuracağı sözleşmenin üzerine rasyonel kaideler ile çok düşünmeyen ya da düşünemeyen tüketicinin, satıcıların/sağlayıcıların olası manipülasyonlarına karşı ayrıca korunması gerekmektedir.

Bu noktada, mesafeli sözleşmelere taraf olan tüketicilere birtakım korumalar sağlanmadığı halde, genel hükümlerden kaynaklanan hukuk kurallarının yetersiz kaldığını da nazara almak gerekir. Gerçekten de bir an için, mesafeli sözleşmeye taraf olan tüketiciye TKHK ve sair mevzuatlardaki korumanın değil de genel hukuk kurallarının uygulandığı düşünüldüğünde, tüketicinin yukarıda bahsi geçen aldatılma veya yanıltma ihtimali karşısında, elinde bulunacak hukuki imkânlar da kısıtlı ve çoğu zaman fiiliyatta uygulaması zor olacaktır. Her ne kadar Borçlar Hukuku kurallarının yorumu ya da kıyası gibi yöntemlerle birtakım zorlama çözümler getirilebilirse de bunlar, özellikle tüketicinin korunması noktasında yetersiz olacaktır¹⁵. Mesela eğer mesafeli sözleşmelerde tüketiciyi koruma önlemlerinden birisi olan ve tüketiciye mal teslimi gerçekleştikten ya da hizmet edimine ilişkin sözleşmenin kurulmasından itibaren on dört gün süre içerisinde mesafeli sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı tanıyan cayma hakkı (TKHK m. 48/4) düzenlemesinin bulunmadığı farazi bir hali ele alalım:

¹² Omri Ben-Shahar/Eric A. Posner, “The Right to Withdraw in Contract Law”, **The Journal of Legal Studies**, C. 40, S. 1, The University of Chicago Press, Haziran 2011, (<https://www.jstor.org/stable/10.1086/658403> - Erişim Tarihi: 01.08.2022) s. 119.

¹³ Zevkliler/Özel, s. 43.

¹⁴ Lale Sirmen, “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi – Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, C. 8-3, Özel Sayı, İzmir, 2013, s. 2467-2468. Bununla beraber yazarın da yerinde şekilde belirttiği üzere, tüketicinin korunması ile ülke ekonomisinin üretim ve verimliliği arasında bir dengeyi gözetilmesi zorunludur.

¹⁵ Şebnem Akipek, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye’nin Durumu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 21, S. 4, Ankara, Aralık 2002, (Mesafeli Sözleşmeler) s. 46.

Sözleşmenin kurulmasına yönelik genel varsayım, sözleşme taraflarının, sözleşmenin kurulmasından önce sözleşmenin esaslı unsurları ile alakalı olarak yeterli bilgiye sahip olmalarıdır. Bu kapsamda örneğin, bir tüketicinin mağazaya gidip bir mal veya hizmet satın almak istemesi halinde, ilgili mal veya hizmeti satıcının/sağlayıcının mağazasında incelerken aklına takılan soruları sorması, bunun sonucunda ise kuracağı sözleşmenin esaslı unsurlarına yönelik yeterli bilgi sahibi olması mümkündür ve hatta hayatın olağan akışına da uygundur. Ancak mesafeli sözleşmelerde tüketici, edinmek istediği malı fiziken görememekte, inceleyememekte ve malın veya hizmetin özellikleriyle ilgili olarak da sadece satıcının/sağlayıcının kendisine, uzaktan pazarlama sistemi ile iletmiş olduğu açıklamalarla sınırlı olacak şekilde bilgi sahibi olmaktadır. Çoğu zaman satıcının/sağlayıcının da sunmuş olduğu bilgiler, her zaman yeterli mahiyette olmamaktadır. Satıcının/sağlayıcının, sağladığı malın veya hizmetin satışını gerçekleştirmek adına sadece cazip bilgileri tüketiciye iletmesi de ihtimal dâhilindedir. Eğer ki bu noktada, tüketiciye herhangi bir cayma hakkı tanınmış olmasaydı tüketici, ya satıcının veya sağlayıcının kendisine sağladığı bilgiler ile ilgili olarak hile yaptığını ve bu kapsamda iradesini sakatlandığını ya da bizzatıhi esaslı bir saik hatasından muzdarip olduğunu iddia edecek; ve ancak bunları ispat etmesi halinde sözleşmeyi sonlandırabilecektir¹⁶.

İşte tüketicinin yaşayabileceği bu hukuki riski engellemek adına, tüketicinin lehine olacak şekilde cayma hakkının tanınması; daha geniş bir ifadeyle, mesafeli sözleşmeler için tüketiciye daha nitelikli bir koruma sağlanması gerekliliği hâsıl olmuştur. Yukarıda verilen örnekten de anlaşılabileceği üzere, bazı hallerde klasik yöntemde kurulan mal satış veya hizmet sağlama sözleşmelerinden farklı düzenlemelerin getirilmesi gerekmiştir. Ayrıca, özellikle mesafeli sözleşmelerin gerçekleştirilebileceği uzaktan iletişim araçlarının gün geçtikçe daha çeşitli hale gelmesinden ve teknolojinin gelişmesinden kaynaklı hukuki problemler karşısında farklı düzenlemelere başvurulması da kaçınılmazdır¹⁷. Mesafeli sözleşmelerde tüketicilerin korunmasına yönelik ön bilgilendirme yükümlülüğü ve cayma hakkı,

¹⁶ Avcı Braun, s. 36.

¹⁷ Özge Uzun Kazmacı, "İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, İstanbul, Aralık 2016, s. 2793

teknolojik imkânların artması ve herkes için erişilebilir olmasıyla beraber, ortaya çıkan yeni hukuki problemlerin, çözümlenmesi için ortaya çıkan düzenlemelerdendir.

Anlaşılmaktadır ki mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciler, satıcılara/sağlayıcılara nazaran daha zayıf taraftırlar. Dahası ise, mesafeli sözleşmelerde tüketicilerin korunmadığı hallerde, tüketici aleyhine ağır olumsuz sonuçlar doğmaktadır. Tüketicilerin, satıcılar veya sağlayıcılar ile karşı karşıya gelmeden yapmış oldukları mesafeli sözleşmeler için gerek Avrupa Birliği'nde gerek ise Türk hukukunda, tüketicilerin korunması gerektiği düşüncesi oluşmuştur¹⁸.

Sonuç olarak, mesafeli sözleşmelerin doğaları gereği tüketicinin edinmek istediği mal veya hizmeti bizzat göremeden veya inceleyemeden sözleşme ilişkisine giriyor olması; sözleşmenin kurulması öncesinde tüketicinin sadece satıcı/sağlayıcı tarafından kendisine sağlanan bilgilere dayanıyor olması; teknolojinin gelişmesi ile mesafeli sözleşmelerin kurulmasında kullanılan uzaktan iletişim araçlarının tüketicileri çok fazla düşünmeden ve hızlı bir şekilde sözleşme ilişkisini kurmaya itmesi, mesafeli sözleşmelerin ayrıca düzenlemeye tabi olmasını gerektirmiştir. Bu düzenlemeler kapsamında da tüketicinin, mesafeli sözleşmeyi zayıf ve karanlıkta kalarak yapmaması ve yeterli bilgiyi haiz olarak akdedebilmesi – veya TKHK m. 48'in gerekçesinde¹⁹ belirtildiği şekilde “*bilgi eksikliğinin giderilmesi için*” – satıcıya/sağlayıcıya, tüketiciyi mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce ön bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiş; ayrıca, ön bilgilendirme ile sağlanacak korumanın belirli bir noktaya kadar etkinliği söz konusu olacağından tüketiciye, mesafeli sözleşmenin kurulmasından sonra dahi belirli bir süre içerisinde, herhangi bir ceza veya tazminat hakkı ödemesine gerek olmadan kullanabileceği cayma hakkı verilmiştir²⁰.

¹⁸ Mustafa Topaloğlu, “Mesafeli Sözleşmeler”, **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S. 3, İstanbul, Haziran 2016, s. 14.

¹⁹ TKHK m. 48'in gerekçesi için bkz. (www.lexpera.com) (Erişim Tarihi: 01.08.2022)

²⁰ Başak Baysal, “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 75, S. 1, İstanbul, 2017, s. 281.

II- Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Düzenlemelerin Gelişimi

Mesafeli sözleşmeler kavramına tarihsel açıdan bakıldığında, her ne kadar uzun zamandan beri ticari hayatta kullanıldığı gözlemlenebilen bir müessese olsa da yakın geçmişe kadar ne Avrupa Birliği mevzuatında ne de Türk hukukunda, ayrı bir kavram olarak düzenlenmiştir. Mesafeli sözleşmeler, Türk hukukunda ilk olarak 6 Mart 2003 tarihli 4822 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayan mülga eTKHK'ya eklenen 9/A hükmü ile ayrı bir kavram olarak düzenlenmiştir. Daha sonrasında, eTKHK m. 9/A hükmünde düzenlenen mesafeli sözleşmelerin uygulanması ile ilgili olarak, 13 Haziran 2003 tarihli ve 25137 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (MSEHY) yürürlüğe girmiştir²¹. Mesafeli sözleşmeler ile ilgili bu düzenlemelerin Türk hukukunda vücut bulması, esasında, iç hukukun Avrupa Birliği mevzuatına uyum süreci (daha sonra AB müktesebatına uyum sürecine evrilmiştir) çerçevesinde, 4 Haziran 1997 tarihli ve L 144 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlanan 97/7/EC sayılı ve 20 Mayıs 1997 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Direktifi'nin²² (MSD) iç hukuka aktarılması suretiyle gerçekleşmiştir²³.

Yukarıda bahsi geçen mevzuatlardan önce ise mesafeli sözleşmeler kavramının Türk hukukunda doğrudan bir karşılığı bulunmamaktaydı. Bununla beraber 21 Aralık 1995 tarihli ve 22500 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve o dönemki adıyla Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esaslarına Dair Tebliğ'in²⁴ m. 2/1(d) hükmünde, mesafeli satışlara da bu Tebliğin uygulanacağına yönelik bir düzenleme bulunmaktaydı. Her ne kadar bu Tebliğ'de mesafeli sözleşme kavramı yerine mesafeli satış kavramı kullanılmış olsa da özellikle, Tebliğ'in "*Tanımlar*" başlıklı m. 4/1 (f) hükmüne bakıldığında, mesafeli satış kavramının, "*yazılı veya görsel yayın yoluyla satışa sunulan ürünlerin posta ve sair nakil araçları ile tüketiciye ulaştırıldığı satış türünü, ifade eder*" şeklinde tanımlandığı ve bu tanımın günümüzde mesafeli sözleşmeleri tanımlamak için kullanılan genel tanımının kapsamı altında değerlendirilebileceği nazara alınırsa;

²¹ Bahsi geçen Yönetmelik'in metni için bkz.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030613.htm#14>

²² Bahsi geçen Avrupa Birliği (o zamanki adıyla Avrupa Topluluğu) Direktifi'nin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0007&from=en>

²³ Savaş Bozbel, "Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler – 97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 3-4, 2003, s. 783; Avcı Braun, s. 21.

²⁴ Bahsi geçen Tebliğ'in metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22500.pdf>, s. 13-20.

günümüzde mesafeli sözleşme olarak nitelendirdiğimiz işlemlerin Türk hukuku mevzuatında ilk bahsedildiği düzenlemenin, bu Tebliğ'in m. 4/1(d) hükmü olduğu da belirtilebilir.

AB mevzuatında ise mesafeli sözleşmeler (*distance contracts*) kavramı ilk olarak, 1997 yılında MSD çerçevesinde ayrıca düzenlenmiştir. AB hukukunda, MSD ile mesafeli sözleşmelerin ayrıca düzenlenmesinin sebebi esasında, Avrupa Birliğinin kuruluş temellerinde de önemli bir yeri olan iç pazarın geliştirilmesini sağlamaktır²⁵. Bu husus MSD'nin "*Giriş*" kısmındaki daha ilk açıklamada, açık bir şekilde belirtilmiştir. Burada, Avrupa Birliğinin iç pazar ile ilgili hedeflerine ulaşabilmesi için, mal ve hizmetlerin Birlik içerisinde serbestçe dolaşımını, sadece tacirler için değil aynı zamanda tüketiciler için de sağlanması gerektiği belirtilmiştir²⁶. Hatta tüketicilerin tacirlerle yapacakları (Birlik içerisindeki) sınırlar arası mesafeli satış sözleşmelerinin, tüketiciler nezdinde iç pazarın sağlanmasının temel somut sonuçlarından birisi olabileceğinin altı çizilmiştir. Devamında ise, teknolojinin gelişmesi ile artık tüketicilerin birçok farklı şekilde mesafeli sözleşme kurabiliyor olması noktasında, Birlik içerisindeki rekabetin tam olarak sağlanabilmesi adına mesafeli sözleşmeler ile ilgili düzenlemelerin yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Mesafeli sözleşmelerin kurulmasından önce tüketicinin, sözleşmenin konusu malı inceleme ya da sağlanacak hizmetin niteliklerini ortaya koyma imkânının olmamasından dolayı; ön bilgilendirme ve cayma hakkı kurumları çerçevesinde korunması gerektiği belirtilmiştir.

Günümüzde hem THD hem de TKHK m. 48'de, halen mesafeli sözleşmeler için yapılan kavramsal tanım, ilk olarak MSD m. 2/1'de kendine yer bulmuştur. Bu hükümde mesafeli sözleşmeler, mal satışı ya da hizmet sağlanması ile ilgili olarak, satıcılar/sağlayıcılar ile tüketici arasında ve satıcı/sağlayıcı tarafından sunulan uzaktan pazarlama sistemi dâhilinde, münhasıran uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla kurulan sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. Mesafeli sözleşmeler için MSD m. 2/1'de yapılan bu tanım, halen ilişkilendirilebilirliğini korumaktadır. MSD hükümleri çerçevesinde; kapsam dışı bırakılan sözleşmeler (m. 3), satıcının/sağlayıcının tüketiciyi ön bilgilendirmesine ilişkin yükümlülükler (m. 4, 5, 16), tüketicinin cayma

²⁵ Ümit Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basımevi, Mart 2006, (Erzurumlu Şerhi) s. 6.

²⁶ MSD "*Giriş*" kısmı P. (1) ve (2).

hakkına ilişkin düzenlemeler (m. 6), mesafeli sözleşmenin ifasına yönelik hükümler (m. 7, 8) yer almaktadır. Günümüzde, TKHK m. 48 ve MSY ile THD düzenlemesine bakıldığında, bu düzenlemelerin esasını MSD'den aldığı görülmektedir.

Ancak, MSD hükümlerinin MSY ve THD düzenlemelerine nazaran çok daha genel ve çerçeve nitelikte olduğunu da belirtmek gerekir. Bu ise esasında, en başta AB kanun koyucusunun, mesafeli sözleşmeler uygulaması ile ilgili olarak birçok meseleyi üye devletlerin iç hukuk kurallarına bırakmış olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim öğretide MSD nitelendirilirken, “*minimum uyum (minimum harmonisation)*” niteliğinde bir Direktif olduğu ifade edilmiştir²⁷. Bu çerçevede MSD, tüketicinin korunması noktasında, üye devletlerin uyması gereken minimum seviyedeki kuralları ortaya koymaktadır. Ancak, özellikle THD'de birçok mesele ile ilgili olarak, daha somut ve belirgin düzenlemeler getirmesi karşısında, AB kanun koyucusunun, üye devletler arasındaki iç hukuk kurallarının uyumunu sağlanmak, iç pazarın etkinliğini artırmak ve tüketicinin daha iyi korunmasını temin edebilmek adına, çok daha düzenleyici bir tavır aldığını bize göstermektedir. Nitekim öğretide THD'nin, MSD'deki *minimum uyum* yaklaşımının terk edilerek; “*maksimum uyum (maximum harmonisation)*” yaklaşımının AB kanun koyucusu tarafından tercih edildiği ifade edilmektedir²⁸.

MSD'nin yukarıda bahsedilen *minimum uyum* özelliği ile paralel olarak, eTKHK'ya eklenen m. 9/A ile yapılan düzenleme de daha genel ve soyut mahiyetteydi. Bu noktada, mesafeli sözleşmeler ile ilgili olarak daha somut ve uygulamaya yönelik - örneğin ön bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı, cayma hakkı gibi - hususlar, o dönemki adıyla Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan MSEHY ile düzenlenmiştir²⁹.

²⁷ Christian Twigg-Flesner/Daniel Metcalfe, “The Proposed Consumer Rights Directive – Less Haste, More Thought”, **European Review of Contract Law**, C. 5, S. 3, 2009, (https://www.researchgate.net/publication/228245373_The_Proposed_Consumer_Rights_Directive_-_Less_Haste_More_Thought) - Erişim Tarihi 01.08.2022, s. 368.

²⁸ Reinhard Steennot, “The Right of Withdrawal under the Consumer Rights Directive as a Tool to Protect Consumers Concluding a Distance Contracts”, **Computer Law and Security Review**, S. 29/2, Nisan 2013, (<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2013.01.005>) – Erişim Tarihi: 01.08.2022, s. 113.

²⁹ Alev Erten, **Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler (Avrupa Topluluğu Mesafeli Sözleşmeler Direktifi ile Karşılaştırmalı Olarak)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2009, s. 5.

Ayrıca belirtmek gerekir ki mesafeli sözleşmelerin Türk hukukunda ilk olarak düzenlendiği eTKHK m. 9/A, eTKHK m. 9'da düzenlenen kapıdan (iş yeri dışında) satış sözleşmelerinden hemen sonra yer almaktaydı. eTKHK m. 9/A/5 hükmünde, tüketiciden cayma hakkı süresince ödeme yapmasını ya da borç altına sokan belge vermesini talep etme yasağı haricinde, mesafeli sözleşmelere de kapıdan (iş yeri dışından) satışlara ilişkin eTKHK m. 9'un uygulanacağı düzenlenmiştir. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında inceleneceği üzere³⁰ mesafeli sözleşmeler ile kapıdan (iş yeri dışından) satış sözleşmeleri, satıcının/sağlayıcının mal veya hizmetlerini sunduğu fiziki mağazasının dışında kurulan tüketici sözleşmeleri olmaları ve tüketicinin ön bilgilendirme ve cayma hakkı ile korunması açısından birbirlerine benzemektedirler.

Daha sonra 2011 yılında, yine eTKHK m. 9/A'da düzenlenen mesafeli sözleşmelerin uygulama usul ve esaslarını belirlemek adına, o dönemki adıyla Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından 06.03.2011 tarihinde 27866 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik (MSDY) yürürlüğe girmiştir. MSDY'nin yürürlüğe girmesi ile MSEHY yürürlükten kalkmıştır.

MSDY'nin yürürlüğe girdiği tarihten sonra ve ancak yine aynı yıl içerisinde, Avrupa Birliği'nde hali hazırda süre gelmiş uygulamaların sonucunda, tüketicinin daha geniş kapsamlı bir şekilde korunması ve modernize edilmesi³¹ ihtiyacı doğmuş ve bu ihtiyacı karşılamak adına, birtakım sair direktifleri tadil etmesinin yanında, MSD'yi de ilga eden, 25.10.2011 tarihli ve 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi³² yürürlüğe girmiştir. Avrupa Birliği mevzuatındaki bu gelişmenin ardından ise, Türk hukukunda, yine uyum süreci çerçevesinde 28.11.2013 tarihli ve 28835 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK yürürlüğe girmiştir ve bu kapsamda eTKHK mülga hale gelmiştir. TKHK m. 48 ise, genel itibarıyla THD ile paralel olacak şekilde mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlemeler getirmiştir.

³⁰ Bknz. Birinci Bölüm, VI, B.

³¹ Steennot, s. 105.

³² Bahsi geçen Direktifin İngilizce metni için bknz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0083&from=EN> ; bahsi geçen Direktifin Türkçe metni için bknz. Hakan Tokbaş, **Tüketici Hukuku ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri**, İstanbul, Aristo Hukuk Yayınevi, 2015, s. 298-325.

III- Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Düzenlemeler

A. Türk Hukukunda

Türk hukukunda, mesafeli sözleşmeler ile ilgili olarak birincil düzenleme, TKHK m. 48 hükmünde yer almaktadır. Bundan sonra gelen ikinci düzenleme ise, TKHK m. 48/7 hükmü uyarınca, 27.11.2014 tarih ve 29188 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’dir (MSY). TKHK m. 48 hükmü, genel olarak, TKHK yürürlüğe girdiğinden beri bir değişikliğe uğramamıştır. Ancak, 01.04.2022 tarihli ve 31796 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, 7392 kanun sayılı *“Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un”* m. 7 hükmü çerçevesinde, TKHK m. 48 hükmünün 3 üncü ve 5 inci fıkraları değiştirilmiş; 6 ncı fıkrası, 7 inci fıkra olmuş ve yine değiştirilmiş ve son olarak da madde hükmüne, mesafeli sözleşmenin kurulmasıyla alakalı olarak aracı hizmet sağlayıcılarına yeni yükümlülükler getiren, yeni bir altıncı fıkra eklenmiştir. Belirtmek gerekir ki TKHK m. 48 kapsamında yapılan bu değişikliklerin yürürlüğü altı ay ertelenmiştir, dolayısıyla bu değişiklikler 01.10.2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecektir. TKHK m. 48 için getirilen bu değişiklikler, esasında 18.12.2019 tarihli, L 328 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi’nde yayımlanan ve 28.05.2022 tarihinden uygulanmaya başlayan, 2019/2161/EU sayılı Direktif kapsamında, THD’de gerçekleşen değişikliklerin, uyum süreci çerçevesinde iç hukuka aktarılmasıyla alakalıdır.

TKHK’nın *“Diğer Tüketici Sözleşmeleri”* başlıklı beşinci bölümü altında yer alan TKHK m. 48 hükmünde, öncelikli olarak THD m. 2/7 hükmünde yapılabilecek bir mesafeli sözleşme tanımı yapılmıştır. Devamında, TKHK m. 48/2 hükmünde, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasını için öngörülen en önemli iki hukuki müesseseden olan, satıcının/sağlayıcının tüketiciyi, genel kural olarak, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce bilgilendirmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. Ayrıca yine bu ikinci fıkrada, tüketicinin mesafeli sözleşmeye konu siparişi onaylamadan hemen önce, siparişi onaylaması halinde ödeme yükümlülüğü altına gireceğine yönelik bilgilendirilmesi gerektiğinden de bahsedilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı, içeriği, yöntemi, kullanılacak dil ve nasıl yapılması gerektiği gibi hususlar

ayrıca TKHK m. 48 kapsamında açıkça düzenlenmemiştir. Bu hususlar, genel itibariyle MSY altında düzenleme alanı bulmuştur.

TKHK m. 48/3 hükmünde ise, mesafeli sözleşmelerin ifa süresi ile ilgili olarak özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre satıcı/sağlayıcı, mesafeli sözleşmeden kaynaklanan edimini, mesafeli sözleşmenin kurulmasından itibaren en geç otuz gün içerisinde yerine getirmelidir. Aksi halde tüketiciye, kanundan kaynaklanan bir sözleşmeyi sonlandırma hakkı tanınmıştır³³. Bununla beraber, 7392 s. Kanun ile TKHK m. 48/3 kapsamında yapılacak değişiklik ile tüketicinin özel isteği veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanacak veya üretilecek malların teslimini içeren mesafeli sözleşmeler için bir ayrıma gidilerek, TKHK m. 48/3'te bahsi geçen otuz gün içerisinde ifa zorunluluğunun, bu tarz mesafeli sözleşmeler için söz konusu olmayacağı düzenlenmiştir.

TKHK m. 48/4 hükmünde ise, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasını sağlayan en önemli müesseselerden biri olan, tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermesine veya cezai şart ödemesine gerek olmaksızın, ileri sürmesi ile sözleşme ilişkisini sonlandıracak olan cayma hakkından bahsedilmiştir. Bu hüküm altında, cayma hakkı süresinin on dört gün ve tüketicinin cayma hakkı ile ilgili olarak, gerektiği gibi bilgilendirilmemesi halinde tüketicinin bu on dört günlük süre ile bağlı olmadığı ve fakat her halükarda on dört günlük sürenin sona ermesinden itibaren bir yılın geçmesi ile cayma hakkı korumasının sona ereceğinden ve cayma hakkı süresi içerisinde tüketicinin mal üzerindeki hangi kullanımlarından sorumlu olup olmayacağından bahsedilmiştir. Bununla beraber, cayma hakkı ile alakalı olarak önemli olan birçok hususun düzenlenmesi, MSY çerçevesinde gerçekleşmektedir.

7392 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramış TKHK m. 48/5 ile, yeni getirilen TKHK m. 48/6 hükümlerinde ise, *“oluşturdukları sistem ile satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcılarının”*, mesafeli sözleşmenin bir fiil tarafı olmamasına karşın, tüketicinin korunması ile ilgili yükümlülükleri düzenleme altına alınmıştır.

³³ Çabri, s. 894-895.

Görülmektedir ki mesafeli sözleşmeler ile ilgili olarak, TKHK m. 48 kapsamında, çok detaylı düzenlemeler yapılmaktan imtina edilmiştir. Mesafeli sözleşmeler ile ilgili geniş kapsamlı ve detaylı düzenlemeler ise kendisine, MSY hükümleri altında yer bulmaktadır. MSY hükümleri, birkaç hususta farklı düzenlemeleri haiz olmakla beraber, genel olarak THD hükümleri ile paralel olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu kapsamda MSY dâhilinde, mesafeli sözleşmenin kapsamına girmeyen sözleşmeler (MSY m. 2/2); ön bilgilendirme yükümlülüğü uyarınca sunulması gereken bilgilerin kapsamı (MSY m. 5); ön bilgilendirme yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceği (MSY m. 6-8); on dört günlük sürenin farklı edimleri konu eden mesafeli sözleşmeler için ne zaman başlayacağı (MSY m. 9); cayma hakkının kullanılması ve kullanılması sonucunda mesafeli sözleşme taraflarının yükümlülükleri (MSY m. 11-14); tüketicinin cayma hakkı korumasından yararlanamayacağı mesafeli sözleşmelerin hangisi olduğu (MSY m. 15); mesafeli sözleşmelerin ifasına ilişkin düzenlemeler (MSY m. 16, 17) gibi, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunma kapsamını ortaya koyacak önemli hususlar yer almaktadır.

B. Avrupa Birliği Hukukunda

Avrupa Birliği hukukunda ise mesafeli sözleşmelere ilişkin en önemli düzenleme, 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi'dir (THD). Evleviyetle belirtmek gerekir ki THD, 97/7/EC sayılı MSD gibi, sadece mesafeli sözleşmeleri düzenleyen bir Direktif değildir. THD içerisinde, tüketicinin korunması ve tüketici haklarına ilişkin birçok düzenleme de bulunmaktadır. THD ile mesafeli sözleşmeleri düzenleyen MSD ve iş yeri dışında kurulan satışları düzenleyen 85/577/EC sayılı Direktif ilga edilmiş; tüketici hukukunda haksız şartları düzenleyen 93/13/EC sayılı Direktif ve tüketici satış sözleşmelerini düzenleyen 99/44/EC sayılı Direktif³⁴ ise değiştirilmiştir. Bununla beraber, THD çerçevesinde yer alan düzenlemelerin büyük bir çoğunluğu, mesafeli sözleşmeler (*distance contracts*) ile iş yeri dışında kurulan sözleşmelere (*off-premises contracts*) ilişkindir.

THD yürürlüğe girmeden önce, AB hukuku açısından, tüketiciyi koruyan düzenlemelerin bir bütünlüğe sahip olmaması öğretide, bu durumun eleştirilmesine

³⁴ Belirtmek gerekir ki 99/44/EC sayılı Direktif, 2019/771/EU sayılı Direktif ile ilga edilmiştir.

sebebiyet vermiştir³⁵. Nitekim, THD'den önceki dönemde, yürürlükte olan direktifler genel itibarıyla, tüketicinin korunması ile ilgili olarak *minimum uyumun* hedeflendiği ve bu kapsamda sadece üye devletlerin uyması gereken temel kuralların yer aldığı direktifler olarak karşımıza çıkmaktadır. *Minimum uyum* yaklaşımının bir sonucu olarak üye devletler, MSD'nin ortaya koyduğu şartları aşacak şekilde, tüketicinin daha da fazla korunmasına yönelik iç hukuk kuralları düzenleyebilmekteydi. Bu ise, üye devletler arasında mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması hususunda, farklı yerel uygulamaların oluşmasına ve birtakım belirsizliklerin doğmasına neden olmuştur. Öyle ki üye devletlerin kendi sınırları içerisindeki farklı uygulamalar ve tüketicinin farklı seviyelerde korunması, tüketicilerin yüksek güvenle Birlik içerisinde sınırlar arası alışveriş yapmasını engellemiştir³⁶. Açıktır ki bu farklı uygulamalar ve belirsizlikler, Avrupa Birliği'nin en önemli özelliklerinden biri olan iç pazarın etkin şekilde oluşmasını engellemekteydi.

THD düzenlemesi açısından ise bahsettiğimiz minimum uyum yaklaşımı terk edilmiş ve bütün üye devletler açısından, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasını yeknesaklaştırmak ve böylelikle iç pazarın güçlendirilmesini sağlayabilmek adına maksimum uyum yaklaşımı benimsenmiştir³⁷. THD'deki bu yaklaşımı somut olarak, THD m. 4 hükmünde görebilmekteyiz. “*Uyum Seviyesi (Level of Harmonisation)*” başlıklı bu maddede, çok açık bir şekilde, tüketiciye THD hükümleri çerçevesinde sağlanandan daha dar ya da geniş kapsamlı korunma sağlanması adına, üye devletlerin Direktif hükümlerinden sapan iç hukuk kuralları getiremeyeceği veya var olanları uygulamaya devam edemeyeceği düzenleme altına alınmıştır³⁸. Buna karşın, önemle altını çizmek gerekir ki üye devletlerin, mesafeli sözleşmeler ile ilgili olarak, THD'de düzenleme alanı bulmayan hususlarda, iç hukuk kuralları getirme yetkisi bulunmaktadır³⁹.

³⁵ Twigg-Flesner/Metcalf, s. 368.

³⁶ Twigg-Flesner/Metcalf, s. 368.

³⁷ Geraint Howells/Christian Twigg-Flesner/Thomas Wilhelmsson, **Rethinking EU Consumer Law**, 1. Baskı, Londra, Routledge Press, Ağustos 2017, s. 94-95.

³⁸ *Maksimum uyum* yaklaşımına verilebilecek bir başka örnek ise THD m. 8/10 hükmünde bulunmaktadır. Bu hükme göre üye devletler, satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili olarak THD'de düzenlenenden daha ağır şekilde ek yükümlülükleri, iç hukuk kuralları ile getiremezler. Görülmektedir ki THD m. 8/10 hükmü ile tüketicinin korunma kapsamını genişletecek ya da tüketicinin daha iyi şartlarda korunmasını sağlayacak olsa dahi, Direktif ile düzenlenmiş hususlarda iç hukuk düzenlemelerine, ana kural olarak, izin vermemektedir.

³⁹ THD “*Giriş*” (13) numaralı açıklama.

Esasında, THD kapsamında tüketicinin korunmasına yönelik öngörülen sınırı aşarak, üye devletlerin tüketiciyi daha yüksek bir standartta koruyacak iç hukuk kurallarının yürürlüğe girmesinin engellenmesi, AB kanun koyucusunun THD'yi düzenlerken birincil amacının; tüketiciyi korumaktan ziyade, iç pazarın etkinliğini sağlamak olduğunu akıllara getirmektedir. Gerçekten de THD'nin, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın "*Tüketicinin Korunması*" başlıklı m. 169 hükmüne dayanılarak değil de; "*Mevzuatların Yaklaştırılması*" başlıklı m. 114 hükmüne dayanılarak çıkarılması, bu durumu ortaya koyar niteliktedir⁴⁰. Antlaşma'nın m. 114/1 hükmü açık şekilde, "*iç pazarın kurulmasını ve işleyişini amaçlayan, üye devletlerin kanun, ikincil düzenleme ve idari kurallarının yaklaştırılmasına ilişkin*" Avrupa Birliği Parlamentosunun ve Konseyinin norm oluşturma yetkisini düzenlemektedir⁴¹. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, iç pazarın etkinliğinin sağlanabilmesi için, tüketicinin Birlik içerisindeki sınırlar arası işlemlerde güveninin, optimum seviyede sağlanması zorunludur.

Buna ek olarak THD'nin, Antlaşma'nın m. 169 hükmüne değil de; m. 114 hükmüne dayanılarak çıkartılmış olması, THD açısından *maksimum uyumun* tercih edildiğini de ortaya koymaktadır. Zira Antlaşma m. 114/3 hükmü uyarınca, tüketicinin korunması ile ilgili alanlarda, Komisyon'un "*yüksek düzeyde bir korumayı hedef*" alacağından bahsetmiştir. Hükmün devamında ise kendi yetkileri dâhilinde Avrupa Parlamentosu'nun ve Konseyi'nin de *yüksek düzeyde bir koruma* sağlanması için çaba sarf edeceği düzenleme altına alınmıştır.

MSD ve THD düzenlemeleri açısından var olan bu yaklaşım fark, Türk tüketici hukukundaki birçok düzenlemenin kaynağının AB hukukundaki düzenlemeler olmasının bir sonucu olarak, mülga MSDY ve şu an yürürlükte olan MSY açısından da gözlemlenebilmektedir.

⁴⁰ Howells/Twigg-Flesner/Wilhelmsson, s. 95.

⁴¹ Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın Türkçe çevirisi için bkz. <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>.

IV-Tanım ve Unsurları

A. Tanım

Türk hukuku için mesafeli sözleşme kavramının tanımı, TKHK m. 48/1 hükmünde açık bir şekilde yapılmıştır. TKHK m. 48/1 hükmünde yapılan tanım şu şekildedir: “*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*”.

Esasında, TKHK m. 48/1 hükmünde yapılan tanım oldukça açıklayıcı ve tanımlayıcı mahiyettedir. Buna göre tüketici ile ona mal veya hizmet sağlayan satıcı/sağlayıcı arasındaki tipik veya atipik sözleşme ilişkisinin mesafeli sözleşme kavramı dâhilinde değerlendirilebilmesi için; o sözleşme ilişkisinin, malların veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, sözleşmenin müzakere süreci ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere tüketici ile satıcının/sağlayıcının eş zamanlı ve fiziksel olarak karşı karşıya gelmeden, uzaktan iletişim araçları marifetiyle kurulması aranır⁴².

TKHK m. 48/1’in, mesafeli sözleşmeler kavramı için yapmış olduğu tanım, MSY’nin “*Tanımlar*” başlıklı 4. maddesinin (e) bendinde de aynı şekilde yer almaktadır.

TKHK m. 48/1 ve MSY m. 4/1 (e)’de yapılan tanım ise, mehz düzenleme olan THD m. 2/7 hükmündeki tanım ile örtüşmektedir. Bu kapsamda, aşağıda açıklanacak unsurların varlığı, THD uyarınca bir mesafeli sözleşmenin varlığından bahsetmek için de aranır.

⁴² Mesafeli sözleşme kavramının tanımı için ayrıca bkz. Mehmet Demir, “Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Ankara, Haziran 2003, (Geri Alma) s. 66-68; Ümit Gezder, “Mesafeli Sözleşmeler”, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı**, Editör: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Mayıs 2015, (Konferans) s. 334; Aydoğdu/Kahveci s. 406-407; Aslan s. 275; Topaloğlu s. 14; Dickie, s. 218-220; Howells/Twigg-Flesner/Wilhelmsson, s. 100-101.

Mesafeli sözleşme kavramı satım, eser, kira gibi ayrı bir sözleşme tipini ifade etmez⁴³, bu noktada bağımsız bir sözleşme tipi değildir⁴⁴. TKHK m. 48 hükmüne bakıldığında görülmektedir ki mesafeli sözleşme kavramı esas olarak, tipi ve içeriği ne olursa olsun, bir sözleşmenin kuruluş veya yapılış biçimine yönelik bir kavram olarak düzenlenmiştir⁴⁵. Bu durum, finansal hizmetler ile ilgili mesafeli sözleşmeleri düzenleyen TKHK m. 49 hükmü için de geçerlidir. Bu sebeple de sözleşmenin tipinin, satım veya kira gibi tipik bir sözleşme veya *sözleşme serbestisi* dâhilinde ortaya çıkmış atipik bir sözleşme olduğu fark etmeksizin, eğer ki bu sözleşmeler uzaktan iletişim araçları ile kuruluyorsa ve TKHK m. 48/1'in (veya THD m. 2/7'nin) aradığı diğer şartlar da mevcut ise - ve MSY'nin, "*Kapsam*" başlıklı m. 2 hükmü altında sayılan, kapsam dışı bırakılan sözleşmelerden de değilse - artık mesafeli sözleşme kavramı dâhilinde değerlendirilecektir⁴⁶. Buna göre mesafeli sözleşme kavramı, sözleşmenin kurulma biçimini, yöntemini ifade eder.

TKHK'nın, MSY'nin ve sair ilgili mevzuatın cevaz vermesi halinde, neredeyse her sözleşmenin mesafeli şekilde kurulması mümkündür. Ancak bu noktada bazı sözleşme tiplerinin, mesafeli şekilde kurulamayacağını da hatırlatmak gerekir. Bu, özellikle sözleşmenin kurulması için sözleşme taraflarının eş zamanlı olarak bir kamu memuru nezdinde hazır olmalarının gerektiği resmi şeklin, geçerlilik şartı olarak mevcut olduğu durumlarda kendini gösterir. Bahsi geçen bu durumun ve hangi sözleşmelerin mesafeli şekilde kurulamayacağına yönelik inceleme aşağıda bilahare yapılacaktır⁴⁷.

B. Ayırt Edici Unsurları

TKHK m. 48/1 hükmü incelendiğinde, bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak kurulabilmesi için, hükümde belirtilen unsurları taşıması gerekmektedir. TKHK m. 48/1 hükmüne göre mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için: Sözleşmenin, (i) bir tarafının tüketici diğer tarafının ise satıcı/sağlayıcı olması, (ii)

⁴³ Zevkliler/Özel, s. 322; Derya G. Bütün Yılmaz, "Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 69, S. 2, Ankara, Aralık 2020, s. 329.

⁴⁴ Gezder, **Konferans**, s. 334.

⁴⁵ Avcı Braun, s. 22.

⁴⁶ Bütün Yılmaz, s. 329; Gezder, **Konferans**, s. 335: Eğer ki bir satış sözleşmesi, uzaktan iletişim araçları marifetiyle kuruluyorsa ve TKHK m. 48'in aradığı diğer şartlar da mevcut ise artık bu satış sözleşmesi, "*mesafeli satış sözleşmesi*" olarak anılacaktır.

⁴⁷ Bknz. Birinci Bölüm, VII, C, 2.

tüketici ile satıcının/sağlayıcının eş zamanlı fiziksel varlığının olmaması, (iii) mesafeli sözleşmenin müzakere, pazarlık aşamasının ve ayrıca kurulmasının, malın veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik bir sistem çerçevesinde ve (iv) uzaktan iletişim araçları kullanılarak kurulması gerekir. Bu unsurlar, mesafeli sözleşmeler için ayırt edici unsurlardır. Aşağıda bu ayırt edici unsurlar açıklanmaktadır.

1- Bir Tarafın Tüketici Diğer Tarafın Satıcı veya Sağlayıcı Olması

Genel olarak, bir hukuki işlemin TKHK çerçevesinde değerlendirilebilmesi için o işlemin bir tüketici işlemi olması gerekir⁴⁸. Mesafeli sözleşmeler kavramının TKHK m. 48 çerçevesinde yer almasının ve TKHK'nın da, adı üzerinde, tüketicinin korunması ile ilgili düzenlemeler getirmesi hususları beraber nazara alındığında, esasında açıktır ki özel bir tüketici işlemi olan mesafeli sözleşmelerin uygulama alanı bulması için sözleşmenin bir tarafının tüketici olması zorunludur⁴⁹. Daha basit bir anlatımla, TKHK m. 48 kapsamında mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için öncelikle sözleşmenin bir tarafının tüketici olması gerekir⁵⁰. O zaman, “*tüketici*” kavramının tanımını ve bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak da bir açıklama yapmak yerinde olacaktır.

Tüketici kavramı hem TKHK m. 3/1 (k) hükmünde hem de MSY m. 4/1 (ğ) hükmünde tanımlanmıştır. Her iki hüküm de aynı tanımları içermektedir ve bu tanım şu şekildedir: Tüketici, “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir*”. Belirtilmesinde fayda vardır ki burada yapılmış olan tanım, şu an artık yürürlükte olmayan⁵¹ Avrupa Birliği'nin 1994/44/EC sayılı Direktifi temel

⁴⁸ Çabri, s. 140; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Yayına Hazırlayanlar: Başak Baysal/Kerem Cem Sanlı, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2019, (Borçlar Hukuku) s. 14.

⁴⁹ Şebnem Akipek, “Madde 3: Tanımlar”, **Milli Şerh: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Editör: Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner, İstanbul, Aristo Yayınevi, Ekim 2016, (Milli Şerh) s. 57.

⁵⁰ Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, “Elektronik Sözleşme Mesafeli Sözleşme Ayrımı”, **E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları**, Editör: Ali Suphi Kurşun/Hakan Tokbaş, İstanbul, Aristo Yayınevi, Ekim 2017, s. 60.

⁵¹ 1994/44/EC sayılı Direktifi, Avrupa Parlamentosu'nun ve Konseyi'nin 2019/771/EU sayılı Direktifinin 23. maddesi hükmü gereğince ilga edilmiştir. Mülga 1994/44/EC sayılı Direktifin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999L0044&from=EN>; bu Direktifi ilga eden 2019/771/EU sayılı Direktifin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0771&from=en#d1e1463-28-1>.

alınarak yapılmıştır⁵²; ancak bu yapılırken, Direktifte belirtilen tanıma ek olarak tüzel kişiler de kapsam içine sokulmuştur⁵³.

AB hukuku açısından, mesafeli sözleşmeye taraf olacak tüketici kavramı, THD m. 2/1 hükmünde yapılmıştır. Esas itibarıyla, THD m. 2/1 hükmü de tüketici kavramından bahsedebilmek için, tüketici olarak nitelendirilecek kişinin, ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmiyor olmasını vurgulamıştır. Ancak THD m. 2/1 hükmünde, lafzı itibarıyla nispeten daha geniş kapsamlı bir tanım yapılmıştır⁵⁴. Buna göre tüketicinin; ticari ve mesleki amaçlarla hareket etmemesinin yanında, kişinin işi ya da zanaatı için de hareket etmiyor olması gerekir⁵⁵. Bu çerçevede THD m. 2/1 hükmünde tüketici; ticari, mesleki, zanaatı veya işi dışındaki amaçlarla hareket eden gerçek kişiler olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, THD m. 2/1’de yapılan tanımın gerçek kişilere yönelik olduğu görülmektedir. Buna göre salt olarak THD m. 2/1 hükmüne bakıldığında tüzel kişilerin, Türk hukukunda olduğunun aksine, tüzel kişi olamayacağı düşünülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki THD’nin “Giriş” kısmındaki (13) numaralı açıklamada, üye devletlerin, mesafeli sözleşmelerde tüketicilere tanınan korumadan, tüzel kişilerin de faydalanabilmesini sağlayacak iç hukuk kuralları getirebileceği belirtilmiştir.

a- Ticari veya Mesleki Olmayan Amaç

TKHK m. 3/1 (k) ve MSY m. 4/1 (ğ) hükümlerinde yapılan bu tanımdan ne anlaşılması gerektiği, bir başka ifadeyle, kimlerin, hangi hallerde bu tanım kapsamında tüketici sayılacağına ortaya konulması gerekir. Tanımdan da anlaşılabilmesi üzere, sözleşmeye taraf olan kişinin (alıcının), tüketici sıfatını haiz olması, bu kapsamda yaptığı işlemin tüketici işlemi olması, ve TKHK kapsamında korumaya tabi olabilmesi için, o tarafın işlemi “*ticari veya mesleki olmayan*

⁵² 1994/44/EC sayılı Direktif m. 1/2 (a): “Consumer: shall mean any natural person who, in the contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are not related to this trade, business or profession.”

⁵³ Çabri, s. 140; M. Alper Gümüş, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Mayıs 2014, s. 30; Aydoğdu/Kahveci, s. 90-91.

⁵⁴ THD m. 2/1 (a): “Consumer means any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession.”

⁵⁵ Joasia A. Luzak, “Online Consumer Contracts”, **Journal of the Academy of European Law**, C. 15, S. 3, Springer Publications, Eylül 2014, (DOI: <https://doi.org/10.1007/s12027-014-0356-x>), (Consumer Contracts) s. 382-383.

amaçlarla” yapması (amaç unsuru); bu amaç dâhilinde “*hareket etmesi*”⁵⁶ ve “*gerçek veya tüzel kişi*” olması gerekir⁵⁷. Buradan hareketle, sözleşmeye taraf bir kişinin, tüketici sıfatını haiz olabilmesi için o işlemi yapmaktaki amacı öncelikle önem arz etmektedir. Bu noktada TKHK, “*amaç sistemini*” esas almaktadır⁵⁸. Burada nazara alınan amaç ise, sözleşmenin diğer tarafı olan satıcının/sağlayıcının değil; alıcı olan tüketicinin amacıdır⁵⁹. Amaç kıstasının ise sübjektif şekilde ele alınması gerekir⁶⁰; bu kapsamda, tüketicinin edinmek istediği mal veya hizmeti hangi amaçla satın aldığı ve amacının ne olduğunu tespit etmek, tüketici kavramının belirlenmesi açısından önemlidir. Tüketicinin, mesleki ve ticari amaçla hareket etmemesi gerekir. Amacın belirlenmesi noktasında öncelikli nazara alınması gereken, tüketici olarak nitelendirilecek tarafın, sözleşme konusu malı bir başkasına satma ve bundan kar elde etme amacı olmaksızın hareket etmesidir.

Tüketici sözleşmelerinin tarafı olan satıcı/sağlayıcı ise, işlem yaparken ticari veya mesleki amaçla hareket eder. Ticari veya mesleki amaç kavramlarından ne anlaşılması gerektiğine kısaca değinmekte de fayda vardır. TTK m. 3/1 hükmünde, ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiillerin, ticari işlerden olacağı belirtilmiştir. Bu halde, bir genel kural olarak, kişinin ticari işletmesini ilgilendiren bütün hukuki işlemlerin ticari amaçla yapıldığı da kabul edilir⁶¹. Buna karşın TTK m. 19/1’de, gerçek kişi tacirlerin, işlemi yaptığı anda, yapmış olduğu işlemin ticari işletmesi ile ilgili olmadığını belirtmesi veya işin ticari iş olmadığı, durumun özelliklerinden anlaşılması halinde ticari amacın varlığından söz edilemeyecektir. Öte yandan, tüketici sıfatını haiz olmayı engelleyen, mesleki hareket etme

⁵⁶ 4077 sayılı eTKHK m. 3/1(e) bendinde yapılan tüketici tanımında, “*hareket eden*” tabiri yerine, “*edinen, kullanan veya yararlanan*” tabiri kullanılmıştır. Buna göre TKHK’deki tanım, eTKHK’ya nazaran daha geniş bir kapsamdadır.

⁵⁷ Aslan, s. 2

⁵⁸ Aydoğdu/Kahveci s. 91.

⁵⁹ Mehmet Akif Tutumlu, **Tüketici Yargılaması Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2019, s. 66.

⁶⁰ Aydoğdu/Kahveci, s. 95. Amaç kıstasının sübjektif olarak ele alınmasından kastedilmek istenen, bir işlemin tüketici işlemi olup olmadığını belirlerken, sözleşme taraflarından birisinin (yani tüketicinin) ticari ya da mesleki olmayan amacının, her sözleşme özelinde var olup olmadığının ortaya konulmasının gerekliliğidir. Objektif olarak, belirli sözleşmelerin açık şekilde sayılması suretiyle, bu sözleşmeler açısından doğrudan bir tarafın, “ticari ya da mesleki olmayan amacın” var olduğundan hareketle, bir işlemin tüketici işlemi olup olmadığını Türk hukuku açısından belirlemek uygun değildir.

⁶¹ Aslan, s. 3.

kavramının, “*serbest meslek faaliyetleri*” ile sınırlı olacak şekilde ele alınması gerektiği ifade edilmiştir⁶².

Ticari veya mesleki amaç, eldeki malın üçüncü kişilere satılarak veya sair şekillerde kullanılması suretiyle kâr elde etme veya malın maliyetini karşılama amacıdır⁶³. Sözleşme kapsamında edineceği malı olduğu gibi veya onu (hammadde ya da yarı mamul olarak kullanması sonucu) işleyerek bir üçüncü kişiye satmak veya çıkar karşılığı devretmek için satın alan; bir başka ifadeyle, ileride o mal için satıcı konumuna girecek veya sonradan faaliyetleri dâhilinde o malın kendisine olan maliyetini geri getirebilecek olan kişilerin tüketici sıfatını haiz olması mümkün olmayacaktır⁶⁴. Sözleşmenin diğer tarafı olan tüketicinin ise - satıcının/sağlayıcının tam tersi bir amaçla - kâr elde etme amacı olmadan, hareket etmesi gerekir⁶⁵. Bu kapsamda, bir hukuki işlemin tüketici sözleşmesi olarak nazara alınabilmesi için sözleşme taraflarının yukarıda belirtilen şekilde zıt amaçlar gütmesi gerekir⁶⁶.

Tüketicinin, sözleşme ilişkisi içerisine girerken özel kullanım veya nihai tüketim için girmesi, mesleki ve ticari amaç gütmeyeceğine işaret eden bir başka unsurdur. Örneğin, mal teslimi edimini içeren tüketici sözleşmelerinde, teslim edilen malın aşınması, tükenmesi, miktar olarak azalması veya değerini yitirmesine sebebiyet verecek şekilde kullanılması veya maldan yararlanılması hallerinde kişinin özel amaçlarla hareket ettiği kabul edilir⁶⁷. Belirtmek gerekir ki, eTKHK’nın 2003 yılında 4822 sayılı kanun ile değiştirilmeden önceki halinde, tüketici kavramının tanımının yapıldığı m. 3/1 (f) maddesinde, “*özel amaç*” ve “*nihai kullanım*” kavramlarına önem verilmiştir⁶⁸. Bu dönemde YHGK’nın vermiş olduğu bir içtihat⁶⁹ *özel amaç*, insana özgü barınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçlara ilişkin olmasının yanı sıra ticari olmayan amaç şeklinde belirtilmiş; ticari

⁶² Aslan, s. 3.

⁶³ Zevkliler/Özel, s. 94.

⁶⁴ Aydoğdu/Kahveci, s.96; İpek Yücer Aktürk, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 2, Ankara, 2016, s. 112-113.

⁶⁵ Çabri, s. 140.

⁶⁶ Aydoğdu/Kahveci, s. 91; Çabri, s. 140: Bu noktada, sözleşmenin her iki tarafının da ticari ve mesleki amaç gütmeyeceği veya her ikisinin de bunu güttüğü hallerde artık tüketici sözleşmesinden bahsedilemeyecektir

⁶⁷ Zevkliler/Özel, s. 94, Tutumlu, s. 67.

⁶⁸ 4822 sayılı kanun öncesi eTKHK m. 3/1 (f): “*Tüketici: Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişiyi, ifade eder.*”

⁶⁹ Yargıtay HGK, E. 2000/19-1255, K. 2000/1249, T. 11.10.2000, (www.lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 01.08.2022).

olmayan amaç ise, “*kişinin ticareti veya mesleği ile ilgili olmayan amaç*” olarak nitelendirilmiştir. Yine bu içtihadta YGHK, *nihai kullanımı* ise, kişinin bizzat kendi kullanımı ya da yararlanması halinde mevzu bahis olacağını belirtmiştir. Bu çerçevede, malın veya hizmetin özel ya da nihai tüketim amacı ile satın alınması halinde de, artık kar etme amacından bahsedilemeyeceği için, TKHK’da bahsi geçen *amaç unsurunun* sağlandığı ve artık, tüketici sıfatının varlığından bahsedilir.

Tüketici olarak nitelendirilecek tarafın amacını ortaya koyarken önem arz eden bir başka husus da, sözleşme konusu malın bizzat tüketici tarafından kullanılmasının veya hizmetten bizzat tüketici tarafından faydalanılmasının gerekip gerekmediği meselesidir. Esasında, sözleşme konusu malın veya hizmetin bizzat tüketici tarafından kullanılmıyor oluşu, salt olarak, o kişinin tüketici sıfatını haiz olmasını ve o sözleşmenin tüketici işlemi olması durumunu etkilemez⁷⁰. Yukarıda belirtildiği üzere bir sözleşmede bir tarafın tüketici olarak nitelendirilmesi noktasında önemli olan o tarafın, ticari veya mesleki ya da kar elde etme amaçlarıyla hareket edip etmemesidir. Buna göre tekrardan satışa sunarak kar elde etme amacının bulunmadığı veya genel olarak ticari işletmesinde kullanmak veya mesleki bir amaçla hareket edilmediği sürece, sözleşme dâhilinde elde edilen malın, bizzat o kişi tarafından kullanılmıyor oluşu önem arz etmeyecektir. Örneğin, çocuğuna oyuncak alan bir kişinin, sırf o oyuncakı kendisinin kullanmayacağından bahisle, tüketici olmadığını ifade etmek mümkün değildir. Nitekim, TKHK m. 3/1 (k) hükmünün, amaç bakımından açık bir şekilde “*mesleki ve ticari olmayan amacı*” esas alması karşısında, artık yukarıda bahsi geçen çerçevede amaç unsurunun sağlanması halinde, sözleşme ile elde edilen mal veya hizmetin bizzat tüketici tarafından kullanılmasının önem arz etmemesi gerekir. Ancak bununla beraber, olayın somut özellikleri de dikkate alınarak, malın veya hizmetin bizzat sözleşmenin tarafınca değil de bir başkası tarafından kullanılıyor oluşunun, artık o malın veya hizmetin nihai tüketim amacıyla alınmamış olduğuna işaret edebileceği unutulmamalıdır⁷¹. Bu noktada, başkasına kullandırmadan bir kar elde edilip elde edilmediğine dikkat edilmelidir.

⁷⁰ Çabri, s. 141.

⁷¹ Zevkliler/Özel, s. 94. Yazarlara göre malın nihai olarak satın alınması, malın “*bizzat kendi kullanımı ve yararlanması için edinilmesini ifade eder*”.

Tüketici olarak nitelendirilecek kişinin amacının belirlenmesinde, kişinin sözleşmenin kurulma anındaki amacı dikkate alınmalıdır⁷². Buna göre, kişinin sözleşmenin kurulduğu andaki amacının ne olduğuna bakmak gerekir; sözleşmenin kurulmasından sonra amacın değişmesi ise amaç unsurunun belirlenmesi açısından nazara alınmamalıdır.

Tüketici olarak nitelendirilecek tarafın, tacir veya esnaf olması da doğrudan önem arz etmez. Hatta gerçek kişiler açısından, bu kişiler tacir olsalar dahi amaç unsurunu sağlamaları halinde tüketici sayılırlar. Her ne kadar TTK m. 19/1 hükmünün ilk cümlesi kapsamında, gerçek kişi tacirlerin borçlarının ticari borç olması asıl olsa da aynı hükmün ikinci cümlesi uyarınca *“gerçek kişi olan tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır”*. Bu halde, tacir ya da esnaf olan gerçek kişilerin, yukarıda bahsi geçen kar elde etme amacı olmadan, özel veyahut nihai tüketim amacı ile yapacakları işlemler, tüketici işlemi olarak değerlendirilmelidir.

b- Tüzel Kişilerin Tüketici Sıfatı

Tüketici kavramının tanımının yapıldığı TKHK m. 3/1 (k) hükmüne bakıldığında görülmektedir ki Türk hukuku açısından tüketici sıfatına, gerçek kişilerin yanında tüzel kişiler de sahip olabilmektedir. Yukarıda bahsi geçen amaç unsurunu sağlayan gerçek ve tüzel kişilerin tüketici sıfatını taşımaları mümkündür. Tüzel kişiler açısından, ticari ve mesleki olmayan amaçtan, tüzel kişinin faaliyet konusunun dışında kalan işler ile ilgili olarak özel ya da nihai tüketim sağlama amacını, anlamak gerekir. Bununla beraber, özellikle tüzel kişiler açısından hangi hallerde tüketici sayılacakları meselesinin ayrıca incelenmesinde fayda vardır.

Tüzel kişilerin tüketici sıfatını haiz olmaları noktasında, tacir olmaları veya olmamalarına göre ikili bir ayrım yapmakta fayda vardır. Tacir olmayan tüzel kişiler için ise, faaliyetleri kapsamında bir ticari işletme işletip işletmiyor olmalarına göre yine ikili bir ayrım daha yapmakta fayda vardır⁷³. Tacir olmayan ve işletme

⁷² Aydoğdu/ Kahveci, s. 95; Çabri, s. 66.

⁷³ Çabri, s. 144-145.

işletmeyen tüzel kişilerin, yaptıkları işlemlerde ve taraf oldukları sözleşmelerde özel amaçlarla (kar elde etme amacı olmadan) hareket ettiği kabul edilir⁷⁴ ve bu sebepten dolayı da tüketici sıfatını haiz olmaları ve TKHK'ya tabi olmaları söz konusudur⁷⁵. Buna karşılık, tacir olmayan tüzel kişilerin, örneğin vakıflar veya derneklerin, kuruluş amaçlarını yerine getirmek amacıyla bir ticari işletme işletmeleri halinde; ticari işletmeleri ile alakalı yerine getirdikleri faaliyetleri veya bu faaliyetlerin devamını sağlamak için yaptıkları iş ve işlemler artık ticari iş sıfatını alır; ve bu kapsamda tüketici sıfatını haiz olmaları mümkün değildir⁷⁶. Bu tip işlemlerin, kar elde etme amacı olmadan ya da özel veya nihai tüketim amacıyla yapıldıkları kabul edilemez.

Tacir olan tüzel kişilerin ise tüketici sıfatını haiz olup olmayacakları noktasında, öğretide tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay'ın⁷⁷ da içtihatlarını bu yönde oluşturduğu öğretideki bir görüşe göre tüzel kişi tacirlerin yaptıkları her türlü eylem, muamele ve işlemler, ticari mahiyettedir ve tacir tüzel kişilerin – yani şirketlerin – tüketici sıfatına sahip oldukları bir durumdan da bahsedilemez⁷⁸. Bu noktada TTK m. 19/1, c.2 kapsamında gerçek kişi tacirlere tanınan durum; tüzel kişi tacirler için söz konusu değildir. Buna karşılık öğretideki diğer görüşe göre ise, her ne kadar tacir tüzel kişilerin kendi faaliyetleri kapsamında, bu faaliyetlerinin devamı için vazgeçilmez ve sürekli yapılması gereken işler ticari nitelikte olsa da; özellikle geçici faaliyetleri ile ilgili olarak *amaç unsurunun* da sağlanması halinde tüketici sıfatını haiz olmaları, mümkün kabul edilmelidir⁷⁹.

Yukarıda açıklananlardan da anlaşılacağı üzere, tüketicinin gerçek veya tüzel kişi olması noktasında da işleme yönelik amacı önem taşımaktadır ve bu amacın, her

⁷⁴ Yücer Aktürk, s. 106, 112-113. Ayrıca bu durum, TTK m. 16/1 hükmünün mefhumu muhalifinden de tespit edilebilmektedir.

⁷⁵ Özel, s. 60; Yargıtay 11. HD, E. 1997/1815, K. 1997/5112, T. 26.06.1997, “*Maddede gerçek kişiler yanında tüzel kişilerden söz edilmesi bazı duraksamalara neden olabilirse de tacir olmayan tüzel kişiler yönünden, söz gelimi; dernek, vakıf ve kooperatiflerin de tüketici tanımı içinde kabulü gerekir.*” (www.lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 01.08.2022).

⁷⁶ Gümüş, s. 30; Tutumlu s, 83-85.

⁷⁷ Yargıtay HGK, E. 2000/19-1255, K. 2000/1249, T. 11.10.2000; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu içtihadında, tüzel kişi tacirlerin özel kullanım ya da nihai tüketimde bulunmasının mümkün olmadığını belirterek, tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatını haiz olmalarının mümkün olmadığını belirtmiştir.

⁷⁸ Zevkliler/Özel, s. 92; Aydoğdu/Kahveci, s. 95; Özel s. 60.

⁷⁹ Atilla Altop, “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, Özel Sayı (Türk-Avusturya Hukuk Haftası Özel Sayısı), İstanbul, Aralık 2004, s. 1-2, Çabri, s. 148-149.

somut olayın özel koşulları çerçevesinde belirlenmesi gerekir⁸⁰. Bu noktada TKHK m. 3/1 (k) hükmünde verilen tanıma genel bir perspektiften bakıldığında söylenebilir ki tüketici sıfatı esasen *“bir kişiye değil, duruma özgü bir sıfattır; bir kimse bir durumda tüketici olarak hareket ederken, başka bir durumda satıcı veya sağlayıcı olarak hareket edebilmektedir”*⁸¹.

Sonuç itibarıyla, TKHK m. 48 kapsamında mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için öncelikle, sözleşmenin bir tarafının, yukarıda açıklananlar çerçevesinde nitelendirilen kar elde etme gayesinde olan ve bu kapsamda mesleki ve ticari amaçlar güden satıcı/sağlayıcı; diğer tarafının ise, kar elde etme gayesi gütmeyen ve özel veya nihai tüketim amacı ile işlemi yapan tüketici olması gerekir.

2- Sözleşme Taraflarının Eş Zamanlı Fiziksel Varlığının Olmaması

Mesafeli sözleşmelerin hem TKHK m. 48’de ve THD’de düzenlenme şekli hem de bu müessesenin doğası gereği, taraflar arasında sözleşme kurulurken bir mesafe olması gerekir. Öğretide mevzuatlarda yapılan düzenlemeye paralel olacak şekilde mesafe olgusundan; sözleşme taraflarının maddi varlıklarının karşılıklı şekilde beraber olmalarına gerek olmaksızın, yüz yüze gelmeksizin veya aynı ortamda bulunmaksızın sözleşmeyi kurabilmeleri şeklinde nitelendirilmektedir⁸². Buna göre, TKHK m. 48 anlamında bir mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için sözleşme kurulurken, tarafların maddi veya fiziksel olarak karşı karşıya gelmemeleri aranır. Ancak, burada bahsi geçen eş zamanlı fiziksel varlıklarının olmamasının, sadece sözleşmenin kurulması anını değil; kurulmadan önceki müzakere ve pazarlık sürecini de kapsamı gerekir. Aksi halde, mesafeli sözleşmeden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Örneğin, tarafların sözleşmenin müzakere ve pazarlık sürecini eş zamanlı fiziksel olarak karşı karşıya yapmalarının ardından, uzaktan iletişim araçlarıyla mesafeli olarak sözleşmenin kurulması halinde, TKHK m. 48 (ve THD) korumasını haiz bir sözleşmeden bahsedilemez⁸³.

⁸⁰ Ozanoğlu, s. 71; Yücer Aktürk, s. 111.

⁸¹ Avcı Braun, s. 22-23.

⁸² Abdülkerim Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2009, (Mesafeli Sözleşmeler) s. 60; Uzun Kazmacı, s. 2796.

⁸³ Aydoğdu/Kahveci, s. 407.

Bununla beraber burada bahsi geçen eş zamanlı fiziksel varlığın olmamasının, aynı zaman dilimi içerisinde karşı karşıya gelmemek şeklinde anlaşılmaması gerekir. Aksi hali tüketicinin koruma alanını sınırlandıracaktır⁸⁴. Bir başka ifade ile, sözleşmeyi kuracak olan tarafların zamansal açıdan da karşılıklı olmaları gerekmez. Bu noktada, tarafların her ne kadar fiziksel olarak karşı karşıya olmamalarına rağmen, aynı zaman diliminde birleşiyor olmaları, örneğin görüntülü iletişim araçlarıyla aynı zaman dilimi içerisinde yüz yüze gelerek sözleşmeyi kurmaları⁸⁵ ile; zamansal olarak karşı karşıya gelmeden, örneğin satıcının/sağlayıcının önerisini elektronik posta yoluyla gönderdiği zaman diliminden sonra tüketicinin, daha sonraki bir zaman dilimi içerisinde, öneriyi kabul etmesi arasında, bir fark bulunmamaktadır.

Sözleşmenin mesafeli olarak kuruluyor olması, yani tarafların karşı karşıya gelmemesi, doğrudan mesafeli sözleşmenin hazır olmayanlar arasında kurulduğu sonucuna varılmasını sağlamaz⁸⁶. Mesafeli sözleşmeler açısından önemli olan husus, tarafların TBK m. 4 veya m. 5 anlamında hazır olup olmamaları değil; fiziken karşı karşıya gelmiyor oluşlarıdır⁸⁷. TBK m. 4 ve m. 5 hükümleri uyarınca, bir sözleşmenin hazır olanlar veya olmayanlar arasında kurulmasına ilişkin genel düzenleme, sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların birbirine yöneltmesi gereken irade beyanlarının diğer tarafa ulaşma ve o tarafça öğrenebilme zamanına yöneliktir⁸⁸. Buna göre bir mesafeli sözleşmenin hazır olanlar veya olmayanlar arasında kurulup kurulmadığını tespit ederken, sözleşmenin akdedilmesinde kullanılan uzaktan iletişim aracının niteliği önem arz eder⁸⁹. Zira kullanılacak uzaktan iletişim araçları, öneri ve kabul beyanlarının mesafeli sözleşme taraflarına nasıl ulaşacağını ve bunların öğrenebilme imkânlarını belirler. Mesafeli sözleşmelerin hazırlar arasında olup olmadığına yönelik daha detaylı açıklama, aşağıda daha detaylı şekilde yapılmıştır⁹⁰. Bu sebeple de burada, bu konu ile ilgili daha fazla açıklama yapılmayacaktır.

⁸⁴ Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 61.

⁸⁵ Çabri, s. 870.

⁸⁶ Avcı Braun, s.30.

⁸⁷ Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, s. 29; Emrehan İnal, **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ocak 2005, s. 170; Mehmet Demir, **Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması**, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, Ocak 2004, (Mesafeli Sözleşme) s. 31; Çabri, s. 869; Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 61-62.

⁸⁸ O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C: V/1,1, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2019, s. 339-340.

⁸⁹ Avcı Braun, s. 30.

⁹⁰ Bknz. Birinci Bölüm, VII, A.

3- Uzaktan İletişim Araçlarının Varlığı

Bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak kurulabilmesi için sözleşmenin, müzakere-pazarlık süreci ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması gerekir. TKHK kapsamında, uzaktan iletişim araçları kavramından ne anlaşılmasına yönelik bir tanım mevcut değildir. MSY m. 4/1 (h) hükmü ise, uzaktan iletişim araçları tabirinden ne anlaşılması gerektiğine yönelik kesin ve açıklayıcı bir tanım yapmış olmasa da, “*mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkan veren her türlü araç veya ortam*” şeklinde, kapsayıcı ve örneklerle dayalı bir tanım yapmıştır. Esasında, burada yapılan uzaktan iletişim aracı tanımında önem arz eden husus, sözleşme taraflarının fiziksel olarak karşı karşıya gelmesini gerektirmeyecek ve ancak buna karşılık sözleşmenin kurulmasına aracı olabilecek her türlü araç veya ortamın, uzaktan iletişim aracı şeklinde değerlendirilebileceğidir. Zira teknolojinin her geçen gün gelişmesi ile teknolojik imkânların daha da artması ve erişilebilir olması karşısında, uzaktan iletişim araçlarının nitelikleri ve mahiyetleri de değişime açıktır. Bu noktada, bu husus da göz önünde tutularak MSY’de uzaktan iletişim araçlarının tahdidi şekilde örneklenerek bir tanımda bulunulmaması ve ucu açık şekilde düzenlenmesi, teknolojinin sürekli gelişmesi ve gelişebilmesi karşısında isabetli olmuştur⁹¹. Duruma somut açıdan bakıldığında, mesafeli sözleşmenin tarafları olan tüketici ile satıcının/sağlayıcının fiziksel olarak karşı karşıya gelmesine gerek bırakmayacak ve bu kapsamda sözleşmenin akdedilmesini sağlayacak her türlü araç ve ortamın, uzaktan iletişim aracı olarak kabul edilmesini söylemek mümkündür⁹².

Uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla sözleşmenin kuruluyor oluşu, esasında mesafeli sözleşmelerde tüketiciye ayrıca koruma sağlanmasının temel nedenlerinden biridir. Zira tüketici, uzaktan iletişim araçları ile müzakere ettiği ve kurduğu sözleşmede, edinmek istediği mal veya hizmetler ile ilgili yeterince incelemede bulunamaz; sadece satıcının/sağlayıcının ona verdiği bilgilerle hareket edebilir.

⁹¹ Avcı Braun, s. 29; Çabri, s. 871, Ahmet Karakocalı/Ali Süphi Kurşun, **Tüketici Hukuku (6502 sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)**, 1. Baskı, İstanbul, Aristo Yayınevi, Kasım 2015, s. 313.

⁹² Mustafa Topaloğlu, **Milli Şerh: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Editör: Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner, İstanbul, Aristo Yayınevi, Ekim 2016, (Milli Şerh) s. 765.

Tüketici ile satıcının/sağlayıcının, sözleşmenin kurulması süreci boyunca tek bir uzaktan iletişim aracını kullanma zorunlulukları bulunmamaktadır⁹³. Önemli olan, sözleşmenin müzakere süreci ve kurulması anında uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasıdır. Bu noktada mesafeli sözleşmenin tarafları, sözleşmenin müzakere aşamasında farklı, kuruluş anında farklı uzaktan iletişim araçları kullanabilirler. TKHK m. 48/1 hükmünde uzaktan iletişim araçlarına yönelik çoğul kullanımın olması da bu sonuca varılmasına imkân vermektedir⁹⁴. Nitekim bu husus, TKHK m. 48'in mehz düzenlemesi olan THD'nin, mesafeli sözleşme kavramını tanımladığı m. 2/7 hükmünde de açıkça belirtilmiştir. Direktifte yapılan bu tanımda bir veya birden fazla uzaktan iletişim aracının kullanılmasıyla mesafeli sözleşmenin kurulabileceği düzenleme altına alınmıştır⁹⁵. Örneğin, sözleşmenin müzakere sürecinin görüntülü iletişim araçlarıyla yerine getirilip daha sonra sözleşmenin elektronik posta yoluyla kurulması; veya, satıcının/sağlayıcının önerisini kısa mesaj yoluyla göndermesi, tüketicinin ise kabul beyanını internet sitesi üzerinden göndermesi ile beraber mesafeli sözleşmeyi birden fazla iletişim aracı kullanarak kurmaları mümkündür.

TKHK m. 48'de sözleşmenin müzakeresi ve kurulması sürecinde, münhasıran uzaktan iletişim araçlarının kullanılması gerektiğine yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak hem TKHK m. 48'in gerekçesine hem de mehz düzenleme THD'nin m. 2/7 hükmüne⁹⁶ bakıldığında anlaşılmaktadır ki sözleşme kurulurken, kesintisiz şekilde olması aranmasa da müzakerenin başladığı andan sözleşmenin kurulduğu ana kadar, sadece uzaktan iletişim araçlarının kullanılması gerekir⁹⁷. Bu kapsamda, uzaktan iletişim araçlarının kullanıldığı bir süreçte, bir noktada gerek sözleşmenin müzakeresi gerekse kurulması anında taraflar uzaktan iletişim araçlarını kullanmayı bırakmışlar ve fiziksel olarak bir araya gelmişler ise, veya sözleşme müzakerelerini önce satıcının/sağlayıcının iş yerinde gerçekleştirdikten sonra tüketici siparişini uzaktan iletişim aracı vasıtasıyla

⁹³ Çabri, s. 871; Steennot, s. 107.

⁹⁴ Avcı Braun, s. 29.

⁹⁵ 2011/83/EU Direktif m. 2/7: "...with the exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the time at which the contract is concluded."

⁹⁶ Tüketici Hakları Direktifinde ise bu durumu "exclusive use of one or more means of distance communication" ibaresinden anlamak mümkündür. Burada, münhasıran anlamına gelen "exclusive" tabiri kullanılarak, sözleşmenin müzakeresi ve kurulması anında münhasıran uzaktan iletişim araçlarının kullanılması gerektiği düzenlenmiştir.

⁹⁷ Ayrıca bkz. Gezder, **Konferans**, s. 337.

gerçekleştirmişse, artık burada mesafeli sözleşmeden bahsetmek mümkün olmayacaktır⁹⁸.

Bununla beraber, tüketicinin sadece bilgi almak amacıyla satıcının/sağlayıcının işyerine gitmesi ve ondan sonra uzaktan iletişim aracıyla sözleşmeyi kurması halinde ise, ortada bir mesafeli sözleşmenin varlığından bahsedilir⁹⁹. Bu husus hem TKHK m. 48'in gerekçesinde¹⁰⁰ hem de THD'nin "*Giriş*" bölümünün (20) numaralı paragrafında¹⁰¹ açık şekilde belirtilmiştir. Bu halde gerek Türk gerek ise AB kanun koyucusunun, sözleşmenin kurulma anından önceki süreci sadece müzakere/pazarlık kısmı ile sınırlı tuttuğu anlaşılmaktadır. eTKHK'da ise uzaktan iletişim araçlarının hangi zaman diliminde kullanılması gerektiğine yönelik herhangi bir açıklama bulunmamaktaydı¹⁰². Ancak o dönem öğretilde, sözleşme müzakerelerinin başlamasından, sözleşmenin kurulması anına kadar tarafların eş zamanlı fiziksel varlıklarının olmadan, uzaktan iletişim araçlarının kullanılması gerektiği belirtilmekteydi¹⁰³. Kanımızca, bu yaklaşım tüketicinin korunması amacına hizmet eden bir yaklaşım olduğu için yerindedir. Sözleşmenin kurulma anından önceki dönemi, müzakere/pazarlık süreci ile sınırlı tutmamak, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması kapsamını, oldukça daraltırdı¹⁰⁴. Buna karşın Steennot'a göre mesafeli sözleşmelerde tüketicinin (cayma hakkı ile) korunmasının en önemli sebebi, tüketicinin sözleşme ile elde edeceği malı veya hizmeti, satıcının/sağlayıcının mağazasına giderek daha önceden inceleme, gözden geçirme ya da deneme imkanı

⁹⁸ Zevkliler/Özel, s. 322-323; Topaloğlu, s. 14; Bütün Yılmaz, s. 331; Erten, s.171.

⁹⁹ Aydoğdu/Kahveci, s. 407; Karakocalı/Kurşun s. 157.

¹⁰⁰ "*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.*"

¹⁰¹ "*That definition should also covers situations where the consumer visits the business merely for the purpose of gathering information about the goods or services and subsequently negotiates and concludes the contract at a distance.*"

¹⁰² Bütün Yılmaz, s. 330.

¹⁰³ Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, s. 29-30; Gezder, **Konferans**, s. 337-338. Ayrıca bkz. E. İnal, s. 77, 168: Yazar, tüketicinin bilgi almak amacıyla satıcının/sağlayıcının işyerine gitmesi halinde artık mesafeli sözleşmenin varlığından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir.

¹⁰⁴ Uzun Kazmacı, s. 2795: Yazara göre böyle bir sınırlamada bulunulmaması hali tüketici aleyhine sonuçlar doğuracağı gibi ispat hukuku açısından da zorluklar yaratacaktır. Aksi yönde Steennot, s. 117: Yazara göre, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin (cayma hakkı ile) korunmasının sebeplerinden en önemlisi, sözleşme ile elde edeceği malı veya hizmeti, satıcının/sağlayıcının mağazasına giderek daha önceden inceleme, gözden geçirme ya da deneme imkânı olmamasıdır. Lakin, tüketicinin sadece bilgi almak için bile olsa satıcının/sağlayıcının mağazasına gitmesi halinde, mal veya hizmeti inceleyip, gözden geçirme ve bu kapsamda kendi deneyimleri dâhilinde bilgi edinmesi yüksek ihtimal dâhilindedir. İşte bu sebepten dolayı, tüketicinin bilgi almaya satıcının/sağlayıcının mağazasına gittiği halleri kapsayacak şekilde cayma hakkı koruması sağlanması yerinde değildir.

olmamasıdır. Lakin, tüketicinin sadece bilgi almak için bile olsa satıcının/sağlayıcının mağazasına gitmesi halinde, mal veya hizmeti inceleyip, gözden geçirme ve bu kapsamda kendi deneyimleri dâhilinde bilgi edinmesi yüksek ihtimal dâhilindedir. İşte bu sebepten dolayı Steennot’a göre, tüketicinin bilgi almaya satıcının/sağlayıcının mağazasına gittiği halleri kapsayacak şekilde cayma hakkı koruması sağlanması yerinde değildir¹⁰⁵.

TKHK m. 48’in gerekçesinde ve THD’nin “Giriş” kısmının (20) numaralı açıklamasında, bir profesyonelden hizmet almak amacıyla tüketici tarafından uzaktan iletişim aracı kullanılarak rezervasyon yapılması halinde mesafeli sözleşmelerin kapsamına giren bir halden bahsedilmeyeceği belirtilmiştir. Ancak bu bahsedilen hal için çoğu zaman zaten kurulmuş bir sözleşme bulunmamaktadır. Bir hizmet sözleşmesinin kurulması için, sözleşmenin esaslı unsurlarından biri olan bedel üzerinde tarafların anlaşması gerekir; hâlbuki salt olarak rezervasyon yapılması, taraflar arasında bir sözleşmenin kurulduğu anlamına gelmeyecektir¹⁰⁶.

4- Mal ve Hizmetlerin Uzaktan Pazarlanmasına Yönelik Oluşturulmuş Bir Sistem Çerçevesinde Gerçekleştirilmesi

TKHK m. 48/1, MSY m. 4/1 (e) ve THD m. 2/7 hükmüne göre mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için sadece sözleşmenin uzaktan iletişim araçları ile kurulması yeterli olmaz. Aynı zamanda sözleşmenin, malın veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik satıcı/sağlayıcı veya aracı tarafından oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde gerçekleşmesi gerekir. Tıpkı eş zamanlı fiziksel varlığın olmaması ve uzaktan iletişim araçlarının kullanılması unsurlarında olduğu gibi, uzaktan pazarlama sisteminin kullanılması unsuru da sözleşmenin hem müzakere/pazarlık hem de kuruluş süreci boyunca var olmalıdır¹⁰⁷.

Her ne kadar mal ve hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik oluşturulmuş bir sistemin varlığı, mesafeli sözleşmeler için bir unsur olarak belirtilmiş ise de bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğine yönelik TKHK m.48’de MSY’de veya THD’de bir tanım bulunmamaktadır. Bununla beraber TKHK m. 48’in gerekçesinde,

¹⁰⁵ Steennot, s. 107.

¹⁰⁶ Avcı Braun, s. 30.

¹⁰⁷ Özel, s. 245.

bu unsur “*uzaktan pazarlamaya yönelik bir organizasyonun var olması*” şeklinde nitelendirilmiştir¹⁰⁸. Devamında ise bu uzaktan pazarlama sisteminin tek seferlik veya istisnai olmamasından bahsedilmiştir¹⁰⁹. Nitekim öğretide de, satıcının/sağlayıcının ya da tüketicinin, mal satımına veya hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmeyi, tek seferliğine veya istisnaen uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla kurmasının söz konusu olduğu hallerde, artık mesafeli sözleşmeden bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir¹¹⁰. Satıcının/sağlayıcının, uzaktan pazarlamaya ilişkin sisteminin bulunması ve ancak bu sistemin çok az kullanılması veya daha önce hiç kullanılmıyor olması ise bir fark yaratmaz¹¹¹; bu halde, diğer kanuni şartları mevcutsa, mesafeli sözleşmeden bahsedilir.

Ayrıca yine madde gerekçesinden anlaşılmaktadır ki bu noktada satıcının/sağlayıcının uzaktan pazarlama sisteminin olması yanında, aynı zamanda, mal veya hizmetlerini fiziksel ortamlarda da satışa sunması önem arz etmez. Bu noktada satıcının veya sağlayıcının birbirine alternatif iki pazarlama tekniğini kullanması mümkündür¹¹².

Öğretide, uzaktan pazarlama sisteminden ne anlaşılması gerektiği hususu ile ilgili olarak farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Öğretide İnal’ın¹¹³ ve Yıldırım’ın¹¹⁴ yaklaşımına göre; istisnai veya tek seferlik olmayan uzaktan pazarlama sistemini tespit edebilmek için meseleye, tüketici gözünden bakmak gerekir. Eğer ki satıcının/sağlayıcının, yapmış olduğu reklam ve tanıtım faaliyetlerinden, sunduğu ürünlere veya hizmetlere ilişkin kataloğundan veya internet sitesinden; uzaktan pazarlama sisteminin düzenli olarak kullanıldığı, makul ve ortalama bir tüketici bakış açısıyla haklı görülebiliyorsa bu halde düzenli (istisnai olmayan) uzaktan pazarlama sisteminin varlığından söz edilmelidir. Bunun yanında, Bozbel’in¹¹⁵ yaklaşımına göre ise, uzaktan pazarlama sistemini tespit edebilmek için öncelikle, satıcının/sağlayıcının işyerinde, mal ve hizmetlerinin uzaktan pazarlamasına yönelik

¹⁰⁸ Kanun gerekçesi.

¹⁰⁹ Kanun gerekçesi.

¹¹⁰ Steennot, s. 107; Nafiye Yücedağ Göztepe, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 27, Ankara, Temmuz 2016, s. 699; Çabri s. 872; Topaloğlu, s. 18; Uzun Kazmacı, s. 2795; Demir, Mesafeli Sözleşmeler, s. 25-26; Bozbel, s. 789.

¹¹¹ Topaloğlu, s. 18.

¹¹² Özel, s. 245; Aydoğdu/Kahveci, s. 407.

¹¹³ E. İnal, s. 78.

¹¹⁴ Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 68.

¹¹⁵ Bozbel, s. 789.

ayrı bir sürüm ve sisteminin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Sonrasında ise satıcının/sağlayıcının, içinde bulunduğu reklam ve tanıtım faaliyetlerine bakmak gerekir. Eğer ki satıcının/sağlayıcının ürünlerinin veya hizmetlerinin, tanıtımını veya reklamını yaparken kullandığı katalog, broşür, elektronik posta gibi bilumum reklam ve tanıtım araçlarında uzaktan iletişim araçlarıyla tüketicilerin siparişlerini kabul ettiğini belirtiyorsa bu halde artık düzenli bir uzaktan pazarlama sisteminin varlığından bahsedilebilir. Gezder¹¹⁶ ise, uzaktan pazarlama sisteminin varlığını kararlaştırırken, satıcının/sağlayıcının mal ve hizmet faaliyetlerinin önemli kısmını nasıl gerçekleştirdiğine bakılması gerektiğini belirtmiştir. Uzaktan pazarlama sistemini, “*organize edilen satış/hizmet sistemi*” şeklinde kısaca tanımlayan yazar, satıcının/sağlayıcının mal ve hizmet sağlama faaliyetlerinin hepsinin veya önemli bir kısmının mesafeli satış veya hizmet sağlanmasına yönelik olması halinde, düzenli bir uzaktan pazarlama faaliyetinin varlığından bahsedilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Tüm bunlarla beraber öğretilde, uzaktan pazarlama sisteminin varlığını tespit ederken, her somut olayın özel koşullarına bakılması gerektiği; bu kapsamda örneğin, satıcının/sağlayıcının mesafeli satış yapmak amacıyla bünyesinde ayrıca personel çalıştırmasının, sadece reklam veya tanıtım amacıyla değil de satışların gerçekleşmesi için internet sitesinin bulunması gibi hususlara bakılarak, düzenli ve tek sefere mahsus olmayan şekilde uzaktan pazarlama sisteminin var olup olmadığına karar verilmesi gerekir diyen bir görüş de bulunmaktadır¹¹⁷.

Mesafeli sözleşmenin düzenlendiği eTKHK m. 9/A hükmünde ise TKHK m. 48’de olduğunun aksine, uzaktan pazarlamaya yönelik sistemin varlığı bir kanuni unsur olarak düzenlenmemiştir¹¹⁸. Bu durumdan hareketle o dönemde, satıcının/sağlayıcının mal ve hizmetlerini uzaktan pazarladığı bir sistemin varlığı aranmamaktaydı¹¹⁹. Dolayısıyla, satıcının/sağlayıcının uzaktan pazarlama sisteminin bir seferlik veya istisnai olmasının da bir önemi bulunmamaktaydı. eTKHK m. 9/A’nın mehzaz düzenlemesi olan MSD’de, mesafeli sözleşmelerin tanımının yapıldığı m. 2/1 hükmünde “*organize mesafeli satım ya da sistemin varlığı*”, bir

¹¹⁶ Gezder, **Konferans**, s. 337-338.

¹¹⁷ Yusuf Büyükkay, “İnternette Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, **E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, S. 24, Şubat 2004, (http://www.e-akademi.org/makaleler/ybuyukay-7.htm#_ftnref1), (Erişim Tarihi: 01.08.2022), p. 12.

¹¹⁸ Bozbel, s. 790; Erten, s. 174; Bütün Yılmaz, s. 332-333.

¹¹⁹ Erten, s. 174.

unsur olarak aranmasına rağmen, eTKHK m. 9/A'da bu unsurun yer aranmıyor olması öğretide eleştirilmekteydi ve bu kapsamda eksik bulunmaktaydı¹²⁰. eTKHK döneminde uzaktan pazarlamaya ilişkin bir sistemin aranmıyor oluşu, basit bir şekilde tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında telefon üzerinden akdedilmiş sözleşmelerin de mesafeli sözleşmeler gibi hüküm doğuracağından, bu durumun MSD ve eTKHK'nın amacına aykırı sonuç doğurduğu belirtilmekte idi¹²¹. Nitekim öğretide eleştirilen bu durum; TKHK m. 48 hükmünün açık lafzı ile giderilmiştir.

Ancak öğretide, uzaktan pazarlama sistemini bir unsur olarak aramayan eTKHK m. 9/A düzenlemesinin eleştirilmesinin yanlış olduğunu ve esasında düzenlemede bir eksiklik bulunmadığını belirten bir görüş de bulunmaktaydı¹²². Erten'e göre, uzaktan pazarlama sistemi unsurunun getirilmesi, esasında, tüketiciyi değil satıcıyı/sağlayıcıyı bir nevi koruma altına alır¹²³. Zira böylesine bir düzenleme, sonuçları itibarıyla tüketicinin korunması alanını daraltmaktadır. Halbuki eTKHK m. 9/A düzenlemesi ise “*tüketici lehine daha katı bir koruma*” sağlamıştır ve böyle bir düzenlemeye giderek esasında Türk kanun koyucusu, adeta MSD m. 14'de bahsi geçen, üye devletlerin tüketici lehine olacak şekilde düzenleme getirme yetkisini¹²⁴ nazara alarak düzenlemede bulunmuştur¹²⁵.

Kanımca, bu mesele ile ilgili olarak Erten'in görüşüne önem atfetmek gerekir. Gerçekten de mesafeli sözleşmeler açısından, uzaktan pazarlama sisteminin varlığını aramak, tüketicinin korunma kapsamını daraltmaktadır. Mesafeli sözleşmelerde tüketicilere, ön bilgilendirme yükümlülüğü ve özellikle cayma hakkı gibi müesseselerle korunma sağlanmasının ardında yatan sebebin, tüketicinin uzaktan iletişim araçlarıyla kurduğu sözleşme konusu mal veya hizmet edimini, önceden inceleyemiyor, deneyemiyor ya da gözden geçiremiyor olduğu da nazara alınırsa, mesafeli sözleşmenin; uzaktan pazarlama sistemi dâhilinde kurulmasının, tüketicinin

¹²⁰ Bozbel, s. 787-788; Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 69

¹²¹ Avcı Braun, s. 26.

¹²² Erten, s. 174-176; Mete Özgür Falcıoğlu, **Karşılaştırmalı Hukuk (Amerikan Hukuku ve Viyana Anlaşması) Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2004, s. 77.

¹²³ Erten, s. 174.

¹²⁴ MSD m. 14: “*Member States may introduce or maintain, in the area covered by this Directive, more stringent provisions compatible with the Treaty, to ensure a higher level of consumer protection. Such provisions shall, where appropriate, include a ban, in the general interest, on the marketing of certain goods or services, particularly medicinal products, within their territory by means of distance contracts, with due regard for the Treaty.*”

¹²⁵ Erten, s. 176.

korunması açısından önem arz etmemesi gerekir. Burada önemli olan, tüketicinin uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla sözleşmeyi kurarken, mal veya hizmet ediminin kendisi için olan değerini hesaplayamamasıdır. Bu durumun önemi, tüketici sözleşmeyi uzaktan pazarlama sistemi dâhilinde kurmamış olsa da değişmez. Bu noktada, THD'nin "*Giriş*" kısmındaki (13) numaralı açıklamada, esasında THD her ne kadar *maksimum uyum* yaklaşımını benimseyen bir Direktif olsa da, üye devletlerin uzaktan pazarlama sistemi unsuru olmadan da kurulan (mesafeli) sözleşmelere de THD hükümlerinin uygulanabileceğine yönelik iç hukuk düzenlemeleri getirmelerinin, önünü açığının da altını çizmek gerekir.

Ancak açıktır ki, TKHK m. 48 hükmünün lafzı karşısında, uzaktan pazarlama sisteminin varlığını, bir unsur olarak nazara almamak mümkün değildir. Lakin kanımca, artık TKHK m. 48'de mesafeli sözleşmenin zorunlu bir unsur olarak kabul edilen uzaktan pazarlama sisteminin varlığını, tüketicinin korunma ilkesini temin edebilmek adına, mümkün olduğunca geniş bir şekilde yorumlamak gerekir. Bu çerçevede ise, fiiliyatta tüketicilerin siparişlerini uzaktan iletişim araçları ile iletebilecekleri bir ortam var ise, artık satıcının/sağlayıcının organize bir sistem dâhilinde işleyen bir pazarlama kanalı olmasa dahi, eğer satıcı/sağlayıcı, kendisine uzaktan iletişim aracı ile siparişini ileten tüketiciye derhal, bu kanallar vasıtasıyla sipariş kabul edilmediğini ifade etmiyor ise artık, ortada tüketicinin korunması gereken bir mesafeli sözleşmenin varlığından söz edilmelidir.

Her ne kadar gerek TKHK m. 48 ve MSY hükümlerinde, gerekse de THD kapsamında açık bir düzenleme olmasa da uzaktan pazarlama sisteminin satıcının/sağlayıcının bünyesinde olma zorunluluğu yoktur¹²⁶. Bu sistem, bir üçüncü kişi olan araçlar tarafından sağlanabiliyor da olabilir. Bu duruma en iyi örnek, günümüzde oldukça sayısı artan ve satıcılar/sağlayıcılar ile tüketicileri buluşturan, çevrimiçi alışveriş siteleridir. Uzaktan pazarlama sisteminin bir aracı üçüncü kişi tarafından sağlanıyor olması, mesafeli sözleşmenin varlığına etki etmez. Nitekim, THD'nin THD'nin "*Giriş*" kısmındaki (20) numaralı açıklamada, böyle bir zorunluluğun olmadığından da bahsedilmiştir. Bununla beraber, örneğin üçüncü kişinin sahip olduğu bir internet sitesinde, satıcının/sağlayıcının iletişim bilgilerinin

¹²⁶ Steennot, s. 117.

bulunmasının, ortada uzaktan pazarlama sisteminin varlığı için yeterli olmayacağı da belirtilmiştir.

5- Mal veya Hizmet Teminine İlişkin Olması

Her ne kadar TKHK m. 48 kapsamında ayırt edici unsur olarak belirtilmemiş olsa da mesafeli sözleşmelerin, tüketici sözleşmesi olmasından dolayı, haiz olması gereken birkaç unsur daha mevcuttur. Bu unsurlardan bir tanesi, tüketici sözleşmesinin mal veya hizmet teminine ilişkin olmasıdır. Tüketici sözleşmeleri için karşılıklı edimlerden biri; ya mal ya da hizmet teminine ilişkin olur¹²⁷. Buna göre, TKHK’da özel bir tüketici işlemi şeklinde düzenlenmiş mesafeli sözleşmeler için de satıcının/sağlayıcının; tüketicinin bedel ödeme borcunu yerine getirmesinin karşı edimi olarak mal teslimi veya hizmet sağlama edimini içermesi aranır¹²⁸.

Türk hukukunda, AB hukukundan farklı olarak taşınmaz eşya da mal kavramı altında değerlendirilmektedir¹²⁹. THD’nin “*Tanımlar*” başlıklı 2. maddesinin 3. paragrafında mal tanımı yapılmıştır¹³⁰. Bu tanıma göre THD kapsamında bir şeyin mal olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle taşınır nitelikte olması gerekir. Buna göre THD açısından taşınmaz mallar, açık şekilde mal kavramının dışında bırakılmıştır. Buna karşılık TKHK m. 3/1 (h) hükmünde yapılan tanımda, “*konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar*” da mal kavramı içerisine dâhil edilmiştir. İşyeri amaçlı konut kiralalarının TKHK kapsamında mal kavramına girmeyeceği ise açıktır; zira işyeri kiralalarında bir tarafın tüketici sıfatını haiz olması ve işlemin tüketici işlemi olması, durumun niteliği itibarıyla mümkün değildir¹³¹.

¹²⁷ Aydoğdu/Kahveci, s. 111.

¹²⁸ Özel, s. 66; Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 89.

¹²⁹ Zevkliler/Özel, s. 100.

¹³⁰ “‘Goods’ means any tangible movable items, with the exception of items sold by way of exception of items sold by way of execution or otherwise by authority of law; water, gas, electricity shall be considered as goods within the meaning of this Directive where they put up for sale in a limited volume or set a quantity.”

¹³¹ Aydoğdu/Kahveci, s. 112; Gümüş, s. 28-29.

6- Anlaşma ve İvaz

Mesafeli sözleşme kavramı, bir sözleşmenin tipine yönelik değil, kurulma şekline yönelik bir kavramdır. Kanun ve sair mevzuatın izin verdiği ölçüde, mesafeli sözleşmenin tipi, kanunlarda düzenlenmiş *tipik* bir sözleşme olabileceği gibi *atipik* bir sözleşme de olabilir. Mesafeli sözleşmeler; yukarıda bahsedilen unsurları içermesi gerekliliğinin yanında, konu olduğu sözleşme tipinin diğer esaslı unsurlarını da içermesi gerekir. Mesafeli sözleşme kurulurken, tüketici ile satıcının/sağlayıcının, konu edilen sözleşme tipinin sahip olması gereken esaslı unsurlarda da anlaşmış olmaları gerekir¹³², meğerki ortada satıcının/sağlayıcının TKHK m. 6/1 çerçevesinde değerlendirilebilecek bir mal veya hizmet teşhiri olsun¹³³.

Bir üst başlıkta belirtildiği üzere, mesafeli sözleşmelerin mal veya hizmet teminine ilişkin olması gerekir. Bu kapsamda satış sözleşmesinin mesafeli şekilde kurulmasını örnek vermek gerekirse: Bir mal satışına yönelik mesafeli şekilde sözleşme kurmak isteyen tüketicinin ve satıcının/sağlayıcının, satış sözleşmesinin TBK m. 207/1 hükmü uyarınca kanuni esaslı unsuru olan “*bedel*” ve “*satışa konu şey*” üzerinde de anlaşmış olmaları gerekir¹³⁴.

Mesafeli sözleşmenin hizmet edimine ilişkin olması hali için ise ayrı bir paragraf açmak gerekir. Yukarıda belirtildiği üzere MSY m. 4’de yapılan “*hizmet*” tanımından dolayı, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sağlayıcının hizmeti “*bir ücret veya menfaat karşılığında*” sağlıyor olması gerekir. Buna göre mesafeli sözleşme ile hizmet, bir ücret olmasa da en azından menfaat karşılığı, taahhüt edilmesi; tüketici ile sağlayıcının, bu menfaatin ne olduğu hususunda anlaşmış olmaları gerekir¹³⁵. MSY m. 4’ün hizmet teminine yönelik aradığı bu menfaat unsuru karşısında, sadece tek tarafın bir hizmetin sağlanmasını taahhüt ettiği ve karşılığında bir menfaat sağlamadığı bir sözleşmenin¹³⁶, diğer unsurları sağlamış olsa bile, mesafeli şekilde kurulması mümkün değildir.

¹³² Topaloğlu, s. 18; Bütün Yılmaz, s. 333.

¹³³ Bu hal ile ilgili açıklamalarımız için bkzn. Birinci Bölüm, VII, B, 2.

¹³⁴ Topaloğlu, s. 18; Bütün Yılmaz, s. 354.

¹³⁵ Avcı Braun, s. 26.

¹³⁶ Avcı Braun, s. 26: Yazar burada ücretsiz vekalet sözleşmesi örneğini vermiştir.

Sonuç olarak, mesafeli şekilde kurulacak sözleşme tipinin ivazlı olması gerekir¹³⁷. Mesafeli sözleşmeler, özel bir tüketici sözleşmesidir ve bu kapsamda ivazlı olmalıdır¹³⁸. Bu halde, ivazsız sözleşmelerin mesafeli sözleşme şeklinde kurulması mümkün değildir; bu tarz ivazsız sözleşmelerin uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla kurulması halinde, TKHK'nın koruma kapsamı altında değerlendirilemez.

V- Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı – Uygulama Alanı

A. Genel Olarak

Mesafeli sözleşmelerin kurulabilmesi için kullanılan uzaktan iletişim araçlarının herhangi bir sınırının olmaması, bunların teknolojinin gelişmesi ile beraber çeşitlenmesinin de mümkün olması; mesafeli sözleşmeye konu olabilecek hususların, genel kural olarak, sınırsız olması ve bu kapsamda mesafeli sözleşmenin, taraflar arasında sözleşmenin kuruluş yöntemine karşılık gelmesi, mesafeli sözleşmelerin kapsamının (uygulama alanının) oldukça geniş olması sonucunu doğurmuştur¹³⁹. Bu sebeptir ki *tipik* veya *atipik* olsun birçok sözleşmenin mesafeli şekilde kurulması mümkündür. Nitekim gerek Türk gerek Avrupa Birliği mevzuatında¹⁴⁰, mesafeli sözleşmelerin kapsamının ne olduğunun belirtilmesinden ziyade, hangi sözleşmelerin mesafeli sözleşme kapsamı dışında bırakıldığı düzenlenmiştir. Bu yaklaşıma göre genel kural, doğası itibarıyla uzaktan iletişim araçlarıyla kurulması mümkün olan her türlü sözleşmenin, yukarıda bahsi geçen diğer şartları da taşıması halinde, mesafeli sözleşme olarak nitelendirilmesi; istisna ise, mevzuat kapsamında ayrıca belirtilen sözleşmelerin mesafeli olarak akdedilememesidir.

TKHK m. 48/6¹⁴¹ hükmünde, kapsam dışı bırakılan sözleşmelerin yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. eTKHK m. 9/A'da, mehzaz düzenleme olan MSD'de açıkça belirtilenin aksine, kapsam dışı bırakılacak sözleşmelere yönelik bir belirtme

¹³⁷ Zevkliler/Özel, s. 327; Karakocalı/Kurşun, s. 158;

¹³⁸ Çabri, s. 103: Yazara göre, ivazsız olan sözleşmelerde tüketicilerin özel olarak korunmasını gerektirecek bir durum mevcut değildir.

¹³⁹ Bütün Yılmaz, s. 340; Akipek, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 49.

¹⁴⁰ Luzak, **Consumer Contracts**, s. 383: Yazara göre, THD uyarınca mesafeli sözleşmelerin uygulama alanı dışında bırakılan sözleşmelerin bir kısmı için, en azından tüketicinin ön bilgilendirilmesine yönelik hükümlerin getirilmesi daha doğru olurdu.

¹⁴¹ 01.04.2022 tarihli ve 31796 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 7392 sayılı Kanun'un 01.10.2022 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi ile beraber, bu hüküm TKHK m. 48/7 olarak değiştirilmiştir.

bulunmamaktaydı. Ezcümle, TKHK m. 48/6 hükmündeki atfa benzer, kapsam dışı sözleşmelerin yönetmelikle düzenleneceğine yönelik bir hüküm de mevcut değildi. Bununla beraber, bu dönemde hangi sözleşmelerin kapsam dışı bırakılacağı önce MSEHY ile daha sonrasında ise MSDY ile düzenlenmişti. eTKHK döneminde bu durum öğretide, istisnaların kanun ile değil de yönetmelik ile düzenlenmesi açısından haklı olarak eleştirilmekteydi¹⁴². Her ne kadar TKHK m. 48/6 hükmünde kapsam dışı sözleşmelerin yönetmelik ile düzenleneceği belirtilmiş olsa da; kapsam dışı (istisna bırakılan) sözleşmelerin halen MSY ile düzenleniyor oluşu; eski kanun döneminde yapılan eleştirilerin haklılığını ortadan kaldırmamaktadır¹⁴³.

Yukarıda belirtilen haklı eleştirileri bir kenara bırakarak mevcut düzenlemeleri irdelemeye geçsek; MSY m. 2/2 hükmünde, hangi sözleşmelerin uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla mesafeli şekilde kurulabiliyor olsa dahi, TKHK m. 48'e göre mesafeli sözleşme olarak değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir. AB hukuku açısından ise kapsam dışı bırakılan sözleşmeler, THD m. 3/3 hükmü çerçevesinde belirtilmiştir.

MSY m. 2/2'de sayılan ve kapsam dışı bırakılan sözleşmelerin bir kısmı, esasında sahip oldukları hukuki nitelikleri itibarıyla uzaktan iletişim araçlarının kullanılarak akdedilmesi mümkün bulunmayan sözleşmelerdir¹⁴⁴. Örneğin, MSY m. 2/2 (d) hükmünde belirtilen işlemlerden; taşınmazların satışına ilişkin bir sözleşmenin mesafeli olarak akdedilmesi mümkün değildir¹⁴⁵. Zira taşınmazların satışına ilişkin sözleşmelerin geçerli olabilmesi için TBK m. 237/1, TMK m. 706/1, Tapu Kanunu m. 26 ve Tapu Sicil Tüzüğü m. 16'ya göre, tapu memuru huzurunda, her iki tarafın da fiziksel olarak eş zamanlı varlığı gerekerek, resmi yazılı şekil şartına uyularak yapılması gerekir.

MSY m. 2/2'de sayılan ve kapsam dışı bırakılan sözleşmelerin diğer bir kısmı da TKHK'nın sair hükümleri başta olmak üzere diğer mevzuatlarda özel olarak düzenlendiği için mesafeli sözleşme uygulamasının dışında tutulmuştur. Burada akla gelecek ilk örnek, MSY m. 2/2 (a) hükmünde düzenlenen finansal hizmetlere ilişkin

¹⁴² E. İnal, s. 173; Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 144; Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, s. 50.

¹⁴³ Uzun Kazmacı, s. 2801.

¹⁴⁴ Topaloğlu, s. 16.

¹⁴⁵ Benzer hüküm THD m. 3/3 (e)'de bulunmaktadır.

mesafeli sözleşmelerdir¹⁴⁶. Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler, TKHK m. 49'da ve FHMSY'de düzenlenmiştir.

MSY m. 2/2 hükmü uyarınca kapsam dışı sözleşmelere bakıldığında genel olarak; THD m. 3/3'de sayılan haller ile hemen hemen aynı olduğu görülmektedir¹⁴⁷. Bu husus, AB mevzuatına uyum sağlaması sebebiyle öğretide yerinde görülmektedir¹⁴⁸. Buna karşın, THD m. 3/3'de kapsam dışı bırakılıp da MSY m. 2/2'de yer almayan, haller mevcuttur. THD m. 3/3 (b) hükmünde, 2011/24/EU sayılı Direktif'te¹⁴⁹ tanımlandığı şekilde, bir sağlık merkezinde gerçekleştirildiğine bakılmaksızın *sağlık hizmetlerinin*; THD'nin m. 3/3 (i) hükmünde¹⁵⁰ *"bağımsız ve tarafsız olma yükümlülüğü altında olan, tüketicinin sözleşmeyi gerekli bilgiye sahip olarak yaptığından emin olma yükümlülüğü bulunan kamu görevlileri tarafından kurulan sözleşmelerin"*; 2019/2161/EU sayılı Direktif ile yeni eklenen THD m. 3/3 (n) hükmünde, cebri icra marifetiyle yapılan mal satışlarının; ve THD m. 3/3 (f) hükmünün ilk kısmında sayılan *"yeni yapıların inşasına ya da hali hazırda inşa edilmiş yapıları esaslı şekilde tadilatına"* ilişkin (eser) sözleşmelerin, MSY m.2/2'de kapsam dışı haller olarak düzenlenmediği görülmektedir. Ayrıca, MSY m. 2/2 (i) hükmünde kapsam dışı hallerden sayılan *"malların montaj, bakım ve onarımı"* ile ilgili sözleşmeler, THD'de kapsam dışı olarak düzenlenmemiştir¹⁵¹.

¹⁴⁶ Zeynep Naz Güneş, **Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Temmuz 2018, s. 67 vd.; Selin Sert Sütçü, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerine Göre Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Mart 2019, s. 185 vd.

¹⁴⁷ Bütün Yılmaz, s. 353.

¹⁴⁸ Gezder, **Konferans**, s. 330; Karakocalı/Kurşun, s. 155; Uzun Kazmacı, s. 2800-2801.

¹⁴⁹ Bahsi geçen Direktifin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0024&from=EN#d1e645-45-1>

¹⁵⁰ *"Which, in accordance with the laws of Member State, are established by a public office-holder who has statutory obligation to be independent and impartial and who must ensure, by providing comprehensive legal information, that the consumer only concludes the contract on the basis of careful legal consideration and with knowledge of its legal scope"*.

¹⁵¹ Buna karşın, sağlayıcının hizmet edimini ifa etmesi için, tüketicinin yerini ziyaret etmesi gerekecek malların acil onarımı veya bakımına ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından, THD m. 16/1 (h) hükmüne göre, tüketicinin cayma hakkı bulunmamaktadır. Görülmektedir ki, bu tarz sözleşmeler her ne kadar MSY'nin aksine, mesafeli sözleşme olarak nitelendirilse de tüketicinin korunma alanı daraltılmıştır.

B. MSY Uyarınca Kapsam Dışı Bırakılan Sözleşmeler

MSY m. 2/2 hükmünde belirtilen kapsam dışı halleri kısaca değerlendirmek gerekirse:

– MSY m. 2/2 (a) – “*Finansal hizmetlere*” ilişkin sözleşmeler: Gerek TKHK-49’da gerek ise FHMSY’de finansal hizmetler ile alakalı olarak mesafeli sözleşme kurulması hali, ayrıca düzenlemeye konu olmuştur. Bu kapsamda, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler, TKHK m. 48 ve MSY kapsamında değerlendirilmez. Bu noktada, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmenin tarafı olan tüketicinin korunması, TKHK m. 49 ve FHMSY çerçevesinde sağlanmaktadır. Buna göre, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeye taraf tüketici, her ne kadar TKHK m. 48 uyarınca cayma hakkı korumasından yararlanamasa da TKHK m. 49 kapsamında, cayma hakkı korumasından faydalanabilecektir. Burada bahsettiğimiz istisna, THD m. 3/3 (d) hükmünde de yer almaktadır.

– MSY m. 2/2 (b) – “*Otomatik makineler aracılığıyla yapılan satışlar*”: Burada bahsi geçen sözleşmelerde, tüketicinin satın alın alacağı malı görerek alması söz konusudur¹⁵². Ayrıca burada bahsi geçen otomatik makineler, bir uzaktan iletişim aracı olarak kullanılabilecek vasıtalar da değildir¹⁵³. Bu sebeplerle de bu tarz sözleşmeler, mesafeli olarak akdedilemez. Burada bahsettiğimiz istisna, THD m. 3/3 (l) hükmünde de yer almaktadır.

– MSY m. 2/2 (c) – “*Halka açık telefon vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleriyle kurulan sözleşmeler*”: Bu hükme göre halka açık olan telefonlar vasıtasıyla – ki bunlar günlük hayatta karşımıza, ankesörlü telefonlar şeklinde çıkmaktadır – telefonun kullanımı ile ilgili sözleşmelerin kapsam dışına çıkarıldığı görülmektedir. Bu hüküm lafzı itibarıyla aslında çok dar bir alana yönelmektedir. Bu

¹⁵² Çabri, s. 873: Yazara göre bu sözleşmelerin kapsam dışına çıkarılmasının bir başka sebebi ise satıcı ile tüketicinin karşı karşıya geliyor olmasıdır. Bu halde taraflar aynı anda bir araya gelmiş olurlar. Ancak hayatın olağan akışı açısından değerlendirildiğinde bu durumu kabul etmek mümkün değildir. Örneğin, günümüzde sıkça kullanılmaya başlayan otomatlardan alınan (çay/kahve gibi) ürünler de bu bent kapsamında değerlendirilebilecektir ancak bu örnekte satıcı ile tüketicinin aynı ortamda bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Hatta çoğu zaman bu tarz kurulan sözleşmelerde satıcı sadece otomatik makineyi bir yere bırakmakta ve tüketiciler de kendi başlarına otomatik makineyi kullanarak alışveriş yapabilmektedirler. Bu noktada yazarın belirttiği husus, kanımızca yerinde değildir.

¹⁵³ Erten, s. 40.

sebepten dolayı da öğretide, hükmün düzenlediği istisnai hali amacına uygun yorumlayarak, sadece telefonun kullanılması ile ilgili değil “*telefon, faks ve internetin tek kullanımlık bağlantısı ile ilgili telekomünikasyon operatörleriyle kurulan*” sözleşmelerin kapsam dışında tutulması gerektiğini belirten bir görüş mevcuttur¹⁵⁴. Öğretideki bu görüş, esasında kaynağını MSY m. 2/2 (c) hükmünü, daha geniş bir şekilde ortaya koyarak, istisnanın kapsamını genişleten THD m. 3/3 (c) hükmünden almaktadır.

– MSY m. 2/2 (ç) – “*Bahis, çekiliş, piyango ve benzeri şans oyunlarına ilişkin hizmetler*” ile ilgili sözleşmeler: Bu bent altında bahsi geçen hizmetlere ilişkin sözleşmelerin her ne kadar uzaktan iletişim araçlarıyla kurulması mümkünse de bunlar TKHK m. 48’in sağladığı korumadan faydalanamazlar¹⁵⁵. Bu bent uyarınca, mesafeli sözleşmelerin kapsamı dışında değerlendirilen bahis ve piyangoya ilişkin sözleşmeler, MSDY’de kapsam dışı olarak düzenlenmemiş; ancak MSDY m. 7/4 (e) hükmü uyarınca, tüketicinin cayma hakkını kullanamayacağı haller içine sokulmuştu¹⁵⁶. Burada bahsettiğimiz istisna, THD m. 3/3 (c) hükmünde de yer almaktadır.

– MSY m. 2/2 (d) – “*Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımına*” ilişkin sözleşmeler: Bu bent uyarınca kapsam dışı bırakılan sözleşmelere bakıldığında, taşınmazların veya ayni hakların satışına ilişkin sözleşmelerin kapsam dışında olacağı açıktır.

– MSY m. 2/2 (e) – “*Konut kirasına*” ilişkin sözleşmeler: Bu bent uyarınca, taşınmazların konut olarak kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla mesafeli olarak akdedilmiş olsa dahi TKHK m. 48’in sağladığı korumadan yararlanamazlar. Her ne kadar MSY’ye göre konut kiralamanın kapsam dışında tutulduğu görülse de özellikle yabancı ülkelerde çeşitli uzaktan pazarlama araçlarının kullanılmasıyla taşınmazın konut olarak kiralamasında bulunmak mümkündür. Bu kapsamda ileride bu tarz sözleşmelerin de kapsam dâhiline alınması mümkün olabilir¹⁵⁷. Burada bahsettiğimiz istisna, THD m. 3/3 (f) hükmünde de yer almaktadır.

¹⁵⁴ Özel, s. 246.

¹⁵⁵ Çabri, s. 873.

¹⁵⁶ Avcı Braun, s. 31, dn. 40.

¹⁵⁷ Çabri, s. 873.

– MSY m. 2/2 (f) – “*Paket turlara*” ilişkin sözleşmeler: TKHK m. 51 hükmünde tüketicilerin taraf olduğu paket tur sözleşmeleri ayrıca düzenlenmiştir. Bu sebeple de bu tarz sözleşmeler, uzaktan iletişim araçları ile mesafeli şekilde kurulsalar dahi uygulama alanı dışında olacaktır. Bu bent uyarınca, mesafeli sözleşmelerin kapsamı dışında değerlendirilen paket tur sözleşmeleri, eTKHK döneminde MSDY’de kapsam dışı olarak düzenlenmemiş; ancak tüketiciyi koruyucu birtakım hükümlerin uygulanması engellenmişti¹⁵⁸. Ancak buradaki istisnanın, mesafeli sözleşmenin konusunun TKHK m. 51 çerçevesinde, ulaştırmaya, konaklamaya ya da sair turizm hizmetlerinden en az ikisinin beraber, “*her şey dâhil*” olacak şekilde ve tüm bu hizmetlerin ifasının yirmi dört saatten fazla sürdüğü, “*paket turlara*” ilişkin olması halinde söz konusu olacağının altını çizmek gerekir. “*Paket tur*” tanımına girmeyecek tatil paketlerinin ise mesafeli sözleşmeye konu olması ve bu halde tüketicinin TKHK m. 48 ve MSY hükümleri dâhilinde korunması söz konusu olacaktır. Nitekim Yargıtay 13. HD, 25.01.2018 tarihli E. 2015/25017 ve K. 2018/556 sayılı içtihadında, tüketici ile sağlayıcı arasında konaklamaya ilişkin “*iki adet tatil paketinin*” konu edildiği ve sağlayıcının internet sitesi vasıtasıyla kurulan sözleşmenin, TKHK m. 48 çerçevesinde değerlendirilmesi gereken mesafeli sözleşme olduğunu belirtmiştir¹⁵⁹.

– MSY m. 2/2 (g) – “*Devre mülk, devre tatil, uzun süreli tatil hizmetleri ve bunların yeniden satımı veya değişimine*” ilişkin sözleşmeler: Tıpkı MSY m. 2/2 (a) bendinde düzenlenen finansal hizmetlere; veya (f) bendinde düzenlenen paket turlara ilişkin sözleşmelerde olduğu gibi, (g) bendinde bahsi geçen sözleşmeler de TKHK’da ayrıca düzenlemeye tabilerdir ve bu sözleşmeler için tüketicinin özel olarak korunması mevzubahistir. Devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri, TKHK m. 50’de düzenlenmiştir. Bu sebeple de bu tarz sözleşmeler, uzaktan iletişim araçları ile mesafeli şekilde kurulsalar dahi TKHK m. 48 ve MSY hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak, devre tatil ve uzun süreli tatil hizmetlerine taraf olan tüketicinin, bu sözleşme uzaktan iletişim araçları ile mesafeli şekilde kurulsun ya da bizzat tarafların yüz yüze gelmesi haliyle kurulsun, on dört günlük

¹⁵⁸ Avcı Braun, s. 31 dn. 42.

¹⁵⁹ Yargıtay 13. HD. T. 25.01.2018, E. 2015/25017 ve K. 2018/556. Aynı yönde Yargıtay 3. HD., T. 04.06.2021, E. 2020/5130, K. 2021/6041. (www.lexpera.com – Erişim Tarihi, 26.08.2022)

cayma hakkı süresi içerisinde, sözleşmeyi sonlandırma imkânı olduğunun da altını çizmek isteriz¹⁶⁰.

– MSY m. 2/2 (ğ) – “*Yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya işyerine götürülmesine*” ilişkin sözleşmeler: Burada dikkat edilmesi gereken husus, satıcı tarafından tüketiciye yapılan teslimatların bir düzen içerisinde gerçekleşiyor olmasıdır. Eğer ki düzenli olarak gerçekleşen teslimat değil de istisnai olarak veya belirli bir düzenden ari olarak gerçekleşen yiyecek ve içecek teslimatı sözleşmenin konusu ise, artık burada TKHK m. 48 ve MSY hükümlerinin uygulama alanı bulması gerekir. Özellikle 2020 yılının başından itibaren tüm dünyada etkisi görülen Covid-19 salgını ile beraber, sağlık veya kişisel temizlik gerekçeleriyle tüketicilerin, yiyecek ve içecek gibi günlük tüketim ihtiyaçlarını bizzat satıcının işyerine giderek değil de uzaktan iletişim araçlarıyla, evinden hiç çıkmadan sipariş verme alışkanlığı oluşmuştur. Bu durumun da etkisiyle gerek Türkiye’de gerekse de yabancı ülkelerde, tüketicilerin internet üzerinden yiyecek ve içecek mallarını sipariş edebildiği uzaktan pazarlama sistemleri oluşturulmuştur. Bu tip uzaktan pazarlama sistemlerinin bazılarında, örneğin *Migros Sanal Market* veya *İstegelsin* uygulamalarında, uzaktan pazarlama sistemi doğrudan satıcı bünyesinde kullanılmaktadır. Bununla beraber uzaktan pazarlama sistemlerinin çoğu, aracı mahiyette hizmet vermektedir. Ancak TKHK m. 48/5 hükmü uyarınca “*oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler*” de MSY hükümleri uyarınca hareket etmekle mükelleftir. Bu kapsamda örneğin *Yemeksepeti’nin* veya *Getir’in* aracılık ettiği ve düzenli teslimatı içermeyen yiyecek – içecek satın alım sözleşmelerine de TKHK m. 48 ve MSY hükümleri uygulanacaktır¹⁶¹.

– MSY m. 2/2 (h) – “*Yolcu taşıma hizmetlerine*” ilişkin sözleşmeler: Bu bent uyarınca belirtilen yolcu taşıma hizmetlerine ilişkin sözleşmeler, MSY m. 2/2 hükmü altında sayılan diğer hallerden farklı bir yaklaşıma uğramıştır. Buna göre esasında bu yolcu taşıma hizmetlerine ilişkin sözleşmeler, genel kural olarak MSY’nin uygulama alanı dışında bırakılmış olsa da bu duruma bir istisna getirilerek, bu tarz sözleşmelere, (i) tüketicinin ön bilgilendirilmesi yükümlülüğü ile alakalı olarak MSY

¹⁶⁰ AB hukuku açısından, Steennot, s. 108.

¹⁶¹ Çabri, s. 874.

m. 5/1 (a), (b) ve (d) bendi hükümlerinin; (ii) satıcıya/sağlayıcıya, tüketiciye olağandan daha fazla telefon kullanım ücret tarifi uygulamama yükümlülüğü getiren MSY m. 18 hükmünün ve (iii) tüketiciden, anlaşılardan başka ilave ödeme istenemeyeceğini belirten MSY m. 19 hükmünün uygulanacağı düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki bu düzenleme, mehz THD m. 3/3 (k) hükmünde de kendisine yer bulmaktadır.

– MSY m. 2/2 (1) – “*Malların montaj, bakım ve onarımına*” ilişkin sözleşmeler: Bu bent kapsamında ortaya konulan istisnai hal için bir ayrıma gitmek gerekir. Mesafeli şekilde kurulan bir satış sözleşmesinde satıcıya, malın teslimine yönelik ana ediminin yanında, montaj veya onarım hizmetlerini de yerine getirmeye veya belirli bir süre boyunca mala bakım yapmaya yönelik yan edimler de yüklenebilir. Ancak bu halde malın montaj, onarım veya bakım hizmetinin de düzenlediği mal satış sözleşmesinin mesafeli sözleşmelere sağlanan koruma kapsamından faydalanamayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu halde mesafeli olarak akdedilen satış sözleşmesi diğer unsurları da içeriyor ise TKHK m. 48’in koruma kapsamından yararlanmalıdır. Bu bent uyarınca kapsam dışı bırakılan sözleşmelerin, satıcının/sağlayıcının ana ediminin malın onarımına, bakımına ve onarımına ilişkin olan sözleşmeler olduğu şeklinde bir yorum yapmak gerekir. Aksi halinin, tüketicinin koruma alanını oldukça daraltabileceğini de göz ardı etmemek gerekir.

Ayrıca, malın montajına, bakımına veya onarımına ilişkin sözleşmelerde, sağlayıcı tarafından hizmet ediminin yerine getirilebilmesi için, tüketiciye mal satışı yapılması gerekiyor da olabilir. Örneğin, yapılacak tamir esnasında tüketicinin yedek parça satın almasının gerekebilir. İşte bu sözleşme dahilinde, tüketici aynı zamanda mesafeli olarak yedek parça satın alıyorsa, artık tüketicinin bu satış edimi açısından cayma hakkını kullanabiliyor olması gerekir. Bu kapsamda, eğer ki diğer şartlar da varsa, bu mal satışı açısından, ortada bir mesafeli sözleşmenin varlığından bahsetmek gerekir. Böylesine bir halde, her ne kadar mesafeli sözleşme, montaj, bakım ve onarıma ilişkin hizmet edimi içeriyor olsa da, mal satışı (teslimi) edimi açısından, tüketicinin TKHK m. 48 ve MSY çerçevesinde korunması söz konusu olmalıdır.

Nitekim her ne kadar THD m. 3/3 kapsamında, MSY m. 2/2 (1)’dakinin aksine, malların montajına, bakımına ya da onarımına ilişkin sözleşmeler, kapsam dışında tutulmamış olsa da, bu tarz mesafeli sözleşmeler açısından eğer ki sağlayıcının,

tüketicinin yerini ziyaret ederek edimi gerçekleştirmesi gerekiyor ise, artık THD m. 16/1 (h) gereği, tüketicinin cayma hakkı bulunmamaktadır. Ancak, bu kapsamda eğer ki tüketiciye aynı zamanda yedek parça satışı da söz konusu ise, artık bu mal satışı açısından tüketicinin cayma hakkının olduğu düzenlenmiştir.

– MSY m. 2/2 (i) – “*Bakımevi hizmetleri, çocuk, yaşlı ya da hasta bakımı gibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesine yönelik sosyal hizmetlere*” ilişkin sözleşmeler.

MSY m. 2/2 hükmünde kapsam dışı bırakılmış sözleşmeler, mesafeli sözleşmelere yönelik tüm kanuni şartları sağlasa – tarafların eş zamanlı varlığı olmadan, uzaktan iletişim araçlarının varlığı ile uzaktan pazarlama sistemi dâhilinde kurulmuş olsa – dahi, bu sözleşmelere mesafeli sözleşmelere uygulanan hükümler uygulanmayacaktır¹⁶². Bunlar TKHK m. 48’in ve MSY’nin korumasından faydalanamayacaktır.

VI-Mesafeli Sözleşmelerin Benzer Diğer Sözleşmelerden Farkı

A. Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmelerden Farkı

Mesafeli sözleşmenin, konusu itibarıyla, finansal hizmetlere ilişkin olması halinde artık Türk hukukunda TKHK m. 49 ve FHMSY; AB hukukunda ise 2002/65/EC sayılı Finansal Hizmetlerin Mesafeli Pazarlanmasına İlişkin Direktif hükümleri uygulama alanı bulacaktır. MSY m. 2/2 (a) ve THD m. 3/3 (d) hükmünde, açık bir şekilde, mesafeli sözleşmenin finansal hizmetlere ilişkin olması halinde, MSY ve Direktif hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağı düzenlenmiştir. Bu halde, “*mesafeli sözleşme*” kavramı ile “*finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler*” kavramının arasındaki fark, esas olarak, sözleşmenin konusuna ilişkindir. Mamafih, her ne kadar içerikleri ve kapsamaları doğrudan aynı olmasa da finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından da tüketicinin korunması gereği duyulmuştur ve bu kapsamda, tüketicinin ön bilgilendirilmesi ve sözleşmenin kurulmasından sonra cayma hakkı, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından da öngörülmüştür.

¹⁶² Avcı Braun, s. 32.

“Finansal hizmetler” kavramının tanımı, TKHK m. 49 ve FHMSY m. 4 çerçevesinde açık bir şekilde yapılmasa da bu düzenlemelerden hareketle finansal hizmetleri; “her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım, ve ödeme ile ilgili hizmetler” olarak ele almak mümkündür. Bu noktada, TKHK m. 49 ve FHMSY m. 4 çerçevesinde yapılan tanımın örnekleme şeklinde yapıldığını ve finansal hizmetler kavramından, sadece bu düzenlemelerde açık şekilde sayılanlarla sınırlı tutmamak gerektiğinin altını çizmek gerekir¹⁶³.

B. İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelerden Farkı

Satıcının/sağlayıcının mağazasında kurulmayan ve bu sebepten dolayı zaman zaman mesafeli sözleşmeler ile karıştırılan “iş yeri dışında kurulan sözleşmelerden” de bahsetmek gerekir. İşyeri dışında kurulan sözleşmelerin alametifarikası, TKHK m. 47 hükmü incelendiğinde, sözleşme görüşmelerinin ya da sözleşmenin kurulmasının, satıcının/sağlayıcının iş yerinin dışında ve ancak tarafların eş zamanlı fiziksel varlıklarının aranarak gerçekleşmesidir¹⁶⁴. İş yeri dışında kurulan sözleşmeler, genel olarak, tüketicinin herhangi bir sözleşme kurma gayesi veya düşüncesi olmadan, satıcının/sağlayıcının, tüketiciyi beklenmedik bir anda yakalaması ile beraber onu sözleşme kurmaya ikna ettiği hallerde karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁵. Bu çerçevede, iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde tüketici, tıpkı mesafeli sözleşmelerde olduğu gibi satıcıya/sağlayıcıya nazaran daha zayıf ve karanlıkta olmasından ve sözleşmenin bizatihi niteliğinden dolayı belirli riskler ile karşılaşacağından, her iki sözleşme için de tüketicinin ayrıca korunması gerekmiştir¹⁶⁶.

İlk bakışta iş yeri dışında kurulan sözleşmeler ile mesafeli sözleşmeler, kavram olarak birbirine yakın durmaktadırlar. Hatta Türk hukuku açısından mesafeli sözleşmelere ilişkin ilk düzenlemeler, 2003 yılında eTKHK m. 9/A’nın eklenmesi ile gerçekleşmiştir ve bu maddenin beşinci fıkrası incelendiğinde, maddede düzenleme alanı bulmayan hususlar için, cayma hakkı süresi boyunca tüketiciden ödeme alma

¹⁶³ İlhan Kara, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, Ocak 2021, s. 1043; Güneş s. 50 vd.

¹⁶⁴ Esen Kabaş, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 3, Ankara, 2015, s. 77.

¹⁶⁵ Zevkliler/Özel, s. 308.

¹⁶⁶ Aslan, s. 274.

yaşığı haricinde, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler için var olan hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Günümüzde artık bu iki sözleşme tipi, TKHK m. 47 ve TKHK m. 48 altında, farklı maddelerde ayrı düzenleme alanı bulmaktadır. Buna karşın AB hukuku açısından bu iki sözleşme tipi, geçmişte her ne kadar farklı Direktifler altında düzenlenmişse¹⁶⁷ de günümüzde THD çerçevesinde çoğu zaman benzer düzenlemeler altında değerlendirilmiştir. Görülmektedir ki mesafeli sözleşme ile iş yeri dışında kurulan sözleşmeler, nitelikleri itibarıyla o kadar benzemektedirler ki, genellikle benzer hukuki düzenlemeler altında değerlendirilme eğilimi içerisinde girilmiştir.

Bu iki kavramı benzer kılan husus, her iki kavram açısından da sözleşmenin, satıcının/sağlayıcının normal şartlarda satış faaliyetlerini yürüttüğü mağazasının veya “*olağan sözleşme kurma mekânlarının*”¹⁶⁸ dışında kuruluyor olmasıdır. Her iki sözleşme için de tüketici, normal şartlarda içerisinde bulunduğu daha dezavantajlı durumlar içerisinde bulunmaktadır. Her iki sözleşme için de tüketici, bilgi asimetrisine maruz kalmakta, sözleşme konusu malı ve hizmeti yeterince inceleme, gözden geçirme ve karşılaştırma imkânı bulamamakta, bu çerçevede rasyonel olmayan kararlar verebilmektedir. Bu kapsamda her iki sözleşme tipi için de tüketicinin ön bilgilendirilmesi ve cayma hakkı, tüketicinin korunması noktasında önemli hukuki müesseseler olarak ele alınmaktadır.

Buna karşın esasında bu iki kavramı birbirinden ayıran oldukça önemli birkaç nokta bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sözleşme taraflarının eş zamanlı fiziksel varlığına yöneliktir. Mesafeli sözleşme kavramının en önemli ayırt edici unsurlarından biri, sözleşme taraflarının müzakere ve kuruluş aşamasında hiçbir zaman eş zamanlı ve fiziksel olarak bir arada bulunmuyor olmalarıdır. Bu kapsamda satıcı/sağlayıcı ile tüketici, hiçbir zaman fiziksel olarak birbirlerinin yüzünü dahi görmezler. Buna karşın iş yeri dışında kurulan sözleşmeler açısından ise, TKHK m. 47/1’de açıkça belirtildiği üzere, sözleşme kurulurken tarafların eş zamanlı fiziksel varlığı aranır. Bu kapsamda, mesafeli sözleşmeler açısından tarafların eş zamanlı varlığının olmaması ayırt edici unsur iken; iş yeri dışında kurulan sözleşmeler

¹⁶⁷ Geçmiş dönemde iş yeri dışında yapılan sözleşmeler, 20 Aralık 1985 tarihli ve 85/577/EC sayılı Direktif altında düzenleme alanı bulurken; mesafeli sözleşmeler mülga MSD altında ayrıca düzenlenmekteydi.

¹⁶⁸ Aslan, s. 274.

açısından tarafların eş zamanlı fiziksel varlığının olması ayırt edici unsurdur¹⁶⁹. Bu iki kavramı birbirinden ayıran bir diğer unsur ise TKHK m. 47/4 hükmünde iş yeri dışında kurulan sözleşmeler açısından, yazılılık şekil şartının bulunmasıdır. Hâlbuki TKHK m. 48 ve MSY hükümleri incelendiğinde, mesafeli sözleşmelerin yazılı şekil şartına tabi olduğuna yönelik herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.

Öğretide, bu iki sözleşme açısından tüketiciye cayma hakkı tanınmasının ardında yatan sebebin, kısmen farklı olduğu ifade edilmektedir. İş yeri dışında kurulan sözleşmeler açısından tüketiciye cayma hakkı tanınmasının ardındaki sebep, satıcının/sağlayıcının, tüketicinin beklemediği bir anda ve hazırlıksız olduğu bir ortamda tüketiciye yaklaşarak, onun psikolojik güçsüzlüğünden yararlanarak sözleşme kurmaya itmesi olarak belirtilmekte iken; mesafeli sözleşmeler açısından ise, tüketicinin, mesafeli sözleşme ile elde edeceği mal veya hizmeti önceden inceleyemiyor ve gözden geçiremiyor olmasından dolayı maruz kaldığı bilgisizlikten ve malın gerçek değerini, ancak inceleme ve gözden geçirme imkanına sahip olduktan sonra anlayabilmesinden dolayı cayma hakkı tanındığı ifade edilmektedir¹⁷⁰.

Görülmektedir ki satıcının/sağlayıcının mağazasının dışında sözleşmenin kurulduğu bu iki kavram her ne kadar ilk bakışta benzer gözükseler de esasında, ayırt edici unsurları başta olmak üzere, birbirinden farklı kavramlardır.

C. Mesafeli Satım Kavramından Farkı

Bir sözleşmenin veya satış sözleşmesinin, mesafeli sözleşme şeklinde kurulması ile “*mesafeli satım*” veya “*mesafeli satış*” kavramları da birbirinden farklıdır. Bu iki farklı kavramı tanımlarken, kullanılan kelimelerin birbirlerine çok benzer olmasından dolayı birbirleri ile karıştırılması mümkündür. Bu sebeple de farklarını ortaya koymakta fayda vardır.

¹⁶⁹ Kahveci/Aydoğdu, s. 409.

¹⁷⁰ Jan M. Smits, “The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law”, **Maastricht European Private Law Institute Working Paper**, S. 2011/01, 2011, (<https://ssrn.com/abstract=1719104> – Erişim Tarihi: 01.08.2022), s. 6. Benzer yönde, Baysal, s. 282-283.

Çalışmamızın konusu olan mesafeli sözleşmelerin, taşınır maddi ya da gayri maddi mal satışına ilişkin olması halinde bu sözleşme “*mesafeli satış sözleşmesi*” olarak adlandırılır¹⁷¹. Buna karşılık herhangi bir mal satışı sözleşmesinde satıcının; alıcıya malın zilyetliğini ve mülkiyetini devretme borcunu, malın hali hazırda bulunduğu yerde veya TBK m. 89’a göre belirlenecek kanuni ifa yerinde değil de, tarafların anlaşması çerçevesinde, başka yere (örneğin alıcının bulunduğu yere) gönderilme ya da götürülme ile yerine getirdiği hallerde “*mesafeli satım*” veya “*mesafeli satış*” kavramından bahsedilir¹⁷².

Eğer ki teslim borcunun ediminin niteliği gereği, edimin mutlaka *belirli yerde ifa zorunluluğu* söz konusu ise, o borç ancak o belirli yerde ifa edilebilir¹⁷³. Ayrıca, bazı hallerde bir kanun hükmü, bir borç ediminin ifasının, nerede gerçekleştirilmesi gerektiğine yönelik açık düzenlemede bulunmuş da olabilir¹⁷⁴. Buna karşın, ortada edimin belirli bir yerde ifa edilmesine yönelik bir zorunluluk bulunmuyorsa veya bir kanun hükmü ile edimin ifa yeri açıkça düzenlenmemiş ise, artık TBK m. 89 hükmünde yer alan *yedek hukuk kuralına* göre borcun ifa yeri belirlenecektir¹⁷⁵. TBK m. 89/(f.1) hükmü öncelikle, borcun ifa yerine ilişkin olarak sözleşme taraflarının açık veya örtülü iradelerinin nazara alınacağını düzenlemiştir. Buna göre eğer ki taraflar ifa yerini açık ya da örtülü olarak kararlaştırmışlarsa borç edimi, o yerde ifa edilir. Buna karşın eğer ki tarafların açık ya da örtülü olarak kararlaştırdıkları bir ifa yeri yok ise, TBK m. 89/(b.1) vd. hükmü uyarınca, edimin niteliğine göre ifa yeri belirlenir.

TBK m. 89/1 hükmü uyarınca *para borçlarının* ifa yeri “*alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerine*”; TBK m. 89/(b.2) uyarınca *parça borçlarının* ifa yeri

¹⁷¹ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 214.

¹⁷² Haluk Nami Nomer/Baki İlkay Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri**, C.1, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 94; Turgut Kalpsüz, **Ticari Satışta İfa Mahalli**, Ankara, 1960, s. 138; Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C.2, 3. Baskı, İstanbul, 1977, s. 50. Abdülkerim Yıldırım, “Mesafe Satımı ile Mesafeli Satım Kavramları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1-2, Ankara, 2005, (Mesafe Satımı) s. 140: Belirtmesinde fayda vardır ki yazar, atıfta bulunulan eserde “*mesafe satımı*” tabirini kullanmaktadır.

¹⁷³ Öğretide bu duruma örnek olarak, belirli bir arsanın üzerine inşaat yapma borcu, örnek gösterilmektedir. Böyle bir halde bu borç, sadece o belirli arsanın bulunduğu yerde ifa edilebilecektir.

¹⁷⁴ Örneğin, TBK m. 561 vd. maddelerinde düzenlenen “*saklama sözleşmelerinde*”, TBK m. 566’ya göre, saklama edimini taahhüt eden borçlunun iade edimini, (saklanan) malın bulunduğu yerde ifa edileceğini açık bir şekilde öngörmüştür. Bu açıdan, bu tarz saklanana iade edimi açısından kanuni ifa yeri, (saklanan) malın bulunduğu yerdir.

¹⁷⁵ Oğuzman/Öz, s. 331; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, Eylül 2021, s. 90.

“sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yere”; TBK m. 89/(b.3) hükmü uyarınca, *para* ve *parça borçları* dışında kalan diğer bütün borçların ifa yeri ise “doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerine” göre belirlenecektir. Satış sözleşmeleri açısından da eğer ki satıcı ile alıcı arasında, malın zilyetliğini ve mülkiyetini devretme (teslim) borcu için, açık ya da örtülü olarak kararlaştırdıkları bir ifa yeri yoksa, (satıcının borcunun, *tür* ya da *parça* borcu olmasına göre) TBK m. 89/(b.2 veya b.3) hükümleri uyarınca ifa yeri belirlenecektir. Satıcının teslim edeceği şey, ferden tayin edilmiş - yani özel nitelikleri yeterli şekilde belirlenmiş ise, artık satıcının *parça borcu* söz konusu olacağı için, TBK m. 89/(b.2)’ye göre, satış sözleşmesinin kurulduğu anda *parça borcu* konusu malın bulunduğu yerde borç ifa edilecektir¹⁷⁶. Örneğin, satış sözleşmesinin konusu, alıcının ihtiyaçlarına özel olarak tasarlanmış bir çanta olabilir. Bu halde, ifa yeri, satış sözleşmesi kurulurken çantanın bulunduğu yer olacaktır. Buna karşılık, satıcının teslim edimine konu şey, ferden değil, sadece türü belirtilerek miktarı itibarıyla belirlenmiş ise, satıcının *tür (nevi) borcu* söz konusu olacağı için, eğer ki ortada açık ya da örtülü belirlenmiş bir ifa yeri de yoksa artık, TBK m. 89/(b.3)’e göre, teslim borcunun doğduğu sıradaki borçlunun yerleşim yerinde borç ifa edilecektir¹⁷⁷. Örneğin, küresel çapta faaliyet gösteren bir çanta üreticisinin, seri üretime konu çanta modellerinden bir tanesinin satış sözleşmesine konu olması söz konusu olabilir. Bu halde ifa yeri, borcun doğduğu sırada borçlunun yerleşim yeridir. Örnek verilen bu hallerde satış sözleşmesinden kaynaklanan teslim ediminin gerçekleştirilmesi için alacaklının, malın bulunduğu yere ya da borçlunun yerleşim yerine gitmesi gerektiği için *aranılacak borç* nitelendirilmesi yapılır¹⁷⁸.

İşte eğer ki, satıcının mal teslimi ediminin ifası için, TBK m. 89/(b.2) ya da (b.3)’e göre belirlenen ifa yeri uyarınca, malın hali hazırda bulunduğu yerden başka bir yere gönderilmesi gerekmiyor ise, bu halde “*yerinde satım*” nitelendirilmesi yapılır¹⁷⁹. Buna karşın sözleşme tarafları, teslim borcunun ifa yerine yönelik TBK m. 208/3’de bahsi geçen halde olduğu gibi, açık ya da örtülü anlaşma yaparak, malın TBK m. 89/(b.2,3) hükümlerine göre belirlenecek ifa yerinden başka bir yeri, ifa yeri olarak belirledilerse (örneğin alacaklının yerleşim yeri); ve böylelikle, satıcının edimi

¹⁷⁶ Oğuzman/Öz, s. 7.

¹⁷⁷ Oğuzman/Öz, s. 7.

¹⁷⁸ Aral/Ayrancı, s. 90.

¹⁷⁹ Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 97.

ifa edebilmesi için malı halı hazırda bulunduğu yerden, hasarı ve yararı kendisine ait olmak üzere, bizzatı o yere götürmesi – yani *götürülecek borç* - ya da sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi vasıtasıyla (genellikle bu üçüncü kişi taşıyıcı olur ve bu halde taşıyıcıya teslim yapılana kadar hasar ve yarar satıcıdadır) göndermesi – yani *gönderilecek borç* - söz konusu ise bu halde “*mesafeli satım*” nitelendirilmesi yapılır¹⁸⁰. Bu noktada “*mesafeli satım*” veya “*mesafeli satış*” kavramları, satış sözleşmesinin ifa yerine ilişkindir¹⁸¹.

Hâlbuki bir tüketicinin alıcı olarak taşınır maddi mal ya da gayri maddi mala ilişkin satış sözleşmesini uzaktan iletişim araçlarıyla ve uzaktan pazarlama sisteminin kullanılmasının bir sonucu olarak; tarafların, müzakere ve kuruluş anı da dâhil olmak üzere, eş zamanlı karşılıklı fiziksel varlıkları olmadan mesafeli şekilde kurması halinde artık TKHK m. 48’de düzenlenmiş olan *mesafeli satış sözleşmesinden* bahsedilir ve bu sözleşme, öncelikli olarak TKHK hükümlerine tabi olur¹⁸². Ancak, mesafeli satış sözleşmesine konu mal teslimi borcu, ekseriyetle taşıyıcı vasıtasıyla malın tüketicinin (alıcının) yerine teslimini içereceğinden, aynı zamanda gönderilecek borçtan ve mesafeli satımdan da bahsedilecektir. Bu çerçevede, TKHK hükümlerine tabi mesafeli satış sözleşmesi, niteliği itibarıyla bir satış sözleşmesi olduğundan, TKHK ve MSY dâhilinde hüküm bulunmadığı halde, TBK’nın satış sözleşmesine ilişkin hükümleri de uygulama alanı bulacaktır.

D. Beğenme Koşuluyla Satış Kavramından Farkı

Aşağıda daha sonra detaylı şekilde inceleneceği üzere¹⁸³, mesafeli sözleşmenin mal teslimine ilişkin olması halinde tüketici, MSY m. 9/2 hükmü uyarınca, malın kendisine veya yetkilendirdiği üçüncü kişiye tesliminden sonra on dört gün içerisinde cayma hakkını kullanarak, mesafeli sözleşmeyi sonlandırabilmektedir. Bu kapsamda tüketici, esasında kendisine teslim edilen malı inceleyip, gözden geçirdikten sonra; eğer ki mesafeli sözleşme konusu malın kendisine fayda sağlamayacağı ya da malın kendisi için olan değerinin, malın sözleşme bedelinden düşük olduğu kanaatinde ise

¹⁸⁰ Yıldırım, *Mesafe Satımı*, s. 130-131.

¹⁸¹ Zevkliler/Özel, s. 321; Topaloğlu, s. 15; Yıldırım, *Mesafeli Sözleşmeler*, s. 98.

¹⁸² Bütün Yılmaz, s. 355. Yazar bu noktada, bahsedilen “*mesafeli satış sözleşmesine*” uygulanması gereken kuralın TKHK’da mevcut olmaması halinde genel hükümlere gidileceğini de belirtmiştir. Bu kapsamda bu sözleşmelere, TKHK’de hüküm bulunmaması halinde sözleşmenin kurulmasına ilişkin meselelerde TBK m. 1 vd. hükümleri; satış sözleşmesine ilişkin meselelerde ise TBK m. 207 vd. hükümleri uygulanabilecektir.

¹⁸³ Bknz. Üçüncü Bölüm, II, B.

herhangi bir sebep dahi ileri sürmeden cayma hakkını kullanabilecektir. Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin bu imkâna sahip olması, TBK m. 249 vd. düzenlenen; alıcının kendisine teslim edilen malı deneyip ya da gözden geçirdikten sonra satış sözleşmesi ile bağlı kalmayı şart koyduğu, “*beğenme yoluyla satış*” kavramı ile karıştırılmasına sebebiyet verebilir. Hatta öğretide, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınan cayma hakkı ve sonuçları göz önünde tutularak, mesafeli sözleşmelerin esasında, *beğenme koşuluyla satışlardan* olduğunu ileri süren bir görüş dahi mevcuttur¹⁸⁴. Hatta, her ne kadar mesafeli sözleşmeler ile ilgili olmasa da Yargıtay HGK oluşturduğu bir içtihadında, tüketicinin cayma hakkının bulunduğu devre tatil satış sözleşmeleri açısından, sözleşmenin kurulması ile cayma süresinin sonu arasında kalan süre boyunca sözleşmenin “*henüz hükümlerini doğurmayacağını*”; bu süre boyunca sözleşmenin askıda olduğunu ve cayma hakkının ileri sürülmesi ile sözleşmenin geriye etkili olacak şekilde hüküm doğurmayacağını belirtmiştir. Ancak aşağıda da açıklanacağı üzere bu iki kavram, birbirinden farklıdır¹⁸⁵.

TBK m. 249 vd. kendisine düzenleme alanı bulan “*beğenme yoluyla satış*” sözleşmeleri, alıcının malı inceleyerek veya gözden geçirerek beğenmesi iradi şartına bağlanan satış sözleşmeleri için kullanılan bir kavramdır¹⁸⁶. Burada, alıcının inceleme ve gözden geçirme sonucu beğenmesi, bir geciktirici şart olarak ele alınır. Nitekim TBK m. 250/1 hükmünde, alıcının malı kabul etmekte veya herhangi bir sebep dahi göstermesine gerek olmaksızın malı geri verme imkânı düzenlenmiştir. Buna göre alıcı ile satıcının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını ortaya koyması ile satış sözleşmesi kurulmuş olur ancak sözleşme, alıcı malı inceleme ve gözden geçirme imkânı bulup, beğendiğini bildirdiği (veya TBK m. 252’ye göre malı kabul etmediğini bildirmediği) ana kadar askıdadır ve henüz hükümlerini doğurmaz¹⁸⁷. Bu kapsamda, malın zilyetliği her ne kadar alıcıya geçmiş olsa bile malın mülkiyeti, geciktirici iradi şart gerçekleşinceye kadar satıcıdadır, alıcıya geçmez. Gerçekleşmesi tamamen alıcının inisiyatifinde olan bu geciktirici iradi şartın gerçekleşmesi ile beraber ise artık satış sözleşmesi, en baştan itibaren olacak şekilde hükümlerini doğurmaya başlar ve artık, malın mülkiyeti alıcıya geçer. Buna karşın

¹⁸⁴ Bozbel, s. 794: “Gerçekten de mesafeli sözleşmelerde tanınan cayma hakkının niteliği ve amacı düşünüldüğü takdirde, iletişim vasıtaları kullanılmak suretiyle akdedilen sözleşmeleri ‘tecrübe ve muayene şartıyla satımın’ türlerinden biri olarak nitelendirmek mümkündür”.

¹⁸⁵ YHGK, E. 2017/13-637, K. 2017/757, T. 19.04.2017 (app.e-uyar.com – Erişim Tarihi 20.08.2022).

¹⁸⁶ Gümüş, s. 190.

¹⁸⁷ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, Ekim 2021, (Özel Hükümler) s. 229.

eğer iradi şart gerçekleşmez ise, yani alıcının malı beğenmesi koşulu sağlanmaz ise artık satış sözleşmesi, geçmişe etkili olacak şekilde geçersiz olur.

İlk bakışta, cayma hakkının da kullanılmasının tamamen tüketicinin inisiyatifinde olması; hakkın kullanılmasının bir sebebe veya satıcının kusuruna bağlı olmaması; cayma hakkı süresinin, tüketicinin veya onun yetkilendirdiği kişiye teslimle, bir başka ifadeyle, tüketicinin malı inceleme ve gözden geçirme imkânı bulmasıyla işlemeye başlaması ve hakkın kullanılması ile beraber satış sözleşmesinin geçmişe etkili olacak şekilde sonlanması sebebiyle, mesafeli sözleşmelerin de bir tür beğenme koşuluyla satış olduğu akla gelebilir. Ancak kanımca bu, mümkün değildir.

Öncelikle, yukarıda açıkladığımız üzere, beğenme koşuluyla satışlarda sözleşme geçerli şekilde kurulmuş olur ancak hükümlerini, geciktirici iradi şart gerçekleşinceye kadar doğurmaz. Hâlbuki mesafeli sözleşmeler için böyle bir şey söylemek, mümkün değildir. Mesafeli sözleşmeler, tarafların karşılıklı uygun iradelerini (öneri – kabul) birleştirmeleri ile kurulur ve o andan itibaren hükümlerini geçerli olacak şekilde doğurmaya başlar. Nitekim ne TKHK m. 48’de ne MSY’de ne de THD’de, tüketicinin cayma hakkını kullanana ya da cayma hakkı süresi dolana kadar, mesafeli sözleşmenin askıda olacağına yönelik bir düzenleme mevcuttur.

Beğenme koşuluyla satış sözleşmelerinde, geciktirici iradi şart gerçekleşinceye kadar satış sözleşmesinin hükümleri askıda olduğu için, şart gerçekleşinceye kadar bedel alacağının muaccel olmasından da bahsedilemeyeceği için satıcının, alıcıdan ödeme yapmasını talep etmesi de mümkün değildir. Hâlbuki mesafeli sözleşmeler uygulamasına bakıldığında, özellikle de internet üzerinden çevrimiçi ödemenin yaygınlaşması ile beraber çoğu zaman tüketici, sözleşmenin kurulmasından hemen sonra sözleşmeden doğan ödeme yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Ayrıca, aksine bir anlaşma olmadıkça, tüketicinin cayma hakkı süresi geçene kadar ödeme yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınma gibi, kanundan kaynaklanan bir imkânı da bulunmamaktadır.

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin, kendisine teslim edilen malı inceleme ve gözden geçirmeyi aşacak şekilde kullanması, cayma hakkını ileri sürmesini engellemez. Ancak MSY m. 13/2 hükmü gereği, bu inceleme ve gözden geçirmeyi

aşan, bir başka ifadeyle, mutata kullanım kapsamının dışındaki kullanımından dolayı eğer ki malda bir değer azalması veya bozulma meydana geldi ise bundan dolayı tazminat sorumluluğu doğmaktadır. Buna karşın, TBK m. 252/2 hükmüne göre, eğer ki alıcı malı denemeyi veya gözden geçirmeyi aşacak biçimde kullanmış ise artık beğenme koşulu gerçekleşmiş olur ve alıcının, tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeden kurtulma imkânı ortadan kaybolur. Görülmektedir ki mesafeli sözleşmelerde tüketici, malı mutata kullanımı aşar şekilde kullansa dahi cayma hakkını ileri sürerek sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulabilecek iken; beğenme koşuluyla satışlarda alıcı, deneme ve gözden geçirmeyi aşacak şekilde malı kullanmış ise artık sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulamaz.

Yukarıda açıklanan tüm bu hususlar değerlendirildiğinde ise artık, mesafeli satışların, TBK m. 249 vd. çerçevesinde beğenme koşuluyla satış olarak değerlendirmek, mümkün değildir¹⁸⁸.

VII- Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması

A. Öneri - Kabul

Mesafeli sözleşmelerin kurulması ile ilgili olarak ne TKHK m.48’de ne de MSY’de, TBK m. 1 vd. hükümlerinden farklı, özel bir düzenleme bulunmaktadır. TKHK m. 48 ve MSY’de, sözleşmenin kurulmasından öncesi ile alakalı satıcının/sağlayıcının, tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü ve sözleşmenin kurulmasından sonra tüketicinin cayma hakkı gibi hususlar düzenlenmiş ve ancak, kurulmasına ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiştir¹⁸⁹. Bu durum Avrupa Birliği mevzuatı açısından da aynıdır¹⁹⁰. Bu halde mesafeli sözleşmelerin kurulması ile ilgili olarak, sözleşmelerin kurulması hususunda genel hüküm olan TBK m. 1 vd. hükümleri uygulanır¹⁹¹.

Tıpkı diğer bütün sözleşmelerde olduğu gibi mesafeli sözleşmenin kurulması için de TBK m. 1 uyarınca, öncelikle iki veya daha çok kişinin, “*bir hukuki sonuç*

¹⁸⁸ Benzer yönde, Baş Süzel, **Cayma**, s. 282.

¹⁸⁹ Çabri, s. 875.

¹⁹⁰ Oğuz Gökhan Yılmaz, “Tüketici Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 14, Ankara, Temmuz 2013, s. 1019-1020.

¹⁹¹ Uzun Kazmacı, s. 2796; Yılmaz, s. 1020.

meydana getirmek üzere” irade beyanlarını ortaya koymaları ve ortaya koyulan bu irade beyanlarının birbirine, fiilen veya içerik itibarıyla, uyuyor olması gerekir¹⁹². Mesafeli sözleşmeler için tarafların karşılıklı irade beyanlarını, birbirlerine uyan şekilde ortaya koyması ise bir tarafın öneride bulunması; diğer tarafın ise bu öneriyi kabul etmesi şeklinde gerçekleşir. Mesafeli sözleşmeler açısından, sözleşmenin kurulduğu an tüketici ile satıcının/sağlayıcının irade beyanlarının uyduğu andır¹⁹³.

Diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi mesafeli sözleşmeler için de söylenmelidir ki, tarafların kullandığı uzaktan iletişim araçları ne olursa olsun, öneri beyanlarının kurmak istedikleri sözleşme tipinin esaslı unsurlarını içeriyor olması gerekir¹⁹⁴. Bu kapsamda mal satışını içeren bir mesafeli sözleşmede, TKHK m. 6/1 hükmündeki hal saklı olmak üzere, öneride bulunan tarafın önerisinde, hangi mal için öneride bulunduğu ve bedelinin ne olduğu hususlarına yer vermesi gerekir¹⁹⁵.

Bir sözleşmenin mesafeli olarak kuruluyor olması, o sözleşmenin doğrudan hazır olmayanlar arasında kurulduğunu söylemeye imkân vermez. Zira TBK m. 4/2 düzenlemesinin açık hükmü uyarınca, *“telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazırlar arasında yapılmış sayılır”*. Gerçekten de bu fıkra bahsi geçen uzaktan iletişim araçlarında, tarafların öneri ve kabul beyanlarını, sözleşmenin diğer tarafına anında iletmesi; diğer tarafın da bu beyanları hemen öğrenebilmesi mümkündür. Ancak burada önem arz eden husus, hükümde bahsi geçen uzaktan iletişim araçlarının doğrudan iletişime imkân vermesi, bu araçlar vasıtasıyla iletilen irade beyanının ve içeriğinin karşı tarafça derhal öğrenilebiliyor olması halidir¹⁹⁶.

Buna göre mesafeli sözleşmenin kurulmasında taraflar, beyanlarını bilgisayar ortamında veya telefon gibi doğrudan ve kesintisiz şekilde iletişim kurulan ortamlarda birbirlerine sunuyor ise mesafeli sözleşme hazırlar arasında kurulmuş

¹⁹² Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 19. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ekim 2021, s. 49; Antalya, s. 285; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, Ekim 2021, s. 258.

¹⁹³ Çabri, s. 875.

¹⁹⁴ Oğuzman/Öz, s. 50; Eren, s. 276; Antalya, s. 303.

¹⁹⁵ Merve Arslan, **Elektronik Ticaret ve Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2021, s. 116-117: Yazara göre mesafeli sözleşmeler için TKHK m. 48/2 hükmünde bahsi geçen tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülüğü kapsamında MSY m. 5 uyarınca yer alan hususlar da, satıcının/sağlayıcının tüketiciye yapacağı öneride yer alması gereken zorunlu unsurlardandır.

¹⁹⁶ Oğuzman/Öz, s. 61-62.

sayılır¹⁹⁷. Bilgisayar veya telefon gibi doğrudan iletişim araçlarının kullanılarak, sözleşme taraflarının öneri - kabul beyanlarını karşı tarafa derhal ulaştırabilmeleri; bu beyanların karşı tarafça derhal öğrenilebiliyor olmasını mümkün kılar¹⁹⁸. Eğer ki bilgisayar ortamında, sözleşmenin her iki tarafı da çevrim içi (*online*) ise ve aralarında doğrudan doğruya, kesintisiz bir iletişim var ise, birbirlerinin beyanlarını derhal öğrenebilecek; karşılığında ise cevaplarını derhal diğer tarafa iletebileceklerdir¹⁹⁹. Görülmektedir ki bu halde her ne kadar sözleşme tarafları, aynı ortamda eş zamanlı fiziksel varlıklarıyla yüz yüze olmasalar dahi, ortada hazırlar arasında kurulmuş bir mesafeli sözleşmeden bahsedilir²⁰⁰. Bu hallere örnek olarak telekonferans yoluyla kurulan mesafeli sözleşmeler örnek gösterilebilir.

Buna karşılık mesafeli sözleşmenin kurulmasında kullanılan uzaktan iletişim aracı, sözleşme taraflarının öneri - kabul beyanlarının, karşı tarafa derhal ulaşmasını sağlayabilecek mahiyette değilse – veya bir başka ifadeyle – tarafların öneri - kabul beyanlarını dış dünyaya yansıttıktan sonra karşı tarafa ulaşması ve karşı tarafça öğrenilebilmesi anında olmuyor ise, bu halde mesafeli sözleşme hazır olmayanlar arasında kurulmuş olur²⁰¹. Mesafeli sözleşmenin mektup veya posta yoluyla kurulduğu haller, bu duruma örnek gösterilebilir.

Sonuç olarak tekrarlanmasında fayda vardır ki, bir sözleşmenin mesafeli olarak ve tarafların yüz yüze gelmeden kuruluyor olması, o sözleşmenin doğrudan hazır olmayanlar arasında kurulduğu anlamına gelmez.

Mesafeli sözleşmenin hazırlar arasında kurulup kurulmadığı meselesi, sözleşmenin kurulma ve hükümlerini doğurma anı açısından önem arz etmektedir. Mesafeli sözleşmenin, TBK m. 4/2 hükmü uyarınca tarafların doğrudan iletişim kurabildikleri uzaktan iletişim araçlarıyla, kurulması halinde; tüketicinin, kabul beyanını satıcıya/sağlayıcıya yönlendirmesi ile sözleşme hazırlar arasında, o an,

¹⁹⁷ Sinan Sami Akkurt, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derneği**, C. 60, S. 1, Ankara, Mart 2011, s. 32.

¹⁹⁸ Turgay Sariaçalı, **İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Temmuz 2021, s. 44-45.

¹⁹⁹ Bununla beraber, her bilgisayar ortamındaki iletişimin doğrudan doğruya aktarımı sağlayamayabileceğinin de nazara alınması gerektiğinin altını çizmek gerekir.

²⁰⁰ Çiğdem Kırca, “İnternette Sözleşme Kurulması”, **BATİDER**, C. 20, S. 4, Ankara, Aralık 2000, s. 108; Ümit Gezder, **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004, (Mukayeseli Hukuk), s. 113.

²⁰¹ Oğuzman/Öz, s. 61; Demir, Mesafeli Sözleşmeler, s. 225; Uzun Kazmacı, s. 2796; Sariaçalı, s. 45

kurulmuş sayılır ve o andan itibaren hükümlerini doğurur²⁰². Örneğin, “teleshopping” pazarlama sistemleri dâhilinde; satıcının/sağlayıcının tüketiciyi telefon ile araması ve önerisini iletmesi, buna karşılık ise tüketicinin yine telefon ile öneriyi kabul ettiğini bildirmesi ile sözleşme, hazır olanlar arasında kurulur ve kabul beyanı ile birlikte hükümlerini doğurmuş olur. Buna karşılık, mesafeli sözleşmenin hazır olmayanlar arasında kurulduğu hallerde ise sözleşme; TBK m. 5 hükmü uyarınca, tüketicinin kabul beyanının, satıcıya/sağlayıcıya ulaşması anında kurulmuş sayılır. Buna ek olarak, TBK m. 11 hükmü uyarınca, hazır olmayanlar arasında kurulmuş mesafeli sözleşme; kabul beyanın gönderildiği andan itibaren etkili olur. Örneğin, satıcının/sağlayıcının önerisini katalog ile tüketiciye göndermesi ve buna karşılık tüketicinin de kabul beyanını mektup yoluyla yöneltmesi halinde sözleşme hazır olmayanlar arasında; kabul beyanının satıcının/sağlayıcının kontrol alanına girmesi ile kurulmuş sayılır, ancak kabul beyanının gönderildiği andan itibaren etkili olacak şekilde hükümlerini doğurur²⁰³.

B. İnternet Üzerinden Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması

1- Genel Olarak

Günümüzde mesafeli sözleşmelerin büyük çoğunluğunun internet ortamında kuruluyor olması sebebiyle, mesafeli sözleşmelerin internet ortamı üzerinden kurulması meselesine ayrı bir başlık açmak gerekmektedir.

İnternet ortamında kurulan mesafeli sözleşmelerin hazır olanlar veya olmayanlar arasında akdedilmesi ile ilgili olarak, mesafeli sözleşme taraflarının internet üzerinden kurdukları iletişimin doğrudan doğruya, sürekli ve kesintisiz olup olmadığına bakmak gerekir²⁰⁴. Yukarıda da belirtildiği gibi, eğer internet üzerinden mesafeli sözleşme kurulurken taraflar arasında doğrudan doğruya bir iletişim mevcutsa ve bu kapsamda taraflar öneri - kabul beyanlarını doğrudan diğer tarafa iletebiliyor ve diğer taraf da bu beyanları derhal öğrenebiliyor ise, artık hazırlar arasında kurulan bir mesafeli sözleşmeden bahsedilir²⁰⁵. Örneğin, internet üzerinden

²⁰² Uzun Kazmacı, s 2797.

²⁰³ Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, Eylül 2014, s. 70.

²⁰⁴ Kırca, s. 110; Sarıakçalı, s. 44; Akkurt, s. 32.

²⁰⁵ Ulvi Altınışık, **Elektronik Sözleşmeler**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2003, s. 49.

yapılan görüntülü görüşme yoluyla kurulan sözleşmeler hazırlar arasında kurulmuş olacaktır. Aksi halde, mesafeli sözleşme hazır olmayanlar arasında kurulmuş olur.

Genel kural bu olmasına karşın, elektronik posta vasıtasıyla internet ortamında kurulan mesafeli sözleşmeler ile ilgili olarak, öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre; bu halde mesafeli sözleşme tarafları arasında doğrudan bir iletişim bulunmadığından, hazır olmayanlar arasında kurulan bir sözleşmeden bahsedilmelidir²⁰⁶. Zira bu halde taraflar arasında, kesintisiz ve doğrudan doğruya cereyan eden bir iletişim bulunmamaktadır. Bununla beraber, bir ayrıma giderek elektronik posta yoluyla iletişim kuran tarafların, bilgisayar başında karşılıklı olarak çevrim içi şekilde bulunmaları halinde, artık doğrudan iletişimin (veya bağlantının) olduğu kabulü ile burada, hazırlar arasında kurulan bir sözleşmeden bahsedilmesi gerektiğini belirten bir diğer öğreti görüşü de vardır²⁰⁷. Ancak bu halde dahi elektronik posta vasıtasıyla taraflar arasında doğrudan doğruya bir iletişim olduğundan bahsetmek, pek de gerçekçi gözükmemektedir. Zira elektronik posta yoluyla iletişim kuran mesafeli sözleşme taraflarının; her ikisinin de bilgisayar veya elektronik postaya eriştikleri sair elektronik cihaz (akıllı telefon veya tablet gibi) başında olmaları halinde dahi, karşı tarafça iletilen mesajı açmak noktasında bir serbestisi olduğu, nazara alınmalıdır²⁰⁸. Hâlbuki doğrudan doğruya ve kesintisiz iletişimin varlığını kabul edebilmek için muhatabın, kendisine yöneltilen beyanı öğrenmekten kaçınma gibi bir imkânının bulunmaması ve iletişimin kesintisiz mahiyette olması gerekir²⁰⁹.

İnternet ortamında kurulan mesafeli sözleşmelerin çoğunluğu satıcının/sağlayıcının veya aracının internet sitesi üzerinden gerçekleşmektedir²¹⁰. Daha doğru bir ifadeyle mesafeli sözleşmenin tarafları, sözleşmenin kurulması için gereken öneri ve kabul beyanlarını internet sitesi üzerinden oluşturmaktadır. İnternet

²⁰⁶ Sarıakçalı, s. 45; Demir, **Mesafeli Sözleşme**, s. 225, E. İnal, s. 108; Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 62; Uzun Kazmacı, s. 2796; İpek Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Kitabevi, Nisan 2007, s. 123-125, Gezder, **Mukayeseli Hukuk**, s. 114. Aksini söyleyen diğer görüş için bkz. Bülent Sözer, **Elektronik Sözleşmeler**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, Mart 2002, s. 110.

²⁰⁷ Altınışık, s. 50.

²⁰⁸ Sarıakçalı, s. 45: Yazara göre, her ne kadar sözleşmenin tarafları bilgisayar başında bulunsalar dahi elektronik posta vasıtasıyla iletişime geçiyorlar ise artık burada kesintili bir iletişim söz konusudur. İletişimin kesilmeden internet ortamında yapılan doğrudan iletişimler ise internet sohbeti şeklinde nitelendirilmelidir.

²⁰⁹ Akkurt, s. 32.

²¹⁰ Uzun Kazmacı, s. 2796.

sitesi üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler, elektronik ortamda hem kurulabiliyor hem de (dijital mal ve hizmetler açısından) elektronik ortamda ifa edilebiliyor olmalarından dolayı, “*gerçek anlamda elektronik sözleşme*” olarak nitelendirilmektedirler²¹¹. İnternet sitesi üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler uygulamasına baktığımızda, neredeyse her zaman, satıcının/sağlayıcının ortaya koyduğu sözleşme şartlarına, tüketicinin bu sözleşme şartları üzerinde herhangi bir değişiklik yapma fırsat ya da imkânı olmadan, katılma yoluyla mesafeli sözleşmeyi kurdukları gözlemlenebilecektir. Bu sebepten dolayı da internet sitesi üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler için, *iltihaki (katılmalı)* sözleşmelerden olduğunu belirtmek gerekir²¹².

İnternet sitesi üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler açısından, satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasında doğrudan doğruya ve kesintisiz cereyan eden bir iletişiminin varlığından bahsetmek, mümkün değildir. Satıcı/sağlayıcı bu öneri beyanını, kurmuş olduğu internet sitesi sistemi dâhilinde bilgisayar aracılığı ile önceden oluşturmaktadır ve herkese açık olarak iletmektedir²¹³. Ayrıca taraflar arasında kesintisiz ve doğrudan doğruya kurulmuş bir iletişim bulunmadığından, tarafların aynı anda gerçekleştirdikleri bir müzakere süreci de bulunmamaktadır. Kaldı ki, satıcının/sağlayıcının *herkese açık öneride* bulunduğu bir halde, herkes ile aynı anda hazır bulunmasından bahsetmek mümkün değildir. Tüm bu hususlar beraber değerlendirildiğinde, internet sitesi üzerinden kurulan mesafeli sözleşmenin hazır olmayanlar arasında kurulduğunu belirtmek gerekir²¹⁴. İnternet sitesi üzerinden kurulan mesafeli sözleşmelerin hazır olmayanlar arasında kurulmasından dolayı, sözleşmenin kurulma anı ile ilgili kabul edilen “*varma teorisi*” çerçevesinde, genel kural olarak, kabul beyanının öneride bulunan tarafın hâkimiyet alanına varması ile mesafeli sözleşme kurulmuş olacaktır²¹⁵. Bununla beraber kurulacak sözleşmenin müzakere aşamasında, satıcının/sağlayıcının internet sitesinde, tüketicinin karşı beyanlarını anlayabilecek otonom yazılımların kullanılması halinde artık sözleşme

²¹¹ Sözer, s. 92.

²¹² Sözer, s. 92, s. 115; Alper Uyumaz, “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 915.

²¹³ Sariaçalı, s. 46.

²¹⁴ Benzer yönde, Yıldırım, *Mesafeli Sözleşmeler*, s. 124; E. İnal, s. 115; Uzun Kazmacı, s. 2796; Sözer, s. 110-11; Sariaçalı, s. 46, Gezder, *Mukayeseli Hukuk*, s. 114; Altınışık, s. 50.

²¹⁵ Reisoğlu, s. 70.

müzakerelerinin hazırlar arasında gerçekleşmiş sayılacağını belirten bir görüş de öğretide mevcuttur²¹⁶.

2- TKHK m. 6/1 Hükmüne Göre İnternet Sitesinde Mal Sergilenmesi

Bir irade beyanının, genel hükümler çerçevesinde öneri sayılması için irade beyanının ilgili sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesi gerekir²¹⁷. Nitekim TBK m. 8/2 uyarınca, internet sitesi üzerinden mal sergilenmesinin *herkese açık öneri* olarak nitelendirilebilmesi için, satış sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan bedelin de gösterilmesi zorunludur²¹⁸.

Bununla beraber, eTKHK m. 5 hükmü ve onun devamı niteliğinde olan TKHK m. 6/1 hükmü ile artık, tüketicinin taraf olduğu mal satışı sözleşmeleri açısından, genel kural olan *sözleşme özgürlüğü ilkesine* bir istisna getirilerek, sergilenen malın satışta olmadığı açıkça anlaşılan haller haricinde, vitrinde, rafta, tüketicinin açıkça görebileceği yerlerde sergilenen mal veya hizmetlerin satışından kaçınılamayacağına; malın stokta ya da depoda bulunduğu, ve en önemlisi, mal veya hizmetin internet sitesinde sergilenmesinin *öneri* olduğuna yönelik karine getirilmiştir²¹⁹.

TKHK m. 6/1 ile getirilen karine, tıpkı TBK m. 8/2 hükmündeki karinede olduğu gibi, satıcının sergilemiş olduğu malın satılık olmadığına; bir başkasına hali hazırda satılmış olduğuna; malın vitrinde ya da mağazanın içerisinde dekorasyon amacı ile kullanıldığına yönelik ibareler koyması ile beraber, ortadan kalkacaktır²²⁰. Öğretide haklı olarak, karineyi ortadan kaldıracak ibarelerin, tüketicinin rahatça

²¹⁶ Bu görüş için bkz; Falcıoğlu, s. 198; Ali Osman Özdilek, **İnternet ve Hukuk**, 1. Baskı, İstanbul, Papatya Bilim Yayınevi, 2008, s. 31-32; Uyumaz, s. 922.

²¹⁷ Antalya, s. 303, P. 1237.

²¹⁸ eBK döneminde, mal ve hizmetlerin internet sitesinde sergilenmesi, genel olarak, eBK m. 7'deki fıkraların beraber yorumlanması sonucu, öneri olarak değil; öneriye davet olarak değerlendirilmekte idi. Bu yönde bkz. Altınışık, s. 43; Erten, s. 184: "Web sayfaları üzerinden fiyatları belirtilerek yapılan elektronik mal teşhirleri olsun, bu tür irade beyanlarında "güven teorisi çerçevesinde" bağlanma iradesini ifade eden açık bir iradeye yer verilmediği sürece, söz konusu mal teşhirlerinin, kural olarak, hukuken bağlayıcı olmayan icaba davet olarak nitelendirilmesi daha doğru olacaktır.". Bunun karşısında, satıcının internet sitesinde mal veya hizmetlerini teşhir etmesi halinde üstlenmesi gereken risklerin bulunduğu; bu risklerin satıcıya/sağlayıcıya yükletilmemesi halinde bunu tüketicinin yükleneceğini ve bunun ise, tüketicinin korunması amacıyla çelişeceğini belirten bir görüş de mevcuttu. Bu görüş için bkz. Gezder, Mukayeseli Hukuk, s. 97-99.

²¹⁹ Zevkliler/ Özel, s. 134.

²²⁰ Aydoğdu/ Kahveci, s. 184.

görebileceği şekilde yerleştirilmesinin gerektiği, aksi halde karinenin ortadan kalkmayacağı ifade edilmiştir²²¹.

Bununla beraber, TKHK m. 6/1 hükmündeki karinenin ve satıcının/sağlayıcının *satış yapmaktan kaçınma yasağının*; malın bedelinin belirtilmeden internet sitesinde sergilenmesi halinde de uygulama alanı bulup bulmayacağını da ortaya koymak gerekir, zira bedel, TBK m. 207/1 hükmü gereğince satış sözleşmesinin esaslı unsurları arasında sayılmıştır.

TKHK m. 6/1 hükmüne göre “*elektronik ortamda teşhir edilen malın, satılık olmadığını belirten bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılmaz*”. Görüldüğü üzere TKHK m. 6/1 hükmü, TBK m. 8/2’de açıkça belirtilenin aksine, malın sergilenmesi halinin, sözleşme yapmaktan kaçınma yasağının bir sonucu olarak *herkese açık öneri* sayılması noktasında, satış sözleşmesinin esaslı unsuru olan bedelin gösterilip gösterilmemesine ilişkin açık bir ayırım yapmamıştır. Buna göre, özel hüküm niteliğinde olan TKHK m. 6/1 hükmünde, genel hüküm olan TBK m. 8/2 çerçevesinde öngörülen karineden farklı bir karine kuralı mevcuttur²²². Genel hükümlere göre, malın bedelinin belirtilmeden internet sitesinde sergilenmesi halinde, satıcıyı bağlayıcı *herkese açık öneriden* bahsedilmesi mümkün değil iken (olsa olsa öneriye davetten bahsedilecektir); bir tarafın tüketici olduğu internet sitesi üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler açısından genel hükümden TBK m. 8/2’den, TKHK m. 6/1 düzenlemesi uyarınca sapılmıştır. Bu halde, TKHK m. 6/1 uyarınca, satıcının internet sitesinde malın bedelini göstermeden sergilemesi halinde - eş deyişle - satıcının, *herkese açık öneri* sayılacak irade beyanının, mesafeli şekilde kurulacak satış sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan bedeli içermese bile, artık *öneriye davetten* değil; *öneriden* bahsedilecektir ve tüketicinin kabul beyanı ile mesafeli sözleşme kurulmuş sayılacaktır²²³. Bununla beraber öğretide, bedelin gösterilmeden internet ortamında mal sergilenmesi halinde TKHK m. 6/1 hükmü

²²¹ Gümüş, s. 76.

²²² Aydoğdu/ Kahveci, s. 185; Zevkliler/ Özel, s. 134-135.

²²³ Zevkliler/Özel, s. 134-135; Aydoğdu/ Kahveci, s. 185; Sözer s. 96; Hatice Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ekim 2003, s. 66; Arslan, s. 118, 122. Sözleşmenin esaslı unsuru olan bedel olmadan, sadece mal sergilenmesinin öneri olarak kabul edilemeyeceği ile ilgili olarak bkz. Gümüş, s. 76. Ayrıca, TKHK m. 6/1 hükmünün, satıcının herkese açık öneride bulunduğuna yönelik değil de, tüketicinin, satıcının öneriye davet sayılması gereken irade beyanına karşılık yapacağı öneriyi, kabul zorunluluğu oluşturduğuna yönelik bkz. Oğuzman/Öz, s. 191.

uyarınca varlığı kabul edilen önerinin, dürüstlük kuralı çerçevesinde, satıcının ekonomik kapasitesiyle sınırlı olacak şekilde ele alınması gerektiği ifade edilmiştir²²⁴. Bu halde, satıcının ulaşabileceği satış hacmi ve imkânları önem arz edecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki yukarıda açıklanan halde, satıcının *herkese açık öneri* sayılan irade beyanında bulunmayan ve ancak mesafeli satış sözleşmesinin esaslı unsuru olan bedelin, TBK m. 233/1 hükmü çerçevesinde, “*malın ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden*” belirleneceği ifade edilmektedir²²⁵.

Son olarak, TBK m. 8/2 hükmündeki karinenin, açık şekilde sadece mal sergilenmesine ilişkin olmasından dolayı, bu hükümden doğan karinenin hizmet edimi içeren sözleşmelere uygulanmaz. Ancak bu durum, TKHK m. 6 hükmü açısından geçerli değildir, zira TBK m. 6/2 hükmünde sağlayıcının, haklı bir sebep olmaksızın hizmet sağlamaktan kaçınamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede, uygun düştüğü ölçüde TKHK m. 6/1 hükmünün, uygun düştüğü ölçüde, internet sitesinde hizmetin sergilenmesi halinde de geçerli olacağı kanaatindeyim²²⁶.

C. Mesafeli Sözleşmenin Şekli

Türk hukukunda TBK m. 12'nin açık hükmüne göre, sözleşmelerin kurulmasında esas prensip, şekil serbestisidir. Buna göre bir sözleşmenin kurulması, kanunda açıkça aksi belirtilmedikçe şekle tabi olmadan kurulabilir. Bu kapsamda öncelikle, mesafeli sözleşmelere ilişkin, kanunlarda düzenlenmiş bir şekil şartının olup olmadığına bakmak gerekir.

Mesafeli sözleşme kavramı, bir sözleşmenin uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla tarafların eş zamanlı varlığına gerek duyulmadan kurulması yöntemine ilişkindir²²⁷. Buna ek olarak ne TKHK'da ne de MSY'de, mesafeli sözleşmelerin

²²⁴ Aydoğdu/ Kahveci, s. 185.

²²⁵ Aydoğdu/ Kahveci, s. 185, dn. 34; Ayrıca bkz. Mehtap İpek İşleten, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, İstanbul, 2013, s. 113-114. Satış sözleşmesinin tarafların irade beyanları çerçevesinde bedel belirlenmeden lakin geçerli şekilde kurulması halinde CISG m. 55 ve TBK m. 233 hükümlerine göre bedel belirlenir.

²²⁶ Benzer yönde, Arslan, s. 122.

²²⁷ Bütün Yılmaz, s. 359; Erten, s. 202; E. İnal, s. 177.

şekline yönelik ayrıca düzenlenmiş bir hüküm bulunmaktadır²²⁸. Bu kapsamda tüketici ile satıcının/sağlayıcının, uzaktan iletişim araçları ile irade beyanlarını birleştirmeleri ile, kanunda aranan diğer şartların da mevcut olması halinde, mesafeli sözleşme kurulacaktır²²⁹.

TKHK'da ve MSY'de mesafeli sözleşmeler için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olmasından dolayı, mesafeli sözleşmelerin kendine has zorunlu içeriklerinden de bahsedilemez²³⁰. Nitekim mesafeli sözleşmeler için şekil şartından bahsetmenin, mesafeli sözleşmelerin doğasına aykırı olduğu da öğretide belirtilmektedir²³¹. Bu çerçevede, sözleşme taraflarını karşı karşıya getirecek bir şekil şartının varlığı veya tarafların bu yönde bir anlaşmasının olması halinde, ortada bir mesafeli sözleşmeden bahsedilmesi mümkün olmayacaktır²³². Tabi ki bu noktada, mesafeli şekilde kurulan sözleşmenin (örneğin satış sözleşmesi) kendisi için aranan esaslı unsurların (örneğin bedel) bulunmasının gerektiğini hatırlatmakta fayda vardır.

Pratikte herhangi bir ispat sorunuyla karşılaşmamak adına mesafeli sözleşmeler kurulurken, ileride sözleşmenin ispat edilmesini sağlayacak şekilleri takip ederek mesafeli sözleşmeyi kurmakta da fayda vardır. Uzaktan iletişim araçlarının çeşitliliği nazara alındığında bu husus her zaman geçerli olmayabilecektir. Örneğin, sesli iletişim araçlarıyla kurulan bir mesafeli sözleşmenin ve şartlarının, o an yazılı düzleme taşınması pek de mümkün değildir; ancak özellikle internet ortamında kurulan sözleşmeler için, ileride ispat kolaylığı sağlanması adına, sözleşmenin ve şartlarının yazılı dökümünü almak mümkündür. Bu noktada özellikle sesli iletişim araçları ile kurulan sözleşmelerin, daha sonra ispatının zor olması meselesi göz önüne alınmış olmalıdır ki, MSY m. 6/3 hükmünde; sesli iletişim araçlarıyla kurulan mesafeli sözleşmeler için tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında satıcıya/sağlayıcıya; sözleşme konusu edimlerin niteliklerini, satıcının/sağlayıcının adı veya unvanı gibi hususların yer aldığı – eş deyişle ortada bir mesafeli sözleşmenin akdedildiğini ispata yarayabilecek bilgilerin yer aldığı – yazılı belgeyi, tüketiciye teslim etme yükümlülüğü getirilmiştir. Bahsi geçen MSY hükmü her ne kadar esasında tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin olsa da, ihtilaf

²²⁸ Çabri, s. 870.

²²⁹ Aslan, s. 279; Topaloğlu, s. 24

²³⁰ Çabri, s. 870.

²³¹ Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 138.

²³² Bütün Yılmaz, s. 359.

oluşması halinde sonradan ispatı zor olan sesli iletişim araçlarıyla kurulan mesafeli sözleşmelerin tüketici tarafından ispatına yarayacak bir işlevinin de olduğunu kabul etmek gerekir.

Kanunen resmi şekil şartı öngörölmüş sözleşmelerin, mesafeli şekilde kurulması mümkün değildir²³³. Bu durum, resmi şeklin aradığı hukuki ortam ile mesafeli sözleşme kurma yönteminin, doğaları itibariyle birbirleri ile uyuşmasının mümkün olmamasından kaynaklanır. Resmi şekil, sözleşme taraflarının irade açıklamalarını, ilgili kanunda açık şekilde gösterilen usul ve yöntem çerçevesinde, kamu memurları tarafından düzenlenen belgede ortaya konulması suretiyle gerçekleşir²³⁴. Bu çerçevede sözleşme tarafların, bir kamu memuru huzurunda, eş zamanlı fiziksel varlıkları olacak şekilde sözleşme ilişkisini kurmaları gerekir. Hâlbuki mesafeli sözleşme kavramının en temel unsurlarından bir tanesi, hem sözleşmenin pazarlık ve müzakere aşamasında hem de sözleşmenin kurulduğu anda, tarafların hiçbir zaman eş zamanlı fiziksel varlıklarının bulunmamasıdır. İşte, resmi şekilde tarafların eş zamanlı fiziksel varlıklarının aranması; buna karşın, mesafeli sözleşmelerde, tarafların hiçbir zaman eş zamanlı fiziksel varlıklarının bulunmaması, resmi şekle tabi sözleşmelerin mesafeli olarak kurulmasını hukuken imkânsız kılar²³⁵.

Örneğin, Karayolu Trafik Kanunu m. 20/2 (d) hükmüne göre, tescil edilmiş motorlu araçların satışının, Noterde yapılması zorunludur. Aksi halde motorlu aracın satışı ve devri geçersiz sayılır. Buna göre, tescil edilmiş olan motorlu araçların satışına ilişkin sözleşmeler için resmi şekil öngörüldüğünden, tescil edilmiş araçların, örneğin ikinci el araçların, satışının mesafeli sözleşme ile yapılması mümkün değildir²³⁶. Buna karşın, Karayolu Trafik Kanunu çerçevesinde, tescil edilmemiş motorlu araçların satışı veya devri ile ilgili olarak, herhangi bir resmi şekil şartı

²³³ Zevkliler/Özel, s. 333; Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 151; Bütün Yılmaz, s. 359; Topaloğlu, s. 24; Aslan, s. 279.

²³⁴ Oğuzman/ Öz, s. 150.

²³⁵ Bir an için bu durum göz ardı edilse dahi yine de resmi şekle tabi sözleşmelerin, mesafeli şekilde kurulması mümkün değildir. Zira, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 5/2'ye göre, resmi şekle tabi tabi sözleşmelerin *güvenli elektronik imza* vasıtasıyla kurulması mümkün değildir.

²³⁶ Ece Baş Süzel, “Mesafeli Yolla Motorlu Araç Satışı”, **9. Tüketici Hukuku Tebliğ Metni**, 1. Baskı, Aristo Yayıncılık, Ocak 2021, (Mesafeli Motorlu Araç Satışı) s. 6; Sarıakçalı, s. 68.

bulunmadığından, tescil edilmemiş ve sıfır kilometre araçların mesafeli sözleşme ile satışının mümkün olduğu kabul edilmelidir²³⁷.

Kanunun adi yazılı şekil şartını öngördüğü sözleşmelerin ise, internet üzerinden mesafeli şekilde kurulması mümkündür. Adi yazılı şeklin temel unsurları, metin ile imzadır²³⁸. Sözleşme kurma gayesinde olan taraflar irade beyanlarını (öneri ve kabul), metin üzerinde ortaya koyarlar. İşte eğer mesafeli sözleşme tarafları, üzerinde mutabık kaldıkları sözleşme metnini, daha sonradan değişime uğramayacak şekilde, yani *sürekli ve kalıcı* şekilde muhafaza edilebilecek şekilde elektronik ortamda oluşturdularsa, artık her zaman internet üzerinden anlaştıkları sözleşme şartlarını, yazıya dökebileceklerdir²³⁹. Ancak bu halde de tarafların, imza şartını sağlamaları gerekir. Zira adi yazılı şeklin en önemli unsuru imzadır²⁴⁰.

TBK m. 15/1 (c.2) hükmünde, “*güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur*” denilmek suretiyle, yazılı şekilde aranan imza şartının, *güvenli elektronik imza* ile sağlanabileceği düzenlenmiştir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 5/1 hükmüne göre, *güvenli elektronik imzanın* doğuracağı hukuki sonuçlar açısından, elle atılan imzadan farkı bulunmamaktadır. Bu halde adi yazılı şekle tabi bir sözleşmenin mesafeli şekilde kurulmasının mümkün olabilmesi için tarafların, Elektronik İmza Kanunu m. 6’ya uygun şekilde oluşturulmuş *güvenli elektronik imzalarının* bulunması ve mesafeli sözleşmenin bu *güvenli elektronik imzalarının* kullanarak kurulması gerekir²⁴¹.

²³⁷ Baş Süzel, **Mesafeli Motorlu Araç Satışı**, s. 6

²³⁸ Antalya, s. 534, P. 2399.

²³⁹ Leyla Berber Keser, **İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, Ocak 2002, s. 208 vd.; Antalya, s. 534, P. 2405; Arslan, s. 130.

²⁴⁰ Sariakçalı, s. 66.

²⁴¹ Antalya, s. 545, P. 2463.

İKİNCİ BÖLÜM: MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN ÖN BİLGİLENDİRME İLE KORUNMASI

I- Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü İle Tüketicinin Korunmasındaki Amaç

Gerek Türk hukukunda gerekse de AB mevzuatında, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması iki temel hukuki kurum ile gerçekleşmektedir. Bunlardan ilki, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce, sözleşmenin zayıf ve karanlıkta kalan tarafı olarak kabul edilen tüketicinin, satıcı/sağlayıcı tarafından sözleşme, sözleşmenin konusu, tarafların yükümlülükleri, cayma hakkı ve sair konularda bilgilendirilmesi ve aydınlatılmasıdır. Bunlardan ikincisi ise mesafeli sözleşmenin kurulmasından sonra, tüketiciye belirli bir süre için tanınmış ve mesafeli sözleşmeyi geriye etkili olacak şekilde sonlandırma imkânı veren, cayma hakkıdır.

Aslında tüketicinin bilgilendirilmesi, sadece mesafeli sözleşmeler için değil; tüketicinin korunması hukukunda bir genel prensip olarak, TKHK'nın "Amaç" başlıklı m. 1 hükmünde "tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak" şeklinde öngörülmüş bir hukuki müessesedir²⁴². Yargıtay da tüketicinin bilgilendirilmesinin ardında yatan ana amacın, "taraflar arasındaki dengesiz durumu gidermek ve tüketicinin de bilgilendirilmiş bir şekilde sözleşme kurmasına imkân tanımak" olduğunu ve böylelikle zayıf konumdaki tüketicinin korunabileceğini, sıklıkla içtihatlarında zikretmektedir²⁴³. Tüketicinin zayıf konumu ve bilgilendirilmesi gerekliliği, mesafeli sözleşmenin tarafı tüketici açısından da oldukça geçerlidir. Hatta aşağıda açıklanacağı üzere, mesafeli sözleşmenin tarafı olan tüketici, sahip olacağı bilgi akışını genellikle sadece sözleşmenin güçlü tarafı olan

²⁴² Aydoğdu/Kahveci, s. 66; Topaloğlu, s. 25; Kara, s. 1022; Seda Kara Kılıçarslan, "Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, Ankara, 2015, s. 214.

²⁴³ Yargıtay 13. HD., E. 2014/27392, K. 2015/26413, T. 07.09.2015. Benzer yönde, Yargıtay 13. HD., E. 2014/25734, K. 2015/15910, 18.05.2015: "Tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülüğünün düzenlendiği bütün hallerde amaç, taraflar arasındaki dengesiz durumu gidermek ve tüketicinin de bilgilendirilmiş bir şekilde sözleşme kurmasına imkân tanımaktır". (www.legalbank.net – Erişim Tarihi: 20.08.2022)

satıcıdan/sağlayıcıdan sağlayabilmektedir. Mesafeli sözleşmeler açısından ise tüketicinin bilgilendirilmesi müessesesi, satıcının/sağlayıcının tüketiciyi, mesafeli sözleşmenin kurulmasında kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde, ön bilgilendirme yükümlülüğü şeklinde vücut bulmuştur²⁴⁴.

Tüketicilerin, içerisine girecekleri sözleşme hakkında bilgilendirilmeleri ve aydınlatılmaları önemlidir. Zira bilgilendirilmiş tüketici, gerçekten kendisine fayda sağlayacağını düşündüğü sözleşmeleri etkin şekilde kurma eğilimine girecektir²⁴⁵. Bununla beraber tüketicinin ön bilgilendirilmesi ile ilgili olarak, sadece mesafeli sözleşmeler için değil; bütün tüketici sözleşmeleri için geçerli olan bir husus vardır. Bu da, tüketiciye yapılacak bilgilendirmenin sınırını mümkün olan en elverişli seviyede belirlemenin, yadsınamaz önemidir. Zira tüketiciye yapılacak bilgilendirmenin sınırının iyi belirlenmemesi hali, tüketicinin haddinden fazla bilgiye maruz kalmasına ve bu halin de tüketicinin karar alma sürecine olumsuz şekilde yansımaya, sebebiyet verebilecektir²⁴⁶.

Sözleşmenin mesafeli şekilde kurulmasının bir doğal neticesi olarak tüketicinin, sözleşme ile edineceği malı veya hizmeti önceden inceleme, beş duyusu ile deneyimleme imkânı ve diğer mal veya hizmetlerle karşılaştırma yapma imkânı oldukça kısıtlıdır. Bundan dolayı tüketicinin, mesafeli sözleşmeyi bütün hususları ile beraber değerlendirme imkânı da yoktur²⁴⁷. Uzaktan iletişim araçları ile kurulan mesafeli sözleşmelerde, satıcı/sağlayıcı ile tüketicinin arasındaki iletişim de, satıcının/sağlayıcının mağazasına gidilerek, sözleşmenin kurulduğu hale nazaran oldukça sınırlı ve çoğu zaman çabuk gerçekleşen mahiyettedir. Örneğin, sesli iletişim araçlarıyla kurulan mesafeli sözleşmelerde tüketici, telefonun öbür ucundaki satıcı/sağlayıcı ile sadece sözlü olarak iletişilebilmektedir. Satıcının/sağlayıcının, sözleşme ile ilgili gerekli bilgileri, bütün iyi niyetiyle tüketiciye aktarmış olması halinde dahi tüketicinin, kendisi için önemli sayılabilecek hususları kaçırmış olması

²⁴⁴ Bütün Yılmaz, s. 335: Yazar bu noktada tüketicinin bilgilendirilmesinin TKHK m. 48 uyarınca sözleşmenin kurulmasından önce tamamlanmasının düzenlendiğinden bahisle burada “ön bilgilendirme yükümlülüğünden” bahsedilmesi gerektiğini belirtmiştir.

²⁴⁵ Horst Eidenmüller/Florian Faust/Hans Christoph Grigoleit/Nil Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann, “Towards a Revision of the Consumer Acquis”, **Common Market Law Review**, C. 48, S. 4, Nisan 2011, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1807943) – Erişim Tarihi: 01.08.2022, s. 26.

²⁴⁶ Tüketicilere ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında verilecek bilgilerin yoğunluğunun fazla olması halinde, ortaya çıkabilecek olumsuz örnekler için bkz. Howells/Twigg-Flesner/Wilhelmsson, s. 97-98.

²⁴⁷ Luzak, **Consumer Contracts**, s. 384.

veya tam idrak edememiş olması mümkündür. Ayrıca, mesafeli sözleşmenin kurulmasında kullanılan uzaktan iletişim aracının niteliğine göre değişmek ile beraber, genel olarak, tüketicinin mal veya hizmet edimi ile ilgili merak ettiklerini, etkin bir şekilde satıcıya/sağlayıcıya iletme; satıcının/sağlayıcının ise bunları etkin şekilde cevaplama imkânı da kısıtlıdır. Böyle bir durumda tüketicinin, mesafeli sözleşmenin kendisine, şartlarına, ifa koşullarına, sözleşmeyi akdetmekle altına girmekle yükümlü olacağı edimin ne olduğuna yönelik bilgisi veya daha doğru bir ifadeyle farkındalığı da, oldukça kısıtlı olacaktır. Görüntülü iletişim araçlarıyla kurulan mesafeli sözleşmeler dışında ise tüketici, satıcının/sağlayıcının simasını dahi görmemektedir.

Mesafeli sözleşmeye özgü bu durumlar bir arada değerlendirildiğinde ise tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında, hukuki işleme yönelik, normal şartlarda olandan daha da sapsmış ve yoğun bir şekilde bilgi asimetrisi doğmaktadır²⁴⁸.

İşte, mesafeli sözleşmelerde tüketici ile satıcının/sağlayıcının bir araya gelmiyor olmasından; tüketicinin satın alacağı edimi inceleyemiyor, deneyimleyemiyor ve gözden geçiremiyor olmasından ve bu durumun sonucunda, sözleşme konusu edimi, diğerleri ile karşılaştıramıyor oluşundan dolayı ortaya çıkan bilgi asimetrisinin etkilerini sınırlayabilmek adına, tüketicinin önceden bilgilendirilmesi önem arz etmektedir²⁴⁹. Tüketici, kuracağı sözleşme ile ilgili olarak yeterli bilgiyi ve aydınlanmayı haiz olsun ki sözleşmeyi kurma noktasında sağlıklı ve rasyonel bir karara ulaşabilsin²⁵⁰. Bütün bu belirtilenlerin yanında, mesafeli sözleşmeler açısından ön bilgilendirme yükümlülüğü, satıcının/sağlayıcının, esasında tüketicinin farkına varmasını istemediği ve bu açıdan gizlediği birtakım bilgilerin, açığa çıkmasına da neden olacaktır.

Tüketicinin mesafeli sözleşme ile ilgili ön bilgilendirmesinin sağlanması ile sanki uzaktan iletişim araçları ile değil de bizzat satıcının/sağlayıcının mağazasına gidip, mal veya hizmeti fiziken inceleyip alıyormuş gibi bir ortam yaratılması amaçlanır²⁵¹.

²⁴⁸ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 340-341.

²⁴⁹ Çabri, s. 875; Avcı Braun, s. 32;

²⁵⁰ Howells/Twigg-Flesner/Wilhelmsson, s. 96; Uzun Kazmacı, s. 2802.

²⁵¹ Luzak, **Consumer Contracts**, s. 384.

Ayrıca, satıcıya/sağlayıcıya, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesinin bir diğer amacı, hali hazırda sözleşmenin zayıf ve karanlıkta kalmış²⁵² tarafı olan tüketicinin yeterli şekilde bilgilendirilerek; temin edeceği mal veya hizmete ilişkin son bir defa daha düşünmeye itmek veya düşünme imkânı vermektir²⁵³. Esasında, tam anlamıyla tüketiciye düşünme imkânı, mesafeli sözleşmenin kurulmasından sonra tanınan, cayma hakkı ile tanınmaktadır. Mamafih, ön bilgilendirme ile beraber tüketiciye, mesafeli sözleşmeyi kurmasından evvel bir düşünme imkânı sağladığını da kabul etmek gerekir. Ayrıca, gireceği mesafeli sözleşme ve edim hakkında yeterince bilgilendirmiş olan tüketicinin, artık diğer satıcıların/sağlayıcıların o nevi edim ile ilgili sunmuş olduğu teklifleri de nazara alarak karşılaştırma yapma imkânı bulması da mümkündür²⁵⁴. Tüm bunlar ise tüketicinin muzdarip olduğu bilgi asimetrisinin ortadan kaldırılmasını sağlayarak, tüketicilerin sözleşme özgürlüğünü koruyacaktır²⁵⁵. Bu çerçevede, mesafeli sözleşmeler açısından satıcıya/sağlayıcıya yüklenen ön bilgilendirme yükümlülüğünün, esasında, tüketicilerin mesafeli sözleşmelere yönelik güvenini oluşturmaya ve mesafeli sözleşmeler uygulamasının dürüst bir şekilde gelişmesine fayda sağladığını da es geçmemek gerekir.

Nitekim kanun gerekçesinin ilgili kısmında da özetle: Mesafeli sözleşmelerde tüketicilerin, (i) satıcı veya sağlayıcı ile hiç yüz yüze gelmiyor oluşu, (ii) tüketicinin satın aldığı malı veya hizmeti görmeden, inceleyemeden, (iii) satın alma hakkında üzerine çok düşünmeden, (iv) yeterli karşılaştırmayı yapamadan, (v) sözleşme ve edimin ifası ile ilgili yeterli, ayrıntılı bilgiyi haiz olmadan sözleşmeyi akdetmesi karşısında satıcıya ve sağlayıcıya bilgilendirme yükümlülüğü getirildiği belirtilmiştir.

²⁵² Dickie, s. 218, bkzn. dn. 18.

²⁵³ Uzun Kazmacı, s. 2804.

²⁵⁴ Howells/Twigg-Flesner/Wilhelmsson, s. 96.

²⁵⁵ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 342.

II- Ön Bilgilendirme Yükümlülüğünün Kapsamı

A. Genel Olarak

Türk hukukunda mesafeli sözleşmenin kurulması çerçevesinde, satıcının/sağlayıcının tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı ve bu yükümlülüğünün somut olarak hangi hususları içermesi gerektiği MSY m. 5/1’de detaylı şekilde ve bentler halinde düzenlenmiştir²⁵⁶. AB mevzuatında ise bu belirtilenler THD m. 6/1 hükmünde, MSY m. 5/1’de düzenlenenden daha da kapsamlı olacak şekilde düzenlenmiştir.

AB hukuku açısından THD’nin MSD’ye nazaran, ön bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamını genişlettiği görülmektedir. Esasında bu, MSD’de benimsenen *minimum uyum* yaklaşımının terk edilerek; THD’de *maksimum uyum* yaklaşımının benimsenmesinin bir sonucudur. Mesafeli sözleşmeler açısından Türk hukukundaki düzenlemeler, kaynağını Birlik direktiflerinden almasından dolayı, ön bilgilendirmenin kapsamı açısından aynı durum, mülga MDSY ile MSY arasında da gözlemlenebilmektedir.

²⁵⁶ MSY m. 5/1: “Tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulmasından ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce, aşağıdaki hususların tamamını içerecek şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilmek zorundadır.

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

B. MSY m. 5’de Düzenlenen Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü Kapsamı

MSY m. 5/1’de bentler halinde düzenlenmiş ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamına dâhil edilen hususlar incelendiğinde görülmektedir ki öncelikle tüketicinin; mesafeli sözleşme ile temin edeceği mal veya hizmete ilişkin temel nitelikler hakkında bilgilendirilmesi amaçlanmıştır (MSY m. 5/1-a). Tüketicinin sözleşmenin müzakere veya pazarlık aşamasında satıcı/sağlayıcı tarafından kendisine yapılan açıklamalardan, yeterli ve bilgi asimetrisini ortadan kaldıracak kadar bilgiyi elde edinememiş olması pek muhtemeldir; bu sebeple de öncelikle tüketicinin alacağı mala veya hizmete ilişkin bilgilendirilmesi gerekir²⁵⁷.

Sonrasında ise tüketicinin, mesafeli sözleşmenin karşı tarafı olan satıcıya/sağlayıcıya ilişkin hususlar hakkında bilgilendirilmesi düzenlenmiştir (MSY m. 5/1-b, c, ç). Böylelikle tüketicinin, mesafeli sözleşmenin şartlarına veya sözleşme ile edineceği mal veya hizmete ilişkin bir sorunu olması halinde, meselenin ihtilaf boyutunu kazanmadan önce, tüketicinin bir muhatap bulabilmesi sağlanmaktadır. Ayrıca, tüketicinin satıcı/sağlayıcı hakkında bilgilendirilmesi ve tüketicinin kimi muhatap olarak alması gerektiğini bilmesi; özellikle belirli bir süre içerisinde ileri sürülmesi gereken cayma hakkının veya tüketicinin ayıptan kaynaklanan haklarını etkin şekilde kullanabilmesi açısından da önem arz etmektedir²⁵⁸.

Daha sonrasında ise sözleşmenin ifası ile ilgili olarak tüketicinin, mesafeli sözleşmeyi akdetmesiyle altına gireceği ödeme yükümlülüğüne ve buna karşılık satıcının/sağlayıcının teslimat yükümlülüğüne; ayrıca, eğer mevcutsa, tüketicinin şikayetinin bulunması halinde satıcının/sağlayıcının bunları nasıl çözüme kavuşturacağına ilişkin bilgilendirmesi düzenlenmiştir (MSY m. 5/1-d, e, f). Böylelikle tüketicinin, sözleşmeyi kurmasından evvel, çoğu zaman sözleşmenin kurulmasından hemen sonra ödemekle yükümlü olacağı bedele ve ek masraflara ilişkin; satıcının/sağlayıcının kabul ettiği ödeme yöntemlerine ve

²⁵⁷ Yeşim M. Atamer, “TKHK m. 9/A ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama ve Usul Esasları Hakkında Yönetmelik’in AB Mevzuatı Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 23, S. 1, Ankara 2005, s. 178.

²⁵⁸ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 344.

satıcının/sağlayıcının karşı edimini nasıl yerine getireceğine yönelik bilgilendirilmesi amaçlanmıştır.

MSY m. 5/1 (f) bendinin son kısmı uyarınca tüketicinin şikâyetinin çözümüne ilişkin, eğer satıcı/sağlayıcı tarafından oluşturulmuş çözüm yöntemleri belirlenmiş ise bunların da tüketiciye aktarılması öngörülmüştür. Burada MSY m. 5/1 (f) hükmünün, satıcılara/sağlayıcılara; tüketici şikâyetlerine karşı bir çözüm yöntemi oluşturma zorunluluğu getirdiği şeklinde yorum yapılamayacağını belirtmekte fayda vardır. Burada bahsedilen, eğer ki satıcının/sağlayıcının tüketicinin memnuniyetini sağlamak adına geliştirdiği bir çözüm yöntemi var ise bunun tüketiciye bildirilerek tüketici ve alışveriş güvenliğinin artırılmasıdır. Hatta ve hatta, bu tarz çözüm yöntemlerini oluşturan ve tüketiciye bildiren satıcıların/sağlayıcıların; bunu yapmayanlara nazaran, tüketici nezdinde daha çok tercih edilmesi sağlanacaktır²⁵⁹. Böylelikle, mesafeli sözleşmeyi akdetmeden önce, sözleşme taraflarının edimleri ve potansiyel şikâyetlerinin çözümü hakkında tüketicinin farkındalığı artacak ve sözleşmeyi kurmak isteyip istemediğine yönelik son kararını oluşturacaktır. MSY m. 5/1 (d, e, f) bentlerinde belirtilen bilgiler, tüketicileri belirsizlikten kurtararak tüketici nezdinde güven oluşturacak mahiyettedir. Bu çerçevede, MSY m. 5/1 (d, e, f) bentlerinde, tüketicilere sunulacak ön bilgilerin, mesafeli sözleşme uygulamasının dürüst şekilde gelişmesine katkı sağlayacaktır.

Bu noktada tüketici tarafından ödenecek sözleşme bedeline ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğüne ayrıca bir parantez açmakta da fayda vardır. MSY m. 5/1 (d) hükmüne bakıldığında açıkça anlaşılmaktadır ki burada satıcı/sağlayıcı sadece tüketici tarafından satın alınacak malın veya hizmetin bedeline yönelik bilgilendirme yapmayacak; daha kapsamlı bir şekilde tüketicinin, sözleşmenin kurulması ve ifa edilmesi ile ilgili olarak ödemekle yükümlü olacağı bütün diğer bedellere yönelik bilgilendirme yapacaktır.

²⁵⁹ Özellikle, mal satımı gerçekleştirildikten sonra, tüketiciye daha etkin satış sonrası hizmet sağlayan satıcıların, tüketiciler nezdinde daha çok tercih edileceği açıktır. İşte, esasında mesafeli sözleşmeler açısından buna yönelik ön bilgilendirme yükümlülüğünün getirilmesi, tüketicinin korumasına katkı sağlamasının yanında; satış sonrası hizmetlerde eksiklikleri olan satıcıların, bu eksik yönünü geliştirerek, tüketiciler tarafından daha fazla tercih edilmesine katkı sağlayacaktır. Bu yönde, Howells/Twigg-Flesner/Wilhelmsson, s. 96-97. Yazarlara göre oluşacak bu durum, ön bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesinin, mal temininde bulunan satıcıların standartlarının gelişmesine dolaylı katkı sağlayacaktır.

Bu kapsamda, mesafeli sözleşme ile mal veya hizmet satın alınmasından kaynaklı, tüketicinin ödeyeceği vergilerin de dâhil edilerek hesap edilen toplam fiyat; varsa mesafeli sözleşmenin ifası ile ilgili olarak nakliyeden veya teslimattan kaynaklanacak bedeller, ve doğacak veya doğabilecek diğer ek masraflar hakkında da tüketicinin bilgilendirilmesi gerekecektir. Tüketici tarafından ödenecek olan sözleşme bedelinin ve bahsi geçen taşıma ve teslimat dâhil ve ancak bunlarla sınırlı olmayan ek masrafların önceden net olarak hesaplanması mümkün değilse sözleşme bedeli için bedelin nasıl hesaplanacağına; ek masraflar için ise tüketicinin ek masrafları ödemekle mükellef tutulabileceğine yönelik bilgilendirmenin de yapılması gerekir. Bir başka deyişle, tüketicinin mesafeli sözleşme ilişkisine girmesi ile beraber ödemekle yükümlü olacağı bütün bedeller hakkında bilgilendirilmesi gerekir. Açıktır ki mesafeli sözleşmelerde tüketicinin ana edimi, neredeyse her zaman mal veya hizmet karşılığı para ödeme borcudur. Bu sebeple de tüketicinin, ana edimi hakkında bilgilendirilmesi, bilgi asimetrisinin bertaraf edilmesi adına öncelikli önem taşımaktadır.

Bununla beraber MSY m. 5/4 hükmü, MSY m. 5/1 (d)'de düzenlenen toplam fiyata ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili olarak, belirsiz süreli sözleşmeler ve belirli süreli abonelik sözleşmeleri için ayrı bir düzenleme getirmiştir. Bentte bahsi geçen sözleşmelerin doğasına uygun şekilde getirilmiş bu düzenlemeye göre; MSY m. 5/1 (d) çerçevesinde bahsi geçen toplam fiyata yönelik bilgilendirme yapılırken; belirsiz süreli sözleşmeler ve belirli süreli abonelik sözleşmeleri çerçevesinde her faturalama döneminde yapılacak ve tüketicinin ödemekle mükellef olacağı toplam masraflar da dâhil edilerek, toplam fiyatın belirlenmesi ve buna göre bilgilendirme yapılması gerekir. Böyle bir ayırık düzenleme getirilmesindeki amaç, tüketicinin önceden bilmediği ve ancak her faturalama döneminde tüketiciye sonradan yansıtılacak olan sürpriz bir ek masrafla karşılaşmasını önlemek, böylelikle de tüketicinin belirsiz süreli sözleşme ilişkilerinde veya uzun müddetçe devam edebilecek abonelik sözleşmelerinde, ödemekle mükellef olacağı bedelleri mümkün olduğunca belirli veya en azından öngörülebilir hale getirmektir. Belirtilmesinde fayda vardır ki THD m. 6/1 (e) hükmündeki düzenleme, MSY m. 5/1 (d) ve MSY m. 5/4 ile paralel mahiyettedir.

MSY m. 5/3 hükmü ise yukarıda açıkladığımız ve MSY m. 5/1 (d) hükmünde düzenlenmiş olan ek masraflara ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde ne olacağını, tereddütte mahal vermeyecek şekilde düzenlemiştir. Buna göre MSY m. 5/1 (d) bendinde bahsi geçen ek masraflara ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde tüketici, bunları ödemekle yükümlü tutulamayacaktır. Bu düzenleme, paralel şekilde, THD m. 6/6 hükmünde de mevcuttur.

MSY m. 5/1 (d) bendinde belirtilen masraflar ve ek masraflar ile ilgili olarak, hangi ek masraflar için bilgilendirme yapılmamış ise satıcı/sağlayıcı, sadece o ek masrafı isteyemeyecektir. Örneğin, satıcının/sağlayıcının tüketiciyi, nakliye veya teslimat masrafları ile ilgili bilgilendirmesi ve ancak doğabilecek ek masraflar hakkında bilgilendirmemesi halinde; satıcı/sağlayıcı nakliye ve teslimat masraflarını tüketiciden isteyebilecektir, ancak diğer ek masrafları talep edemeyecektir²⁶⁰. Bu kapsamda MSY m. 5/1 (d) kapsamında yapılan masraflara yönelik ön bilgilendirmenin eksik yapılması halinde, bunu ön bilgilendirmenin hiç yapılmadığı şeklinde ele almamak gerekir.

MSY m. 5/1 (e) de tıpkı MSY m. 5/1 (d) bendi gibi aynı mantığa ve amaca hizmet etmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, tüketicinin mesafeli sözleşme ilişkisine girmesi ile ödemekle yükümlü olabileceği bütün bedellerin önceden belirli olması veya öngörülebiliyor olması ve bu kapsamda tüketicinin önceden bilgilendirilmesi, esas hedeflenen amaçtır. MSY m. 5/1 (e) hükmüne göre, mesafeli sözleşmenin kurulması için tüketicinin kullandığı uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin; olağan ücret tarifi üzerinden hesaplanmadığı ve bu uzaktan iletişim aracının kullanımının tüketiciye, ilave maliyet olarak yüklendiği hallerde de tüketicinin önceden bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Devamında ise tüketicinin, aşağıda detayları ile incelenecek olan cayma hakkı ile ilgili olarak ön bilgilendirilmesi düzenlenmiştir (MSY m. 5/1-g, ğ, h). Bu husus ile ilgili tüketiciye yapılacak olan bilgilendirme ayrıca önemlidir; zira cayma hakkı mesafeli sözleşmeler için tüketicinin korunmasını sağlayan önemli bir müessesedir. Her ne kadar MSY m. 5/1 hükmü altında belirtilen hususlarda tüketicinin

²⁶⁰ Avcı Braun, s. 34; Çabri s. 878.

bilgilendirilmemesi halinde, genel olarak ne olacağı düzenlenmemiş olsa da (MSY m. 5/1 (d) bendinde düzenlenen ek masraflara ilişkin bilgilendirme hariç olmak üzere), cayma hakkına ilişkin bilgilendirmenin yapılmaması halinde ne olacağı MSY m. 10 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmaması halinde, on dört günlük cayma hakkı süresi bir yıl eklenecek şekilde uzar. Buradan da, esasında tüketicinin cayma hakkı ile ilgili olarak ön bilgilendirme yapılmasına ne denli önem atfedildiği anlaşılmaktadır.

En son olarak ise, eğer ki varsa tüketicinin ödeyeceği depozito veya mali teminatlar (MSY m. 5/1-ı); özellikle dijital içerikler için bunların işlevselliği (MSY m. 5/1-i) ve çalışabilmesi için gerekebilecek donanım veya yazılım açısından önem arz edebilecek hususlar (MSY m. 5/1-j) ve en nihayetinde ise mesafeli sözleşmeye ilişkin bir uyuşmazlık çıkması halinde tüketicinin hak arama hürriyetini kullanabileceği makamlar (MSY m. 5/1-k) ile ilgili bilgilendirilmesi düzenlenmiştir.

C. MSY m. 5/1 Altında Düzenlenen Cayma Hakkına İlişkin Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve THD m. 6'dan Farklılıkları

1- Genel Olarak

Gerek AB mevzuatında gerek ise Türk hukukunda cayma hakkı müessesesi, mesafeli sözleşmelerin varlığı ve bu sözleşmeler nezdinde tüketici korunması ve güveninin tesis edilmesi için büyük koruma sağlamaktadır. Çalışmamızın birçok yerinde belirttiğimiz üzere, mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciler; satıcılara/sağlayıcılara göre daha zayıf ve karanlıkta kalan bir pozisyonudur. Ön bilgilendirme yükümlülüğü ile, bilgi asimetrisinden muzdarip ve karanlıkta kalmış tüketicinin aydınlatılması, böylelikle mesafeli sözleşme tarafları arasındaki menfaat dengesinin sağlanması, bir noktaya kadar mümkündür. Ancak bu halde dahi tüketicinin zayıf kalan pozisyonunu güçlendirmek gerekir. İşte bu, cayma hakkı müessesesi ile sağlanmaktadır. Cayma hakkı, mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciyi koruyan ve güvenini artıran en önemli iki müesseseden biridir²⁶¹. Bu sebeple de cayma hakkı ile ilgili ön bilgilendirme yükümlülüğü ayrıca önem taşır.

²⁶¹ Howells/Twigg-Flesner/Wilhelmsson, s. 94; Gezder, **Erzurumlu Şerhi** s. 165.

MSY ya da THD uyarınca, genel olarak ön bilgilendirme yükümlülüğünün yapılmaması halinde, satıcıya/sağlayıcıya herhangi bir yaptırım uygulanacağına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu durum, bir iki ayırık hal dahil olmak üzere, cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmaması hali için geçerli değildir. TKHK m. 48/4'e göre, tüketicinin cayma hakkı ile ilgili olarak gerektiği şekilde önceden bilgilendirilmemesi halinde, normal şartlarda on dört günlük cayma hakkı süresine, bir yıllık süre daha eklenir. Buna göre, aşağıda açıklanacak olan, MSY m. 5/1 (g, ğ ve h) bentlerinde belirtilmiş olan hususlarda, tüketiciye ön bilgilendirme yapılmaması halinde, normalde ancak on dört günlük gibi kısa bir süreliğine kullanılmasına cevaz verilen cayma hakkı süresi, bir yıl eklenerek uzayacaktır. Cayma hakkının varlığı, kullanılmasının herhangi bir sebebe ve ayrıca satıcının/sağlayıcının kusuruna bağlı olmaması sebebiyle, tüketicinin elini oldukça güçlendirir. Bu sebepten dolayı da kullanılması, on dört günlük kısa bir süreyle sınırlı tutulmuştur.

2- MSY m. 5/1 Hükmü Çerçevesinde Cayma Hakkına İlişkin Ön Bilgilendirme

Türk hukukunda cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğü MSY m. 5/1 (g, ğ ve h) bentlerinde düzenlenmiştir. MSY m. 5/1 (g) hükmüne göre, cayma hakkının kullanılma şartlarına; cayma hakkının kullanılması gereken süreye; usule ve cayma hakkının kullanılması halinde tüketicinin, iade yükümlülüğü kapsamında, malı teslim edileceği ve satıcının öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgilerin tüketiciye sağlanması gerekir.

MSY m. 5/1 (ğ) hükmünde ise, tüketicinin cayma hakkını kullanmak istemesi halinde, kendisine bu hakkı etkin bir şekilde kullanmakta kolaylık sağlayacak bilgilerden olan, tüketicinin mesafeli sözleşmeden caydığını bildireceği açık adres ve sair iletişim bilgilerine ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu bilgilendirme yükümlülüğü özellikle, belki de binlerce satıcının/sağlayıcının yer aldığı ve satıcının/sağlayıcının kimliğine, adresine veya unvanına ilişkin bilgilerin, öncelikli olarak, açık bir şekilde verilmediği çevrimiçi alışveriş internet siteleri üzerinden kurulan mesafeli sözleşmelerde; tüketicinin mağdur olabileceği ihtimalleri engellemektedir. TKHK m. 48/4 hükmü uyarınca, cayma hakkının kullanılabilmesi için on dört günlük sürenin var olduğu, bir başka deyişle, tüketicinin cayma hakkını belirli ve kısa sayılabilecek bir süre içerisinde kullanması gerektiği göz önünde

tutulursa, tüketicinin cayma bildirimini nereye yapacağını önceden biliyor olması; cayma hakkının etkin bir şekilde kullanılması için çok önemlidir.

Her ne kadar, cayma hakkı mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasını ve güvenini temin eden en önemli müesseselerden olsa da, her mesafeli sözleşme için tüketicinin cayma hakkına sahip olduğunu da söylemek mümkün değildir. MSY m. 15 hükmünde, birtakım mesafeli sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkını kullanamayacağı düzenlenmiştir. Bununla beraber, MSY m. 15/1 hükmünde belirtilen mesafeli sözleşmeler için tüketicinin cayma hakkının olmaması, satıcının/sağlayıcının cayma hakkı ile ilgili ön bilgilendirme yükümlülüğünün ortadan kalktığı anlamına gelmeyecektir. Tüketicinin cayma hakkının bulunmadığı mesafeli sözleşmeler için de satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü mevcuttur²⁶². Bu yükümlülük, kurulacak olan mesafeli sözleşmede tüketicinin cayma hakkına sahip olmadığı veya belirli davranışlarda bulunması halinde²⁶³ cayma hakkını kaybedeceğine yönelik açık ve anlaşılır ön bilgilendirme şeklindedir.

Yukarıda değerlendirilmiş ve MSY m. 5/1 (g,ğ,h) bentlerinde düzenlenmiş cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğü; mehz mevzuat olan THD m. 6/1'in ilgili bentleri ile hemen hemen örtüşmektedir. Bununla beraber cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili olarak, THD m. 6/1'in MSY m. 5/1'e nazaran daha detaylı bir düzenlemeye sahip olduğunu da belirtmek gerekir.

Ancak cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili olarak MSY m. 5/1 hükmü ile THD m. 6/1 arasında önemli bir farklılık olduğunun da altını çizmek gerekir. Bu farklılık temel olarak tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde, mesafeli sözleşme kapsamında edindiklerini satıcıya/sağlayıcıya iade yükümlülüğü kapsamında iade masraflarının sözleşmenin hangi tarafı tarafından yüklenileceğine ilişkin her iki mevzuat arasındaki kural farklılığından kaynaklanmaktadır²⁶⁴. Aşağıda bu kural farklılığı ve bunun cayma hakkı ile ilgili olarak ön bilgilendirme yükümlülüğü düzenlemesine etkisi açıklanmıştır.

²⁶² Yücedağ Göztepe, s. 670.

²⁶³ Örneğin MSY m. 15/1 (e) bendinde bahsi geçen bir mesafeli sözleşmeden bahsedilmesi halinde, tüketicinin kendisine teslim edilen maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerinin ambalaj, bant, mühür veya paket gibi o malı koruyan unsurunun açılması halinde tüketicinin cayma hakkı ortadan kalkacaktır.

²⁶⁴ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 345.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, MSY m. 5/1 (g) bendine göre, satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında “satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgileri” de tüketiciye bildirmesi gerekir. Ancak, MSY m. 5/1 (g) hükmünün karşılığı olan THD m. 6/1 (h) hükmünde, iade halinde malın verileceği taşıyıcıya ilişkin bir yükümlülüğün bahsedilmemesiyle, Mamafih, THD m. 6/1 (i) hükmünde ise, cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili olarak, tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde iade masraflarını yükleneneğine ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmasından bahsedilmiştir²⁶⁵. Ancak MSY m. 5/1’de, THD m. 6/1 (i) hükmündeki gibi bir ön bilgilendirme yükümlülüğüne rastlanılmamaktadır.

Genelde birbirleri ile oldukça paralel giden bu iki mevzuat arasında cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili olarak farklılığın olmasının sebebi ise Türk hukukunda MSY m. 12/3 hükmü uyarınca, tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde iade masraflarından satıcının/sağlayıcının sorumlu olacağının genel kural olarak kabul edilmesidir. MSY m. 12/3 hükmüne göre satıcının/sağlayıcının, cayma hakkının kullanılması halinde iade yükümlülüğünün hangi taşıyıcı aracılığı ile yerine getirileceğine yönelik bilgilendirme yapması halinde, eğer ki tüketici o taşıyıcı aracılığı ile malı iade ederse tüketicinin iade masraflarından sorumlu olması söz konusu olamaz. Bu durum, satıcının/sağlayıcının iade için bir taşıyıcı belirtmemesi halinde de geçerlidir. Satıcının/sağlayıcının taşıyıcı belirtmemesi halinde, tüketici edindiklerini, uygun olacak ölçüde, nasıl iade ederse etsin, iade masraflarından satıcı/sağlayıcı sorumlu olacaktır. Mesafeli sözleşmeler ile ilgili olarak cayma hakkını kullanan bir tüketici, ancak satıcının/sağlayıcının kendisine bildirdiği taşıyıcıdan başka bir taşıyıcı vasıtasıyla malı iade etmesi halinde malın iade masraflarından sorumlu olacaktır. Buna göre, genel kural olarak, cayma hakkının kullanılması halinde iade masraflarından satıcının/sağlayıcının sorumlu olduğunu söylemek mümkündür.

Hâlbuki THD çerçevesinde tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde iade masraflarından sorumluluğu meselesine baktığımızda, genel kural olarak cayma

²⁶⁵ “Where applicable, that the consumer will have to bear the cost of returning the goods in case of withdrawal and, for distance contracts, if the goods, by their nature, cannot normally be returned by post, the cost of returning goods.”

hakkının kullanılması sonucu iade masraflarından tüketicinin sorumlu olduğu; buna karşılık Direktifin m. 6/6 hükmü gereğince, ancak satıcının/sağlayıcının THD m. 6/1 (i) hükmünde düzenlenen ve tüketicinin iade masraflarından sorumlu olacağına ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmaması veya satıcının/sağlayıcının iade masraflarından bizzat sorumlu olduğuna yönelik açık bilgilendirmede bulunması halinde²⁶⁶ satıcının/sağlayıcının malın iade masraflarından sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Buna göre Türk hukukunun aksine AB mevzuatında, tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde iade masraflarından kural olarak tüketici; istisnai hallerde satıcı/sağlayıcı sorumlu olur. Bu sebeple de doğal olarak MSY m. 5/1 (g) hükmünün son kısmında belirtilen “satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgilere” ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğüne, THD’de yer verilmemektedir. Buna karşılık, THD m. 6/1 (i) hükmünde, ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında tüketicinin iade masraflarından sorumlu olacağına yönelik bilgilerin var olması gerekirken; buna benzer bir durum MSY m. 5/1 açısından mevcut olmamaktadır. Mesafeli sözleşmeler için Türk hukukunda, AB mevzuatının aksine, iade halinde taşıyıcı masraflarına ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmasına gerek yoktur²⁶⁷.

Cayma hakkına ilişkin satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili olarak MSY ile THD arasında, belirtilmesinde fayda olan bir farklılık daha mevcuttur. Cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde karşımıza çıkan bu farklılık, tıpkı yukarıda olduğu üzere mesafeli sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkına yönelik her iki mevzuattaki yaklaşım farklılığından kaynaklanmaktadır. Mesafeli sözleşmelerde, cayma hakkının kullanılması herhangi bir şekilde cezai şart veya sair bedel ödemesine bağlanamaz²⁶⁸. Hâlbuki THD açısından bu durum her zaman böyle değildir.

THD m. 14/3 hükmüne bakıldığında, m. 8/8 uyarınca düzenlenmiş, mesafeli şekilde akdedilen sözleşmenin bir hizmetin ifasına yönelik olması veya satışı belirli miktarla sınırlı olmayan doğalgaz, su, elektrik tedarikine ilişkin olması halinde eğer ki tüketici, satıcının/sağlayıcının ifaya başlamasına yönelik talepte bulunmuş veya başlanmasına onay vermiş ise; ve buna karşılık, süresi içerisinde cayma hakkını kullanmış ise artık tüketicinin, cayma hakkını kullanmadan evvel tükettiği hizmete

²⁶⁶ Aynı zamanda bknz. Tüketici Hakları Direktifi m. 14/1 hükmünün 2. paragrafi.

²⁶⁷ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 346.

²⁶⁸ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 346.

karşılık gelen makul ve ölçülü kullanım bedelini²⁶⁹ ödemekle yükümlü olabilecektir. Bu kapsamda da THD m. 6/1 (j) hükmüne göre, m. 8/8 çerçevesinde bahsi geçen mesafeli sözleşmeler için, tüketicinin hizmetin başlamasına onay vermesine rağmen cayma hakkını kullanması halinde makul ve ölçülü kullanım bedeli ödemekle mükellef olabileceğine yönelik ön bilgilendirmenin yapılması zorunludur.

Ancak, MSY’de cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında böyle bir bilgilendirilmenin yapılmasından bahsetmek mümkün değildir. Bunun iki ana sebebi vardır: Bunlardan ilki, yukarıda da belirtildiği üzere Türk hukukunda mesafeli sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkını kullanmasının bir cezai şarta veya bedele bağlanmasının mümkün olmamasıdır. İkinci sebep ise MSY m. 15/1 (h) hükmünün açık düzenlemesi gereği, hizmet ifasına ilişkin mesafeli sözleşmelerde; tüketicinin onayı veya talebi ile satıcının/sağlayıcının hizmet ifasına başlaması halinde, tüketicinin cayma hakkını kullanamıyor oluşudur²⁷⁰. Hâlbuki THD m. 8/8 hükmü çerçevesinde, hizmet ifasına ilişkin mesafeli sözleşmelerde tüketici açık şekilde hizmetin ifasına onay vermiş olsa dahi süresi içerisinde cayma hakkını kullanabilmektedir. Bu belirtilen sebeplerden dolayı da MSY’de, THD m. 6/1 (j)’de belirtilene benzer bir ön bilgilendirme yükümlülüğünden bahsetmek mümkün değildir.

Türk hukukunda, tüketicinin, hizmet ifasına onay vermesi ile cayma hakkını kaybedeceğine yönelik aydınlatılması gerektiği öğretide belirtilmektedir²⁷¹. Buna göre satıcının/sağlayıcının; hizmet ifasını içeren mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin onayını almadan evvel, onay verilmesi halinde cayma hakkını kaybedeceğine yönelik ön bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Her ne kadar hizmetin ifasına başlamadan önce tüketicinin onayını arayan satıcının/sağlayıcının, tüketicinin onay vermesi ile beraber cayma hakkını kaybedeceğine yönelik önceden bilgilendirme yapmasına yönelik MSY m. 15 çerçevesinde bir düzenleme bulunmasa da MSY m. 5/1 (h) hükmü de nazara alındığında satıcının/sağlayıcının, tüketicinin hizmete başlanmasına yönelik onayını almadan evvel cayma hakkının kaybedileceğine ilişkin

²⁶⁹ Tüketici Hakları Direktifi m. 14/3: “... the consumer shall pay to the trader an amount which is in proportion to what has been provided until the time the consumer has informed the trader of the exercise of the right of withdrawal, in comparison with the full coverage of the contract.”

²⁷⁰ Çabri, s. 890: Yazara göre, tüketicinin hizmet ifasına başlanmasına onay vermesi ile beraber artık cayma hakkından feragat etmiş sayılır.

²⁷¹ Yücedağ Göztepe s. 684; 97/7/EC Direktifi çerçevesinde aksi yönde bkz. Atamer, s. 187.

ön bilgilendirme yapması zorunludur. Hizmete onay verilmesi ile cayma hakkının kaybedileceğine yönelik ön bilgilendirmenin yapılmaması halinde, tıpkı cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirmenin gereği gibi yapılmaması halinde geçerli olacak MSY m. 10 hükmünün devreye girmesi ve tüketicinin on dört günlük cayma süresi ile bağlı olmayacağını kabul etmek gerekir. Bu halde, hizmete onay vermesi ile cayma hakkını kaybedeceğine yönelik yeterli şekilde bilgilendirilmemiş olan tüketici, hizmet edimi satıcı/sağlayıcı tarafından yerine getirilmeye başlanmış olsa dahi tüketici, cayma hakkını kullanabilecektir²⁷².

Bununla beraber, böylesine bir ihtimalde hizmet ifasına onay vermiş olmasına rağmen cayma hakkını kullanmış tüketiciye karşı satıcının/sağlayıcının THD m. 14/3 hükmündekine benzer makul ve ölçülü kullanım veya hizmet bedeli talep etmesinin Türk hukukunda pek mümkün olmayacağını da altını çizmek gerekir. Zira THD m. 14/3 hükmüne göre, hizmet ifasına tüketicinin onay verdiği sözleşmelerde, satıcının/sağlayıcının makul ve ölçülü oranda kullanım bedelini tüketiciden talep edebilmesi için, THD m. 6/1 (j) hükmünde olduğu gibi ilgili ön bilgilendirmenin yapılması aranmalıdır. Hâlbuki ekseriyetle, bu bahsi edilen ön bilgilendirme de yapılmamış olacaktır.

D. MSY m. 5 Hükmünün Mülga MSDY m. 5 ile Karşılaştırılması

MSY m. 5 vd. hükümleri incelendiğinde görülmektedir ki aslında bir önceki (mülga) yönetmelik olan MSDY'ye göre yürürlükteki MSY, tüketicinin ön bilgilendirilmesinin kapsamını daha açık, detaylı ve tüketiciyi daha çok koruyan bir düzenlemeye sahiptir²⁷³. Ortaya çıkan bu durumun sebebinin, AB kanun koyucusunun, MSD açısından *minimum uyum* yaklaşımını tercih etmesine karşın; THD'de, daha etkin iç pazarın temin edilmesi, Birlik içerisindeki sınırlar arası mesafeli sözleşmelerin artırılması ve daha tüketicinin daha güçlü şekilde korunabilmesi adına, *minimum uyum* yaklaşımından vazgeçip *maksimum uyum* yaklaşımını tercih etmesinden kaynaklandığını ifade etmiştik.

²⁷² Yücedağ Göztepe, s. 684: Yazara göre, bu halde tüketicinin cayma hakkından faydalanmasına izin vermemek, satıcının/sağlayıcının cayma hakkına yönelik ön bilgilendirme yükümlülüğünü olması gerektiği gibi yerine getirmemesini yaptırımsız bırakacaktır.

²⁷³ Avcı Braun, s. 32.

Gerçekten de her iki yönetmelik karşılaştırıldığında örneğin MSY m. 5/1 (ğ), (h), (ı), (i) ve (j) bentlerinde düzenlenen hususların MSDY’de yer almadığı görülmektedir. MSDY’de yer almayan ancak MSY’de yer alan bentlerin çoğu ise tüketicinin cayma hakkına ilişkindir. Buna göre, MSY m. 5/1 kapsamında cayma hakkına ilişkin olarak bilgilendirme yükümlülüğünde belirtilmesi gereken hususların kapsamı, MSDY’ye nazaran bir hayli geliştirilmiştir. MSDY’de cayma hakkına ilişkin bilgilendirme ile ilgili olarak sadece, tüketiciye cayma hakkının nasıl kullanılacağına yönelik bilgilendirmenin yapılması yeterli bulunuyor iken²⁷⁴; MSY m. 5/1 (g), (ğ) ve (h) bentlerinde daha detaylı bir yaklaşımla, tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde cayma hakkı beyanını fiilen yönlendireceği açık adres, hangi hallerde cayma hakkından faydalanamayacağı veya cayma hakkını hangi koşullarda kaybedeceğine yönelik bilgilendirmenin de yapılması aranmaktadır.

MSDY’nin ön bilgilendirmenin kapsamına yönelik düzenlemesi ile MSY’nin düzenlemesi arasında var olan farklardan bir diğeri de MSDY m. 5/1 (c) hükmünde, tüketicinin mesafeli sözleşmeyi akdetmesi ile altına gireceği ödeme yükümlülüğünün Türk lirası cinsinden belirtilerek ön bilgilendirmenin yapılmasıydı²⁷⁵. Buna karşılık, MSY m. 5 ila 8 maddelerinde, tüketicinin altına gireceği ödeme yükümlülüğünün Türk lirası ile belirlenerek tüketicinin bilgilendirilmesine yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu noktada Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılmış, 30.01.2018 tarihli ve 30317 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/45) ile getirilen dövizle işlem yasağının uygulama alanı bulması halinde mesafeli sözleşmeye konu mal ve hizmetlerin de bedelinin Türk lirası üzerinden belirlenmesi zorunluluğunun olduğunu hatırlatmakta fayda vardır.

²⁷⁴ MSDY m. 5/1 (e): “Cayma hakkının kullanılmasının şartları ve bu hakkın nasıl kullanılacağı.”

²⁷⁵ MSDY m. 5/1 (c): “Tüm vergiler dâhil olmak üzere mal veya hizmetin Türk Lirası olarak satış fiyatı.”

E. MSY m. 6 Uyarınca Belirli Uzaktan İletişim Araçları ile Kurulan Mesafeli Sözleşmelere Özgü Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü

1- İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Ek Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü (MSY m. 6/2)

Genel olarak, mesafeli sözleşmeler için yukarıda belirtilen hususların, satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında yer almasının yanında; MSY m. 6/2 hükmünde, internet ortamında kurulan mesafeli sözleşmeler için ek bilgilendirme yükümlülüğünün düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, internet ortamında kurulan mesafeli sözleşmeler için MSY m. 5 ve m. 8 kapsamında yapılacak ön bilgilendirmeye ek olarak, MSY m. 6/2’de belirtilen şekilde tüketiciye, ayrıca ve açıkça bir ön bilgilendirmenin daha yapılması gerekir.

Burada, MSY m. 5/1 ya da m. 8 çerçevesinde kapsamını belirlediğimiz ön bilgilendirmenin içeriğinin genişletilmesi söz konusu değildir. Zira, MSY m. 6/2 hükmünde, MSY m. 5/1 ya da 8 çerçevesinde, tüketiciye ön bilgilendirme yükümlülüğü uyarınca sunulması gereken bilgilerden başka bir bilginin sunulmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece, MSY m. 5/1’de yer alan birtakım bilgilerin tüketiciye sunulma yöntemi açısından, MSY m. 6/2 (a) ve (b) bentlerinde bahsi geçen bilgilerin tüketiciye sunulması ile alakalı olarak, satıcıya/sağlayıcıya ek bir yükümlülük getirilmiştir²⁷⁶. Bir an için, MSY m. 6/2 (b) hükmünde, MSY m. 5/1’de bahsedilmeyen bilgilerin tüketiciye sunulmasından bahsedildiği sanılabilir. Lakin, MSY m. 6/2 (b)’de bahsi geçen *“herhangi bir gönderim kısıtlamasının uygulanıp uygulanmadığına ve hangi ödeme araçlarının kabul edildiğin”* ilişkin bilgiler, zaten hali hazırda MSY m. 5/1 (f) bendi kapsamında tüketiciye sunulması gerekirdi. Her ne kadar MSY m. 6/2 hükmü ile, ön bilgilendirme yükümlülüğünün içerik açısından kapsamı genişletilmemiş olsa da MSY m. 6/2 (b) hükmünü, satıcının/sağlayıcının teslimat kısıtlamasına ya da kabul edilen ödeme aracına ilişkin bilgileri saklayarak veya açığa vurmayarak, tüketicileri mesafeli sözleşme kurmaya cezbetme ihtimaline binaen tüketicinin ön bilgilendirilmesi ile aydınlatılmasına etkinlik kazandıracağını da belirtmek gerekir.

²⁷⁶ Zeynep Dönmez, “2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukukuna Yansımaları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 364-365.

Satıcı/sağlayıcı her ne kadar MSY m. 5'e uygun şekilde ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmiş olsa da, internet üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler için, salt olarak MSY m. 5 uyarınca yapılacak ön bilgilendirme, tüketicinin rasyonel karar vermesi için yeterli görülmemektedir. MSY m. 6/2 hükmünde düzenlenen ek ön bilgilendirme ile tüketicinin, internet üzerinden mesafeli sözleşmeyi kurmasından ve ödeme yükümlülüğü altına girmesinden önce, son bir kez daha bilgilendirmesi sağlanarak, gerçekten yeterli derecede aydınlatılmasına önem atfedilmiştir ve son bir kez daha mesafeli sözleşmeyi kurma noktasında düşünmeye sevk edilmiştir²⁷⁷. Daha da önemlisi, tüketicinin bir para veya bedel ödemekle yükümlü olacağına, tüketicinin dikkatini çekmektir. Gerçekten de çoğu zaman tüketicinin, internet ortamında kurulan sözleşmelerde ön bilgilendirme formunu okumadan sözleşmeyi kolay bir şekilde akdetmesinin mümkündür²⁷⁸. Hâlbuki MSY m. 6/2 çerçevesinde bahsi geçen bilgilerin, tekrardan tüketiciye açık şekilde sunulması ile tüketici, en azından bir kez daha düşünmeye sevk edilmektedir.

MSY m. 6/2 (a) hükmüne göre, internet ortamında kurulan mesafeli sözleşmeler için satıcı/sağlayıcı; MSY m. 5/1'de sayılan hususları içeren ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesinin yanında, tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına girmesinden hemen önce, MSY m. 5/1 (a), (d), (g) ve (h) bendinde yer alan bilgileri açık şekilde tüketiciye göstermek ve bu kapsamda tüketiciyi bir kez daha bilgilendirmekle yükümlüdür. MSY m. 6/2 (a)'da düzenlenen ek bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında, internet ortamında kurulacak mesafeli sözleşmeler için tüketicinin; (i) temin edeceği mal veya hizmetin temel özellikleri; (ii) toplamda ödemekle mükellef olacağı bedelin (vergi dâhil malın veya hizmetin toplam fiyatı ve nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar) net miktarı, net miktar belirlenemiyorsa bunun hesaplama usulü; (iii) cayma hakkını nasıl ve hangi süre içerisinde kullanacağı ve kullanması halinde iade yükümlülüğünü hangi taşıyıcı vasıtasıyla yerine getireceği ve (iv) eğer ki mesafeli sözleşme, MSY m. 15 uyarınca, cayma hakkının kullanılmadığı sözleşmelerden ise bu durum ya da hangi hallerde cayma hakkını kaybedeceği hususları hakkında, ödeme yükümlülüğüne girmeden hemen önce açık şekilde bilgilendirilmesi gerekir.

²⁷⁷ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 349-350; Topaloğlu, s. 27.

²⁷⁸ Avcı Braun, s. 35.

İnternet üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler için yukarıdaki paragrafta belirtilenlere ek olarak, MSY m. 6/2 (b) hükmüne göre satıcının/sağlayıcının, tüketiciye göndermekle yükümlü olacağı malın gönderimi ile ilgili kısıtlamanın olması halinde bu durum; ve ayrıca tüketicinin mesafeli sözleşmeden kaynaklanan bedel ödeme borcu ile ilgili olarak hangi ödeme araçlarının kabul edildiği ile ilgili olarak, ek bilgilendirme yükümlülüğü de mevcuttur.

Malın gönderimine yönelik kısıtlamadan, malın nakliyesi ve teslimatının anlaşılması gerekir. Bu halde satıcının malın teslimi ile ilgili olarak, örneğin coğrafi bir kısıtlaması mevcutsa – mesela ülkenin sadece belirli yerlerine teslimat sağlayabiliyorsa, bu durumu ek bilgilendirme yükümlülüğü dâhilinde tüketiciye iletmelidir. Ayrıca, satıcının yerine uzak olan bölgelere yapılan teslimatların, standart teslimattan daha yüksek bir ücrete tabi olması halinde de satıcının, bu durumu MSY m. 6/2 (b) hükmü uyarınca, ayrıca tüketiciye belirtmesi gerekir²⁷⁹. Veyahut, internet üzerinden kurulan mesafeli sözleşmenin konusu olan mal, taşıyıcı ile teslim edilecek değil de bizzat tüketici tarafından bir yere gidilerek teslim alınacak ise, bu halde tüketicinin malı teslim alacağı yerin açık olduğu mesai saatlerine yönelik, tüketicinin bilgilendirilmesi gerekir.

Ek bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında, internet ortamında mesafeli sözleşmenin kurulması ile tüketici, çoğu zaman derhal, sözleşme bedelini ödeme yükümlülüğü altına gireceği için, satıcının/sağlayıcının hangi ödeme araçları ile bedel ödemesinin kabul edildiğine yönelik açık ve ayrıca ön bilgilendirmenin yapılmasının zorunlu tutulmuş olması da yerindedir. Zira, özellikle bazı satıcıların/sağlayıcıların, bir ödeme yöntemi olarak *sanal kartları* veya *banka kartlarını* kabul etmediği görülmektedir. Halbuki tüketicinin, çoğu zaman internetten alışveriş yapılmasını sağlayan *sanal karta* veya *banka kartına* sahip olması düşüncesi ile, kendisini ödeme yükümlülüğü altına sokacak mesafeli sözleşmeyi kurması mümkündür. İşte bu tarz olumsuz durumların önüne geçilebilmesi adına, tüketicinin kabul edilen ödeme yöntemlerine ilişkin, mesafeli sözleşmenin konusu sipariş oluşturulmadan hemen önce, MSY m. 5 çerçevesinde yapılacak ön bilgilendirmenin yanında, ayrıca ek olarak bilgilendirilmesi, tüketicinin korunması adına önemlidir.

²⁷⁹ Luzak, **Consumer Contracts**, s. 387.

AB hukuku açısından ise THD m. 8/2 hükmünde, yukarıda açıklanan MSY m. 6/2’dekine benzer bir ön bilgilendirme yükümlülüğü düzenlemektedir. Bununla beraber her iki hükme bakıldığında MSY m. 6/2’nin “*internet yoluyla kurulan mesafeli sözleşmelerden*” bahsettiği görülürken; THD m. 8/2’nin ise “*elektronik yolla kurulan mesafeli sözleşmelerden*” bahsettiği görülmektedir. Buna karşın, özellikle THD’nin “*Giriş*” bölümünde yer alan (39) numaralı açıklamadan yola çıkılarak, bu tabirden internet yoluyla kurulan sözleşmelerin anlaşılması gerekir²⁸⁰. İçeriğine bakıldığında, açık şekilde ve doğrudan olmasa da, THD m. 8/2’de düzenlenen ek bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamından bahseden bu (39) numaralı açıklamada; internet sitesi aracılığı ile kurulan mesafeli sözleşmeler ile ilgili olarak tüketicinin, siparişini oluşturmada önce, sözleşmenin ana esaslarını tam olarak okumasını ve anlamasını temin etmenin önemli olduğundan bahsedilmiştir. Devamında ise, bu bilgilendirmenin, tüketicinin, kendisini ödeme yükümlülüğü altına sokacak siparişe onay kararını verebilmesi için dikkatinin bu yöne çekilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda, THD m. 8/2 hükmünde belirtilen ek ön bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamını ve yöneldiği amacı ortaya koyan bu (39) numaralı açıklama da nazara alınarak, THD m. 8/2 hükmündeki “*elektronik ortamda kurulan mesafeli sözleşmeler*” tabirinin, esasında, tıpkı MSY m. 6/2’deki olduğu gibi internet sitesi üzerinden kurulan mesafeli sözleşmelerin anlaşılması gerektiği sonucu ortaya çıkacaktır.

Bununla beraber, THD m. 8/2 hükmünün kapsamı, sadece MSY m. 6/2’de belirtilenler ile sınırlı değildir. THD m. 8/2 hükmünün ikinci paragrafında; Türk hukukunda MSY m. 8/1’de bahsedilen, tüketicinin siparişini oluşturmada hemen önce, verilen siparişin tüketicuyu ödeme yükümlülüğü altına sokacağına yönelik bilgilendirmesine ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğü de, yer almaktadır. Bu halde, internet ortamında kurulan mesafeli sözleşmeler açısından Türk hukukunda da, MSY m. 6/2’deki ek bilgilendirme yükümlülüğünün, MSY m. 8/1’de düzenlenen sipariş oluşturmada önce tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına gireceğine yönelik ön bilgilendirme ile beraber ele almak, ve pratikte de bu şekilde ek ön bilgilendirmede bulunmak gerekir.

²⁸⁰ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 348.

MSY m. 6/2 (b)'de düzenlenen ek bilgilendirme yükümlülüğü, kapsam itibarıyla aynı olacak şekilde THD m. 8/3 hükmünde ayrı bir bent şeklinde düzenlenmiştir. THD m. 8/3 açısından getirilen ek ön bilgilendirme yükümlülüğü ise, özellikle Birlik içerisinde toplamda 27 egemen ülkenin bulunuyor olması açısından önem arz etmektedir. Bu halde, internet üzerinden yapılan mesafeli sözleşmelerin, Birlik içerisindeki sınırlar arası yönü nazara alındığında, bazı satıcıların, sınırlar arası satışta bulunmuyor veya Birlik içerisindeki belirli bir bölgeye satışta bulunuyor olması muhtemeldir. Tüketicilerin korunması ve iç pazarın etkinliğinin sağlanması adına, THD m. 8/3 uyarınca, eğer ki ortada coğrafi açıdan bir teslimat sınırlaması var ise, tüketicinin bunu mesafeli sözleşmeyi kurmadan önce biliyor olması, önemlidir²⁸¹.

2- Ön Bilgilendirmenin Yöntemi ile İlgili Olarak Sesli İletişim Araçlarıyla Kurulan Mesafeli Sözleşmelere Özgü Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü (MSY m. 6/3)

MSY m. 6/3 hükmü ise, mesafeli sözleşmenin sesli iletişim yoluyla kurulması halinde, ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirilirken izlenecek yöntem açısından, ayrı özel bir düzenlemeyi havidir. Buna göre, mesafeli sözleşmenin sesli iletişim araçlarıyla kurulması halinde satıcının/sağlayıcının MSY m. 5/1'de belirtilen (a), (d), (g) ve (h) bentlerinde yer alan bilgileri, tüketici ödeme yükümlülüğü altına girmesinden önce – bir başka deyişle tüketici siparişini oluşturmadan veya siparişi onaylamadan önce – tüketiciye açık ve anlaşılır bir şekilde bildirmesi gerekir. Ayrıca, internet yoluyla kurulan sözleşmelerden farklı olarak, sesli iletişim yoluyla kurulan mesafeli sözleşmelerde, satıcının/sağlayıcının; MSY m. 5/1 hükmünde (a), (d), (g) ve (h) bentlerinde yer alan bilgiler haricinde, geri kalan bilgileri, en geç mal teslimine veya hizmetin ifasına kadar yazılı olarak göndermesine imkan tanınmıştır. Halbuki internet yoluyla kurulan sözleşmeler için, MSY m. 5/1 hükmünde yer alan bütün bilgiler, mesafeli sözleşme kurulmadan önce tüketiciye iletilmesi gerekir.

Eğer ki MSY m. 6/3'deki düzenleme olmasaydı, mesafeli sözleşmenin sadece sesli iletişim yoluyla uzaktan kurulması halinde tüketici, bilgi asimetrisinin ortadan

²⁸¹ Luzak, **Consumer Contracts**, s. 387. Ayrıca yazar, bu tarz coğrafi açıdan teslimat sınırlamalarının olması halinde, ek bilgilendirme yükümlülüğü dâhilinde bunu öğrenecek olan tüketicinin, artık sipariş oluşturmak ile boşuna zaman harcamayacağını da altını çizmiştir.

kalkması için bilmesi zaruri olan sözleşme şartlarını ve ilgili diğer bilgileri, sadece duyarak idrak edebilecekti. Lakin söz uçar, yazı kalır. Bu ihtimalde, tüketicinin, sözleşme şartlarına ve ilgili bilgilere mesafeli sözleşme kurulduktan sonra erişimi de mümkün olmamaktadır zira bunlar, tüketici nezdinde yazılı veya kalıcı veri ortamında kayıtlı bulunmamaktadır. İşte bu sebeple, tüketici sözlü olarak her ne kadar MSY m. 5/1 vd. hükümler çerçevesinde bilgilendirilmiş ve bu kapsamda aydınlatılmış olsa ve hatta artık mesafeli sözleşme kurulmuş olsa da, MSY m. 5 kapsamındaki bilgilerin, en geç malın teslimi veya hizmet ifasına başlanmadan evvel tüketiciye yazılı şekilde bildirilmesi gerekir ki cayma hakkını kullanarak, sözleşmeyi kurma iradesini geri alabilecek tüketicinin muzdarip olduğu bilgi asimetrisi indirgensin ve ayrıca tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesinin önü açılsın.

Ayrıca, burada bahsedilmesi gerekir ki MSY m. 6/3’de bu bilgilerin sadece yazılı olarak gönderilmesinden bahsedilmiştir; MSY m. 6/1 hükmünde belirtildiğinin aksine, bu bilgilerin kalıcı veri sağlayıcısı ile gönderilmesi açık şekilde düzenlenmemiştir. Bu halde MSY’nin açık hükmü karşısında, bu bilgilerin yazılı bir şekilde tüketiciye iletilmesi gerekir.

Son olarak sesli iletişim yoluyla mesafeli sözleşmelerde tüketicinin ön bilgilendirilmesi ile ilgili olarak MSY m. 8/2 düzenlemesine de bakmak gerekir. Sesli iletişim araçlarından birisi olan telefon yoluyla mesafeli satış sözleşmesinin kurulması ile alakalı olarak MSY m. 8/2 hükmü, satıcıya/sağlayıcıya, MSY m. 5 ve 6/3 hükümlerinde düzenlenenlere ek, bir ön bilgilendirme yükümlülüğü daha getirmiştir. Bu hükme göre, satıcının/sağlayıcının mesafeli sözleşmenin kurulması amacıyla tüketiciyi telefonla araması halinde *“her görüşmenin başında satıcı veya sağlayıcı kimliğini, eğer bir başkası adına veya hesabına arıyorsa bu kişinin kimliğini ve görüşmenin ticari amacını açıklamalıdır”*. Bu düzenleme, özellikle saldırgan tele-satış yöntemlerini takip ederek, tüketicinin bilgisizliğinden ve tecrübesizliğinden yararlanılarak oluşturulan mağduriyetleri önlemek açısından yerinde bir düzenleme olmuştur. THD m. 8/5 hükmü de, MSY m. 8/2 hükmü ile paralel bir düzenleme içermektedir.

3- Siparişe İlişkin Bilgilerin Sınırlı Alanda ya da Zamanda Sunulduğu Bir Ortam Yoluyla (MSY m. 6/4) Mesafeli Sözleşmenin Kurulması Halinde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü

Uzaktan iletişim araçlarıyla mesafeli sözleşmeyi kurarken tüketiciye, siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir uzaktan iletişim aracının kullanılıyor olması mümkündür. Mesafeli sözleşmenin, tüketiciye gelen bir kısa mesaj (SMS) veya akıllı telefonlara yüklenilen uygulamalar dâhilinde kurulduğu haller, bu tarz mesafeli sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir.

Mesafeli sözleşmenin, siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla kurulması halinde, normal şartlarda tüketiciye iletilmesi gereken ön bilgilerin (MSY m. 5/1 – THD m. 6/1) hepsinin, tüketici siparişini oluşturmadan önce sunulmasının – ve bu kapsamda tüketicinin tam olarak aydınlatılmasının – mümkün olmayacağı veya oldukça güç olacağı kabul edilerek satıcıya/sağlayıcıya; tüketicinin siparişini oluşturma aşamasında, daha önemli kabul edilen temel hususlar ile ilgili öncelikle ön bilgilendirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir²⁸². Bu şekilde kurulan mesafeli sözleşmelerde satıcı/sağlayıcı; tüketici siparişini oluşturmadan hemen önce MSY m. 5/1 (a, b, d, g ve h) bentlerinde belirtilen hususlar ile alakalı olarak, tüketiciyi açık ve anlaşılır şekilde, söz konusu uzaktan iletişim ortamında bilgilendirmekle mükelleftir. Bununla beraber, bu şekilde kurulan mesafeli sözleşmeler için satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü sona ermiş sayılmaz. MSY m. 6/4 hükmünün son kısmından da anlaşılabilceği üzere, MSY m. 5/1’de düzenlenen diğer bilgilerin ise en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar yazılı şekilde tüketiciye iletilmesi gerekir. Bu geri kalan bilgilerin tüketiciye sağlanması ile satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünü uygun bir şekilde yaptığı kabul edilir. Görülmektedir ki MSY m. 6/4 hükmü ile MSY m. 5/1 dâhilinde bulunan bazı bilgiler, diğer bilgilere nazaran daha temel ve önemli kabul edilmiş; burada bir önem sırası oluşturulmuştur²⁸³. Buna göre, mesafeli sözleşmeler için geçerli kabul edilen, tüketicinin aydınlatılmasını sağlayan bilgilerin, mesafeli sözleşme kurulmadan önce tüketiciye sağlanması gerektiği kuralından kısmen sapılmıştır.

²⁸² Betül Özlük, “Akıllı Mesafeli Sözleşmelerde Bilgilendirme Yükümlülüğü”, **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Bilişim Hukuku Dergisi**, C.2, S.1, Mayıs 2020, s. 93.

²⁸³ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 353.

Belirtilmesinde fayda vardır ki MSY m. 6/4 hükmü ile THD m. 8/4 hükümleri genel olarak paralel mahiyettedir. Buna karşın, bu iki düzenleme arasında, mühim bir fark da mevcuttur. Bu fark, mesafeli sözleşmenin kurulmasından sonra iletilmesine cevaz verilen bilgilerin, tüketiciye sunulma şekline veya yöntemine ilişkindir. MSY m. 6/4 hükmünün açık lafzı uyarınca, mesafeli sözleşme kurulduktan sonra tüketiciye sunulacak bilgilerin, en geç mal teslimine ya da hizmet ifasına başlayana kadar, yazılı şekilde tüketiciye sunulması gerekir. Halbuki geri kalan bilgilerini mesafeli sözleşme kurulduktan sonra tüketiciye sunulmasına ilişkin yazılılık şartı, THD m. 8/4 açısından mevcut değildir. THD m. 8/4 hükmüne göre, siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu ortam yoluyla kurulan mesafeli sözleşmelerde, tüketiciye sözleşmenin kurulmasından sonra sunulmasına cevaz verilen bilgilerin, açık ve anlaşılır bir dile sahip olması kaidesiyle, kalıcı veri saklayıcısı ile kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun bir şekilde sunulması, ön bilgilendirme yükümlülüğünün olması gerektiği şekilde yerine getirildiğinin kabulü için yeterlidir. Bu halde Türk hukuku açısından, siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu ortam yoluyla kurulan mesafeli sözleşmelerde, , MSY m. 5/1 (a), (b), (d), (g) ve (h) bentlerinde bahsi geçen bilgilerin, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde bildirilmesi ve sözleşmenin mesafeli şekilde kurulmasını müteakip; geri kalan diğer bilgilerin tüketiciye kalıcı veri saklayıcısı ile iletilmesi mümkün değil iken; AB hukuku açısından bu mümkündür.

4- MSY m. 6/3 veya MSY m. 6/4 Kapsamındaki Mesafeli Sözleşmelerin Anında İfa Edilen Hizmet Satışlarına İlişkin Olması Halinde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü (MSY m. 6/5)

MSY m. 6/5 hükmü ile, sesli iletişim yoluyla kurulan mesafeli sözleşmeler (MSY m. 6/3) ile siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı ortamda ya da zamanda sunulduğu mesafeli sözleşmelerin (MSY m. 6/4), aynı zamanda anında ifa edilen hizmet satışlarına ilişkin olması halinde, satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğüne yönelik ayrı bir düzenleme getirilmiştir²⁸⁴. Bu düzenlemeye göre,

²⁸⁴ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 354: Yazara göre, MSY m. 6/5 düzenlemesi, hangi mesafeli sözleşmelerin, anında ifa edilen hizmet satışına ilişkin sayılacağını net olarak ortaya koymaması sebebiyle eksik bir düzenlemedir. Yazara göre anında ifa edilen hizmet satışına ilişkin mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek (ve bu kapsamda MSY m. 6/5 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi)

anında ifa edilen hizmet satışına ilişkin mesafeli sözleşmenin sesli iletişim yoluyla kurulması ya da siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı ortamda ya da zamanda sunulduğu sözleşmelerden olması halinde, tüketicinin, MSY m. 5/1'de düzenlenen bütün hususlarla ilgili bilgilendirilmesi aranmamaktadır. Bu tarz mesafeli sözleşmelerde satıcının/sağlayıcının, sadece MSY m. 5/1 (a), (b), (d) ve (h) bentlerinde bahsi geçen hususlarla ilgili olarak tüketiciyi açık ve anlaşılır şekilde, bilgilendirmesi yeterli kabul edilmiştir.

MSY m. 6/5 hükmünde, (anında ifa edilen hizmet satışına ilişkin olmayan) MSY m. 6/3 veya 4'de düzenlenen mesafeli sözleşmelerde olduğu gibi tüketicinin, MSY m. 5/1 hükmünde kalan diğer hususlar ile ilgili sonradan bilgilendirilmesi düzenlenmemiştir. Bu kapsamda da satıcının/sağlayıcının, MSY m. 5/1 hükmünde kalan diğer bilgiler ile ilgili olarak tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁸⁵. Görülmektedir ki burada, mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin korunmasını sağlayan en önemli kurumlardan olan, ön bilgilendirme yükümlülüğünün kısmi bir istisnası söz konusudur. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, MSY m. 6/5 kapsamına giren bir mesafeli sözleşmenin kurulması ile, zaten hizmet edimi anında ifa edilmiş olacağından ve edimin anında ifası ile tüketici anında gerçekleşen ifadan fayda sağlayacağından, artık tüketicinin MSY m. 6/3 ya da MSY m. 6/4'de düzenlenen (anında ifa edilen hizmet satışına ilişkin olmayan) mesafeli sözleşmelerde olduğunun aksine, sonradan bilgilendirilmesinin fiilen bir önemi ya da tüketiciyi korur bir yanı kalmayacaktır.

MSY m. 6/5 hükmü incelendiğinde, 6. madde kapsamında kalan diğer mesafeli sözleşmeler için tüketicinin ön bilgilendirilmesi noktasında öncelikli öneme sahip olduğu anlaşılan²⁸⁶, MSY m. 5/1 (g) hükmünde düzenlenen, cayma hakkına ilişkin

için ya (i) hizmet ediminin doğası gereği anında ifa ediliyor olması ya da (ii) THD m. 8/8 hükmünden yola çıkarak, hizmetin edasına başlayabilmek için tüketicinin açıkça onayının arandığı veya tüketicinin bizzat açık şekilde ifaya onay verdiği sözleşmelerden bahsetmek gerekir. Yazara göre, bu iki halin de mevcut olmaması halinde, anında ifa edilen hizmet satışına ilişkin mesafeli sözleşmeden bahsetmek mümkün değildir.

Gerçekten de THD m. 8/8 hükmüne bakıldığında, hizmetin edimini içeren veya daha önceden belirlenmiş bir sınıra bağlı olmaksızın su, gaz, elektrik tedarikine veya merkezi ısıtmaya ilişkin mesafeli sözleşmelerde tüketici, ancak ifayı açık şekilde talep etmesi (*express request*) halinde 14 günlük cayma hakkı süresi başlayacaktır.

²⁸⁵ Baş Süz, **Ön Bilgilendirme**, s. 354.

²⁸⁶ Gerek MSY m. 6/2; gerek MSY m. 6/3 gerekse de MSY 6/4 hükümlerine bakıldığında görülmektedir ki MSY m. 5/1 (g) kapsamında düzenlenen cayma hakkına ilişkin bilgiler; tüketicinin aydınlatılması noktasında, önem sırası açısından daha önde tutulan bilgilerdendir.

bilgilendirmenin; MSY m. 6/5 kapsamında kalan mesafeli sözleşmeler için, ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamına dâhil edilmediği görülmektedir. Buna göre, MSY m. 6/5 kapsamında kalan mesafeli sözleşmeler için satıcının/sağlayıcının; MSY m. 5/1 (g) kapsamında kalan cayma hakkına ilişkin bilgiler ile ilgili olarak, tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bunun sebebi, anında ifa edilen hizmet satışlarında, tüketici hizmetin ifasına onay vermekle, MSY m. 15/1 (h) hükmü uyarınca, zaten cayma hakkını kullanmasının mümkün olmamasından gelir. Bu kapsamda da cayma hakkının olduğuna yönelik değil; hizmetin ifasına onay vermesi ile beraber cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin ön bilgilendirmenin yapılması yeterli görülmüştür²⁸⁷.

F. MSY m. 8’de Düzenlenen Ön Bilgilendirmeye İlişkin Diğer Yükümlülükler

Yukarıda belirtilen hususların yanında, MSY m. 8/1 hükmünde, bir ön bilgilendirme yükümlülüğü daha getirmiştir. Bu hükme göre göre satıcı veya sağlayıcı *“tüketici siparişi onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketiciyi açık ve anlaşılır şekilde bilgilendirmek zorundadır. Aksi halde tüketici siparişi ile bağlı değildir”*. Bu halde satıcı/sağlayıcı, yapacağı ön bilgilendirme kapsamında, MSY m. 5’de yer alan hususların yanında, yani onlara ek olarak, tüketici siparişi onaylamadan veya sözleşmeyi kurmadan hemen önce, tüketicinin yapacağı işlemin aynı zamanda kendisini ödeme yükümlülüğü altına sokacağına yönelik açık ve anlaşılır şekildeki bilgilendirmeyi yapmak durumundadır²⁸⁸. Bunun yapılmaması halinde tüketici vermiş olduğu sipariş ile bağlı olmayacaktır.

Satıcının/sağlayıcının bu ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde *“tüketicinin siparişi ile bağlı olmaması”* yaptırımının hukuki nitelendirmesinde öğretide farklılıklar bulunmaktadır. Öğretiye bakıldığında, MSY m. 8/1 hükmünde düzenlenen bu yaptırımın *sınırlı esnek hükümsüzlük*²⁸⁹ olarak veya *tek taraflı bağlamazlık*²⁹⁰ şeklinde nitelendirildiği görülmektedir. Ancak bu iki farklı nitelendirmenin, daha çok yaptırımı tanımlama noktasında olduğunu, satıcı/sağlayıcı

²⁸⁷ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 353-354.

²⁸⁸ Özel, s. 247.

²⁸⁹ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 347.

²⁹⁰ Uzun Kazmacı, s. 2805.

veya tüketici açısından, sonuçları itibarıyla aynı noktaya çıktığını da belirtmekte fayda vardır.

Mamafih, satıcının/sağlayıcının MSY m. 8/1 hükmünde bahsi geçen, tüketicinin siparişi onaylaması ile beraber, ödeme yükümlülüğü altına gireceğine yönelik ön bilgilendirmeyi yapmaması halinde, artık tüketicinin mesafeli sözleşme ile bağlı olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Buna karşın tüketicinin, kendi inisiyatifi çerçevesinde mesafeli sözleşmeden kaynaklanan edimini yerine getirmesi karşılığında satıcıdan/sağlayıcıdan karşı edimin yerine getirmesini istemesi, bir başka deyişle, MSY m. 8/1 hükmündeki ön bilgilendirme yapılmamış olsa dahi tüketicinin sipariş verdiği malın teslimini veya hizmetin ifasını istemesi mümkündür²⁹¹. Buna karşın satıcı/sağlayıcı, bu durumu ileri sürerek siparişi yerine getirmekten kaçınamayacaktır.

THD m. 8/2 hükmünde de MSY m. 8/1 hükmünde bahsedilene benzer bir yükümlülükten bahsedilmektedir. Ancak buradaki bilgilendirme yükümlülüğü, sadece elektronik ortamda gerçekleştirilen mesafeli sözleşmeler için vardır²⁹². Bu hükme göre satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına gireceği noktada yeterli ve açık bilgiyi haiz olduğunu temin etmek zorundadır. Ayrıca yine bu hükme göre eğer ki tüketici siparişi bir butona tıklayarak veya buna benzer bir fonksiyonu kullanarak verecekse, bu butonun “*ödeme yükümlülüğü ile sipariş ver (order with obligation to pay)*” veya bu anlama gelecek başka kelimeler ile bezenmiş olması gerekir. Aksi halinde tüketici verdiği sipariş ile veya mesafeli sözleşme ile bağlı olmayacaktır²⁹³.

III- Ön Bilgilendirmenin Yapılma Zamanı

Yukarıdaki kısımda, mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüğünün niteliği, kapsamı ve hangi hallerde farklılaştığına yönelik açıklamalarda bulunulmuştur. Bu kapsamda, tüketicinin aydınlatılmasının bir özel görünümü olan

²⁹¹ Sarıakçalı, s. 169; Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 363.

²⁹² Tüketici Hakları Direktifi m. 8/2 (ilk paragraf): “*If a distance contract to be concluded by electronic means places the consumer under an obligation to pay, the trader shall make the consumer aware in a clear and prominent manner, and directly before the consumer places his order, of the information provided for in points (a), (e), (o) and (p) of Article 6(1).*”

²⁹³ Tüketici Hakları Direktifi m. 8/2 (ikinci paragraf - son cümle): “*If the trader has not complied with this subparagraph, the consumer shall not be bound by the contract or order.*”

mesafeli sözleşmelerde tüketicinin ön bilgilendirilmesinin, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce yapılması gerektiğinden bahsedilmiştir. Adı üzerinde, satıcının/sağlayıcının, kural olarak, ön bilgilendirme yükümlülüğünü mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce yapacağı açıktır. Ancak, tam olarak ne zaman yapılması gerektiğine yönelik açıklık ne TKHK m. 48’de ne MSY’de ne de THD’de mevcuttur. Hâlbuki ön bilgilendirmenin, sözleşmenin kurulmasından ne kadar süre öncesinde yapılıyor olması, tüketicinin gerçekten aydınlatılması noktasında önem arz edebilir.

Mesafeli sözleşmeler için, ön ödemeli konut satış sözleşmeleri ile ilgili düzenlemelerden olan TKHK m. 40/2 düzenlemesinde olduğu gibi, ön bilgilendirmenin, sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce yapılması gerektiğine yönelik bir düzenleme de bulunmamaktadır. Mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin sözleşmenin kurulmasından ne zaman önce bilgilendirilmesi gerektiğine yönelik herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi makul süre öncesinden yapılması gerektiğine yönelik bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu durum mehz THD açısından da geçerlidir. THD m. 6/1 hükmünde sadece, ön bilgilendirme yükümlülüğünün, tüketicinin sözleşme veya satıcının/sağlayıcının teklifi ile bağlı olmadan evvel yapılması gerektiği düzenlenmiş; ne kadar süre önce yapılması gerektiğine yönelik bir düzenleme getirilmemiştir.

Öğretide, TKHK’ya tabi bazı tüketici sözleşmeleri için ön bilgilendirmenin, sözleşmenin kurulmasından ne kadar evvel yapılması gerektiğine yönelik düzenlemeler bulunmasına karşılık; mesafeli sözleşmeler için böyle belirli bir sürenin öngörülmemiş olmasının, hukuk politikası tercihi ile alakalı olduğu ileri sürülmüştür. Bu kapsamda, mesafeli sözleşmeler ile alakalı olarak tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce olması kaydıyla bilgilendirilmesi yeterli görüldüğü ifade edilmektedir²⁹⁴.

Kanun koyucu, tüketici hukukundaki bazı sözleşmeler için, tüketicinin zayıf ve karanlıkta kalan konumunu bertaraf edebilmek adına, bilgilendirme yükümlülüğünün makul veya kanun ile açıkça öngörülmüş olan süre önceden yapılmasını zorunlu tutmuştur. Bu hallerde tüketicinin, kendisine iletilen bilgileri incelemek ve anlamak

²⁹⁴ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 355.

için, ancak makul veya kanunda öngörülen süreye sahip olması halinde rasyonel kararlar verebileceği kabul edilmiştir²⁹⁵. Buna karşılık kanun koyucu, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin rasyonel karar verebilmesi adına, bilgilendirmenin sözleşmenin kurulmasından önce yapılmasını yeterli görmüştür. Sonuç olarak, hem TKHK hem MSY hem de THD hükümlerine bakıldığında, ön bilgilendirmenin, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce yapıldığı sürece ne zaman yapıldığının önemi yoktur.

Yukarıda bahsedildiği üzere, her ne kadar mevcut düzenlemelere bakıldığında ön bilgilendirmenin zamanı ile ilgili genel kural olarak, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce tüketicinin bilgilendirilmiş olması yeterli görülse de öğretide, ön bilgilendirmenin en azından mesafeli sözleşmenin kurulmasından makul süre önce yapılması gerektiğini belirten görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre, mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüğünün amacı, tüketiciye gireceği sözleşme yükümlülükleri hakkında bilgi vermek ve tüketicinin bu yükümlülükleri öğrenmesini sağlamaktır. Bu sebeple bu görüşü savunan yazarlara göre en azından, mesafeli sözleşmenin kurulmasından makul bir süre öncesinde tüketiciye ön bilgilendirmenin yapılmış olması gerekir²⁹⁶. Bu görüş içerisinde, makul süreden anlaşılması gerekenin, tüketicinin kendisine sunulan bilgileri ve içerisine gireceği sözleşmenin şartlarını inceleme imkânını sağlayacak kadar bir süre, olduğu ifade edilmiştir²⁹⁷. Bu görüş kapsamında, ön bilgilendirmenin makul süre önceden yapılmaması halinde, satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünü olması gerektiği gibi yerine getirdiğinden bahsetmek mümkün değildir²⁹⁸. Bu görüşteki yazarlardan Çabri, özellikle internet üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler açısından, ön bilgilendirmenin makul süre öncesinden yapılma zorunluluğunun bulunmamasının, tüketicinin aydınlatılmasını oldukça sekteye uğrattığını belirtmektedir²⁹⁹. Gerçekten de özellikle internet üzerinden yapılan mesafeli sözleşmelerdeki pratik uygulamaya bakıldığında, satıcı/sağlayıcı; ön bilgilendirmeyi sözleşmenin tam kurulmasından önce yapmaktadır. Ön bilgilendirmenin yapıldığına yönelik onay kutusunun, tüketici tarafından işaretlenmeden sözleşmenin kurulmasının da fiiliyatta mümkün olmaması

²⁹⁵ Örneğin, TKHK m. 40/3'e göre ön ödemeli konut satışlarında ön bilgilendirme yükümlülüğü, sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce yerine getirilmelidir.

²⁹⁶ Çabri, s. 876, E. İnal, s. 179, Sibel Terzi, "Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Sonuçları", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.12, S. 129, Mayıs 2017, s. 134.

²⁹⁷ E. İnal, s. 179.

²⁹⁸ Terzi, s. 134.

²⁹⁹ Çabri, s. 876.

sebebiyle tüketiciler, genellikle bu bilgilendirmeyi okumadan onay kutusunu işaretleyip sözleşmeyi kurmaktadır. İşte Çabri'ye göre ön bilgilendirmenin makul süre öncesinden yapılma zorunluluğunun bulunmaması, özellikle internet üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler için, kanun koyucu tarafından tüketicilerin korunmasını sağlamak için getirilen bir hukuki müessesenin, pratikte etkisini yitirmesine ve böylelikle tüketici aleyhine bir durumun yaratılmasına sebebiyet vermektedir. Bununla beraber, bu görüşteki yazarlar aynı zamanda, internet üzerinden kurulan mesafeli sözleşmelerde, ön bilgilendirmenin makul süre öncesinden yapılmamasına karşın, tüketicinin bahsi geçen onay kutucuğunu işaretlemesi ile satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediğini ileri sürmenin de mümkün olmayacağını, altını çizmektedir³⁰⁰.

Yukarıdaki paragrafta değinilen öğreti görüşüne katılmayan, karşı görüş de mevcuttur ve bu karşı görüşten bahsetmek yerinde olacaktır. Bu karşı görüş, ilk görüşün, makul süre önermesine karşı gelmektedir. Bu karşı görüşe göre satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü, ilgili bilgilerin tüketiciye sunulması ile sınırlıdır³⁰¹. Bu sınırın ötesine geçerek, satıcının/sağlayıcının; tüketiciyi bu bilgileri okumaya zorlaması mümkün olmadığı gibi, ön bilgilendirme yükümlülüğünün makul süre öncesinden yapılması da tüketiciyi, bu bilgileri okumaya, anlamaya ve bu kapsamda aydınlatılmaya ayrıca teşvik etmeyecektir. Kaldı ki tüketicinin kendisine önceden sunulan bilgileri okumuyor oluşunu da satıcının/sağlayıcının kusurundan bilmek mümkün olmamalıdır³⁰². Bu kapsamda, bu karşı görüşe göre ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması için, bilgilerin sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciye sunulmuş olması ve bu bilgileri okuma imkânının tanınmış olması yeterlidir³⁰³.

Yukarıda açıklanan her iki görüşün de kendi içerisinde yerinde önermelerde bulunduğunu söylemek gerekir. Esasen, her iki görüş de ön bilgilendirme yükümlülüğünün, en azından, tüketiciye okuma imkânını sağlayacak şekilde yerine getirilmesine önem atfettiğini belirtmekte fayda vardır.

³⁰⁰ Çabri, s. 876.

³⁰¹ Bknz. Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 355, dn. 40.

³⁰² Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 355.

³⁰³ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 355.

Öncelikle, hem TKHK m. 48 ve MSY dâhilinde hem de THD dâhilinde, diğer bazı tüketici sözleşmelerinde olduğunun aksine, ön bilgilendirme yükümlülüğünün belirli veya makul süre öncesinden yapılmasına yönelik bir düzenlemenin bulunmaması da karşısında, ön bilgilendirme yükümlülüğünün, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce yerine getirilmiş olmasının ve tüketiciye bu bilgileri okuma imkânı sağlanmasının, hukuken yeterli olacağını söylemek gerekir. Gayet açıktır ki özellikle mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciyi koruyan ve onun güvenliğini temin eden düzenlemeler; 21. yüzyılda bir fırtına gibi esen tüketim toplumu anlayışı karşısında, tüketiciyi korumaya ve rasyonel davranmaya teşvik etmeye yöneliktir. Ancak, mesafeli sözleşmeyi kurmadan evvel kendisine okuma imkanı sunulan ön bilgilendirme çerçevesinde aydınlanmak istemeyen veya bu noktada rasyonel davranmaktan kaçınan tüketicinin, zorla korunmasını sağlamak da gerçekçi ve makul olmayacaktır. Bu noktada kanun koyucu, sadece bir yere kadar tüketiciyi koruyan düzenlemeler getirebilir. Bunu aşan düzenlemeler, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin aşırı korunmasına sebebiyet verecektir ki bu satıcıların/sağlayıcıların, mal veya hizmetlerini mesafeli olarak satışa sunmaktan imtina etmelerine itebilecektir.

IV-Ön Bilgilendirmenin Şekli, Yöntemi ve İspat Yükü

Mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin ön bilgilendirilmesi ve bu şekilde aydınlatılması, satıcı/sağlayıcı karşısında zayıf olan tüketicinin, bilinçli ve rasyonel şekilde sözleşme ilişkisi içerisine girmesi için oldukça önem taşır. Ön bilgilendirmenin bu önemi nedeniyle, tüketicinin korunma amacına adına, tüketicinin algılayabileceği ve anlayabileceği şekil ve yöntemlerle yapılması da bir o kadar önemlidir³⁰⁴. Nitekim, TKHK m. 48/2’de de satıcı/sağlayıcı tarafından tüketiciye yapılacak ön bilgilendirmenin açık ve anlaşılır biçimde yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

Türk hukukunda, satıcının/sağlayıcının, ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirirken takip etmesi gereken yöntem ve şekil kuralları MSY m. 6/1 hükmünde belirtilmiştir. AB mevzuatında ise THD m. 6/1 ve 8/1 hükümlerinde, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yöntemi ve şekline yönelik düzenlemeler mevcuttur. Aşağıda da açıklanacağı üzere, özellikle ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine

³⁰⁴ Cüneyt Bellican, “Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirilmesi”, **E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları**, Editör: Ali Suphi Kurşun/Hakan Tokbaş, İstanbul, Aristo Yayınevi, Ekim 2017, s. 104;

getirilmesinde izlenecek şekil kuralları açısından MSY ile THD arasında birtakım farklılıklar mevcuttur.

Ayrıca, her iki mevzuat açısından da ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatına yönelik usul kuralı düzenlenmiştir. Türk hukukunda bu düzenleme MSY m. 5/6 hükmünde yer alırken; AB mevzuatında bu düzenleme THD m. 6/9 hükmünde yer almaktadır. Belirtilmesinde fayda vardır ki ön bilgilendirme yükümlülüğünün ispat yükü açısından MSY m. 5/6 ile THD m. 6/9 paralel düzenlemeler içermektedir.

Aşağıda, öncelikle ön bilgilendirmenin yöntemine ve şekline, daha sonra da ispat yüküne ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

A. Ön Bilgilendirmenin Yöntemi ve Şekli

Yukarıda da belirtildiği üzere Türk hukukunda, mesafeli sözleşmeler için satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirirken takip etmesi gereken şekil ve yöntem kuralları, genel olarak, MSY m. 6/1 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre satıcı/sağlayıcı, tüketiciye ön bilgilendirme yükümlülüğünü *“kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir şekilde (...) yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile”* yapmalıdır. Görülmektedir ki MSY m. 6/1 hükmünde öncelikle ön bilgilendirme yükümlülüğünün yöntemine, daha sonra ise şekline yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Esasında, MSY m. 6/1 hükmü bir bütün olarak, *“Temel İlkeler”* başlıklı TKHK m. 4/1 hükmünde düzenlenen genel esasın, bir özel görünümü şeklindedir. Bu kapsamda, MSY m. 6/1’de ön bilgilendirme yükümlülüğünün şekli ve yöntemine yönelik getirilen düzenlemeler, genel bir kural olarak, TKHK m. 4/1’de tüketici sözleşmeleri için öngörülen bilgilendirme yöntemi ile hemen hemen aynıdır³⁰⁵.

MSY m. 6/1 hükmündeki ön bilgilendirme yükümlülüğünün yöntemine ilişkin düzenlemede, özellikle mülga MSDY düzenlemesine nazaran, ön bilgilendirmenin nasıl yapılacağına yönelik daha detaylı ve tüketicinin korunmasını sağlayacak; ön bilgilendirmenin tüketiciler tarafından daha rahat anlaşılmasını amaçlayan yöntemler

³⁰⁵ Uzun Kazmacı, s. 2804.

benimsenmiştir. MSY m. 6/1 düzenlemesi incelendiğinde, tıpkı THD'nin “*Giriş*” kısmındaki (34) numaralı paragrafta belirtildiği gibi yapılacak ön bilgilendirmenin açık ve tüketici tarafından anlaşılabilir mahiyette olması, ana noktalardan biridir. Bu noktada belirtilmesinde fayda vardır ki ön bilgilendirmenin anlaşılabilir olup olmadığını belirlerken, ortalama bir tüketici nazara alınmalıdır³⁰⁶. Bu şekilde TKHK'nın ana amacı olan tüketicinin korunması sağlanacaktır.

Ön bilgilendirmenin yöntemine ilişkin olarak MSY m. 6/1 hükmü ile getirilen yeniliklerden bir tanesi, gerek yazılı gerekse de kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye sunulmuş olsun, ön bilgilendirme kapsamında tüketiciye verilecek bilgilerin en az on iki punto büyüklüğüne sahip şekilde verilmesidir. Bu yenilik yerindedir, zira en azından tüketiciye sağlanacak bilgilerin, tüketici tarafından okunabilir olmasını amaçlamaktadır³⁰⁷. Ancak, açıktır ki satıcı/sağlayıcı tarafından ön bilgilendirmenin 12 punto büyüklüğünde yapılarak okunabilir olması yeterli değildir. Ayrıca, bu ön bilgilendirme metninin açık, sade ve anlaşılabilir bir dilde olması da gerekir.

Tüketiciye yapılacak ön bilgilendirmenin açık, sade ve anlaşılabilir olması için, öncelikli olarak tüketiciye gereğinden fazla bilgi veya veri vermemek gerekir. Bu kapsamda, mesafeli sözleşme ile ilgili akla gelebilecek her türlü bilgi veya veriyi tüketiciye iletmektense, tüketici için sadece gerekli ve yeterli şekilde ön bilgilendirmenin yapılması gerekmektedir. Ayrıca, tüketicinin kafasını karıştırmayacak şekilde ön bilgilendirme yapılması gerekecektir³⁰⁸. Zira tüketiciye gereğinden fazla bilgi vermek veya kafa karıştırıcı, belirsiz ifadeler kullanarak ön bilgilendirmeyi yapmak, ön bilgilendirme yükümlülüğünün esas amacı olan tüketiciyi korumaktan ziyade, onu tehlikeye daha açık bir pozisyona sokacaktır³⁰⁹.

Tüketiciye yapılacak ön bilgilendirmenin, mesafeli sözleşme kurulurken kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak da yapılması gerekir. Bu kapsamda

³⁰⁶ Lisa Waddington, “Reading a Duty to Provide Accessible Pre-Contractual Information for Consumers with the Disabilities into EU Consumer Protection Law”, **Journal of Consumer Policy**, C. 45, S. 2, Springer Publications, Şubat 2022, (<https://doi.org/10.1007/s10603-022-09513-8> - Erişim Tarihi: 01.08.2022), s. 321.

³⁰⁷ Avcı Braun, s. 35.

³⁰⁸ Özlük, s. 89.

³⁰⁹ Peter Rott, “Information Obligations and Withdrawal Rights”, **The Cambridge Companion to European Union Private Law**, Editör: Christian Twigg-Flesner, Cambridge University Press, 2010, s. 187-188; Ümit Gezder, “Mesafeli Sözleşmelerde Bilgi Verme Yükümlülüğü”, **2. Tüketici Hukuku Sempozyumu – Ses Çözümleri ve Makaleleri**, Editör: Hakan Tokbaş / Fehmi Üçışık, 1. Baskı, Ankara, Bilge Yayınları, Nisan 2013, (Sempozyum) s. 619; Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 165.

örneğin, eğer mesafeli sözleşme internet sitesi üzerinden kuruluyor ise bu halde artık bilgilendirme yükümlülüğünün de internet sitesi üzerinden yapılması gerekir; ya da, mesafeli sözleşme katalog gönderme yoluyla kurulacak ise bu halde ön bilgilendirme yükümlülüğünün, satıcının/sağlayıcının dağıttığı katalog içerisinde yazılı bir şekilde yapılması gerekir. Nitekim, MSY m. 6/1 hükmünde hem uzaktan iletişim aracına uygun olarak hem de kalıcı veri sağlayıcısı veya yazılı olarak ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesine yönelik düzenleme, ancak bu şekilde mana kazanacaktır.

Yukarıda belirtilen ön bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirilirken izlenecek yönteminin yanında MSY m. 6/1 hükmü, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yapılma şekline yönelik düzenleme de getirmiştir. Buna göre, MSY m. 5/1 kapsamındaki bilgiler, tüketiciye, yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı vasıtasıyla sağlanmalıdır. Peki, ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındaki bilgilerin tüketiciye yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile sağlanmasından ne anlamak gerekir. Aşağıda, önce yazılılık olgusu daha sonrasında ise kalıcı veri saklayıcısından bahsedilecektir.

Ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındaki bilgilerin, tüketiciye yazılı şekilde sağlanmasından bahsederken, buradaki yazılılık olgusunu, TBK m. 13 vd. hükümlerinde bahsi geçen, tüketiciye sunulan bilgilerin satıcı veya sağlayıcı tarafından imzalanmış olması şeklinde anlaşılmaması gerektiği öğretide ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, MSY m. 6/1’de bahsi geçen yazılılık olgusunun, ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında verilen bilgilerin, sadece yazılı şekilde bir belgede yer alıyor olmasına yönelik olduğunu kabul etmek gerekir³¹⁰. Bu görüşe göre, ön bilgilendirme yükümlülüğünün kalıcı veri sağlayıcısı aracılığıyla yapılmasına cevaz verilmesi de, yazılılık olgusunun gerçekleşmesi için bir imzanın şart olarak algılanmasının önüne geçer mahiyettedir. Zira ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesinde herhangi bir tarafın imzasının varlığı değil; bilgilere tüketicinin erişebiliyor olması önemlidir³¹¹. Buna karşın öğretide, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yapıldığının ispatının MSY m. 5/6 hükmü uyarınca satıcı/sağlayıcı üzerinde olmasından da yola çıkarak, ön bilgilendirme yükümlülüğünü yazılı şekilde yerine getirmek isteyen satıcının/sağlayıcının, tüketicinin de imzasını alması halinde yazılılık olgusunun gerçekleşeceğini söyleyen

³¹⁰ Avcı Braun, s. 35.

³¹¹ Avcı Braun, s. 35.

bir öğreti görüşü de bulunmaktadır³¹². Bu görüşe göre, tüketicinin imzasını almayan satıcının/sağlayıcının; eğer ki bu bilgileri ayrıca kalıcı veri sağlayıcısı ile de tüketiciye sunmamış ise, artık ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemiş sayılmalıdır.

Kalıcı veri sağlayıcısı tabirinin tanımı ise hem TKHK m. 3/1 (f) hükmünde hem de MSY m. 4/1 (c) hükmünde, paralel olacak şekilde, yapılmıştır. Buna göre kalıcı veri saklayıcısı: “Tüketicinin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortamı” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan, kalıcı veri sağlayıcısının varlığından bahsedebilmek için, bilginin makul süre içerisinde incelenmesine elverişli şekilde kaydedilmesinin sağlanması, içeriğinin değiştirilmeden kopyalanması ve içindeki bilgilere daha sonra aynen ulaşılmasının sağlanmasının önemli olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca yapılan tanımda, kalıcı veri sağlayıcısı olarak sayılacak araçları sınırlı şekilde saymaktan ziyade, kullanılan “...ve benzeri her türlü araç veya ortamı” tabiri de, özellikle teknolojinin hızla geliştiği bu çağda, uygulamada karşılaşılabilecek sınırları kaldırması açısından yerindedir. Yapılan bu tanım ile, günümüzde henüz bulunmayan ve ancak gelişen teknoloji ile keşfedilecek yeni elektronik ortamların da kalıcı veri sağlayıcısı olarak dahil edilmesinin önü açılmıştır.

Kalıcı veri sağlayıcısı ile ilgili olarak hem TKHK hem de MSY’de yapılan tanımlamaya bakıldığında, kalıcı veri sağlayıcısının, bilgileri tüketiciye tekrardan erişilebilir şekilde sunuyor olması³¹³ ve bu bilgilerin mesafeli sözleşmenin herhangi bir tarafınca değiştirilmeden kaydedilmesine imkân vermesi hususlarına önem atfedildiği tespit edilmektedir. Bu kapsamda, tüketicinin kendisine sunulan bilgileri indirmedeği halde kalıcı veri saklayıcısının varlığından söz etmek mümkün değildir³¹⁴. Nitekim öğretide de özellikle internet üzerinden kurulan sözleşmelerde, ön bilgilendirmenin daha sonra tüketici tarafından indirilmesine imkân tanıyan

³¹² Çabri, s. 878-879.

³¹³ Avcı Braun, s. 35: Yazara göre kalıcı veri sağlayıcısı ile sunulan bilgilere tüketicinin erişilebilirliğinden anlaşılması gereken, “makul süre boyunca, tüketicinin bu bilgilere her an ve içeriğinde herhangi bir değişiklik olmadan ulaşabileceği şekilde (tüketicinin) emrine sunulmasıdır”.

³¹⁴ Uzun Kazmacı, s. 2804.

araçlarla yapıldığında (örneğin e-posta yoluyla yapılan ön bilgilendirmeler), kalıcı veri sağlayıcısından bahsedileceği; ancak tüketicinin sonradan bu bilgileri indirmesinin mümkün olmadığı veya bu bilgilerin indirilebiliyor olmasına karşın satıcı/sağlayıcı tarafından sağlanan bilgilerin, sonradan içeriğini değiştirmeye cevaz veren ortam veya cihazların kalıcı veri saklayıcısı olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir³¹⁵.

MSY m. 6 hükmü incelendiğinde, her ne kadar maddenin ilk fıkrasında, genel olarak, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yazılı veya kalıcı veri sağlayıcısı ile yapılacağı düzenlenmiş olsa da; özellikle maddenin 3. ve 4. fıkralarına bakıldığında, ön bilgilendirme yükümlülüğünün bazı hallerde sadece yazılı şekilde gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Çalışmanın daha evvelki kısımlarında açıklandığı üzere MSY m. 6/3 hükmüne göre sesli iletişim yoluyla mesafeli sözleşmenin kurulması halinde, tüketicinin siparişini oluşturmada evvel, MSY m. 5/1 (a, d, g ve h) hükümlerinde yer alan bilgilerin tüketiciye verilmesi düzenlenmiş; hükmün devamında ise, MSY m. 5 hükmünde kalan diğer bilgilerin, en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar yazılı şekilde tüketiciye gönderilmesi hüküm altına alınmıştır. MSY m. 6/3 hükmünün açık lafzından, burada geri kalan bilgilerin ancak ve ancak yazılı şekilde tüketiciye iletilmesi halinde, satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğinden bahsedebiliriz. Buna göre, geri kalan bilgilerin, kalıcı veri sağlayıcısı ile tüketiciye iletilmesi halinde, satıcı/sağlayıcı, ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemiş sayılacaktır.

Aynı durum, MSY m. 6/4 hükmünde düzenlenen, siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ya da ortamda tüketiciye sunulduğu mesafeli sözleşmeler için de geçerlidir. Bu tip mesafeli sözleşmelerde de satıcı/sağlayıcı, MSY m. 6/4 hükmüne göre öncelikli olarak sağlanması gerekmeyen ve MSY m. 5’de düzenlenmiş diğer bilgileri, en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar yazılı olarak tüketiciye göndermesi gerekir. Burada da, satıcının/sağlayıcının kalan bilgileri kalıcı veri sağlayıcısı ile sunması halinde, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmediği kabul edilmelidir.

³¹⁵ Bozbel, s. 797.

B. Tüketici Hakları Direktifi’nde Ön Bilgilendirmenin Şekli ve Yöntemi

AB mevzuatı açısından, mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüğünün nasıl yerine getirilmesi gerektiği, THD m. 6 ve 8 hükümlerinde düzenlenmiştir. Hem mesafeli sözleşmelere yönelik hem de işyeri dışı sözleşmelere yönelik bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili düzenleme içeren THD m. 6/1 hükmüne bakıldığında, MSY’nin THD’den sapmadığı tespit edilmektedir. THD m. 6/1 hükmüne göre satıcı/sağlayıcı, bilgilendirme yükümlülüğünü açık ve anlaşılır şekilde yerine getirmelidir³¹⁶. Bu durum MSY m. 6/1 açısından da geçerlidir. Yalnızca mesafeli sözleşmelere ilişkin bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler getiren THD m. 8/1 hükmüne bakıldığında ise, THD m. 6/1’e nazaran, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yöntemine yönelik daha detaylı düzenleme yapıldığı tespit edilmektedir. THD m. 8/1’e göre ön bilgilendirme yükümlülüğü, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak, bir kalıcı araç veya ortam (*“durable medium”*) vasıtasıyla sade, anlaşılır bir dille yerine getirilmelidir,³¹⁷. Görülmektedir ki MSY m. 6/1 hükmü, THD m. 6/1 ve 8/1 hükümlerinin bir potada eritilmesi ile oluşturulmuştur ve neredeyse paralel mahiyettedir.

Bununla beraber, özellikle MSY 6/1 hükmü ile THD m. 8/1 hükmü arasında önemli bir fark olduğu göze çarpmaktadır. THD m. 8/1 hükmüne bakıldığında ön bilgilendirme yükümlülüğünün şekli ile alakalı olarak, MSY m. 6/1 hükmünde açıkça ifade edildiğinin aksine, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yazılı şekilde veya kalıcı veri saklayıcısıyla yapılma zorunluluğuna yönelik bir açık bir düzenleme bulunmadığı göze çarpmaktadır. THD m. 8/1’de, sadece eğer ön bilgilendirmenin kalıcı veri sağlayıcısı (*“durable medium”*)³¹⁸ ile yapılması halinde, yapılan ön bilgilendirmenin okunabilir olması gerektiği düzenlenmiştir. Her ne kadar, madde metni dâhilinde, MSY m. 6/1’de olduğu gibi, bilgilendirme yükümlülüğünün yazılı

³¹⁶ THD m. 6/1: *“(…) the trader shall provide the consumer with the following information in a clear and comprehensible manner.”*

³¹⁷ THD m. 8/1: *“With respect to the distance contracts, the trader shall give information provided for in article 6(1) or make that information available to the consumer in a way appropriate to the means of distance communication used in plain and intelligible language. In so far as that information is provided on a durable medium, it shall be legible.”*

³¹⁸ Madde metninde *“durable medium”* tabiri kullanılmıştır. Her ne kadar bu İngilizce tabir, Türkçe’ye doğrudan çevrildiğinde “kalıcı veri sağlayıcısı” tabiri ortaya çıkmasa da, özellikle *“durable medium”* tabirinin tanımının yapıldığı THD m. 2/10 hükmüne bakıldığında, bu kavramı esasında MSY’de kullanılan “kalıcı veri sağlayıcı” tabirine denk tutmak mümkündür. Bu kapsamda da çalışmamızda bundan sonra *“durable medium”* tabirine karşılık “kalıcı veri sağlayıcısı” tabiri kullanılacaktır.

veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapılması gerektiği açık bir şekilde düzenlenmese de öğretide, satıcının/sağlayıcının, ön bilgilendirme yükümlülüğünü en azından yazılı şekilde yerine getirmesi gerektiği; ancak, satıcının/sağlayıcının dilerse, THD m. 6 ve 8 hükümlerine uygun olarak, kalıcı veri sağlayıcısı aracılığıyla da bu ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirebileceği belirtilmiştir³¹⁹. Buna karşın öğretide, özellikle THD m. 6/1 ve 8/1 hükümleri uyarınca, satıcının/sağlayıcının bilgileri sağlamakla yükümlü olduğunu ve bu yükümlülüğün, “bilgilerin tüketici açısından ulaşılabilir olması” şeklinde anlaşılması gerektiğinden yola çıkan ve bu kapsamda, Türk hukukundaki halin aksine, AB mevzuatı açısından, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapılma zorunluluğunun bulunmadığını belirten bir görüş bulunmaktadır³²⁰. Bu noktada, ön bilgilendirme yükümlülüğü ile alakalı olarak asıl önemli olan noktanın, tüketicinin karar alma mekanizmasına etki edecek bilgilerin, tüketiciye ulaşp ulaşmadığıdır ve bu sebeple de ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesinde şekli bir yaklaşıma girilmemesi gerektiği söylenebilecektir³²¹.

Kanımızca, satıcının/sağlayıcının, ön bilgilendirme yükümlülüğünü yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapma zorunluluğunun olmadığını ileri sürmek, mesafeli sözleşmelerin varlığı açısından çok önemli olan tüketicinin sözleşme ilişkisine girmeden önce aydınlatılması ve böylelikle rasyonel şekilde sözleşme ilişkisi içerisine girme amacına aykırı sonuçlar doğuracaktır. Nitekim, her ne kadar THD m. 6/1’de bilgilerin tüketiciye sağlanmasından bahsedilse de bunu dar olarak yorumlamak ve bu bilgilerin, tüketicinin bir şekilde ulaşabileceği şekilde sunulmasının kafi olduğunu söylemek de tüketicinin korunması amacıyla ters düşecektir. Bu noktada ABAD’ın *Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer*³²² kararını da dikkate almak gerekir. Bu kararda ABAD, ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında kalan bilgilerin bir hiperlink vasıtasıyla tüketiciye “sağlanmasının”; tüketicinin aktif bir hareket içerisinde bulunarak – yani ancak o hiperlinke tıklayarak – bilgileri elde edeceğini; hâlbuki, böyle bir halde ne satıcının/sağlayıcının bilgileri

³¹⁹ Howells/Twigg-Flesner/Wilhelmsson, s. 106.

³²⁰ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 355-356: Belirtilmesinde büyük önem vardır ki yazara göre AB mevzuatı açısından, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi açısından, bilgilerin tüketiciye ulaşılabilir kılınması yeterlidir. Bununla beraber yazar, mesafeli sözleşmenin teyidi müessesesi dahilinde, ön bilgilendirme yükümlülüğü dahilinde kalan bilgilerin zaten en nihayetinde tüketiciye kalıcı veri sağlayıcısı ile ileteceğinin de altını çizmektedir. Kara Kılıçarslan, s. 214

³²¹ Baysal, s. 276, dn. 10.

³²² ECLI:EU:C:2012:419 (<https://eur-lex.europa.eu/> - Erişim Tarihi 01.08.2022)

tüketiciye sağladığını ne de bu bilgilerin tüketici tarafından elde edildiğini kabul etmenin mümkün olmadığını belirterek; satıcının/sağlayıcının bu yöntem ile ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemiş sayılacağını belirtmiştir. Görülmektedir ki ABAD'ın bu kararında, bilgilerin tüketici tarafından erişilebilir olmasının, ön bilgilerin tüketiciye sağlanması noktasında yeterli kabul etmek mümkün değildir.

C. Ön Bilgilendirmenin Yapıldığının İspat Yükü

Yukarıda açıklandığı üzere, gerek Türk hukukunda gerekse de AB mevzuatında, satıcı/sağlayıcı, ön bilgilendirme yükümlülüğünü öngörülen yöntem ve şekiller dâhilinde yapmakla yükümlüdür. Buna ek olarak, hem TKHK m. 48/2 hükmünün son cümlesi hem MSY m. 5/6 hem de THD m. 6/9 hükümlerine göre, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat külfeti de satıcıya/sağlayıcıya yüklenmiştir. Görüldüğü üzere, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı noktasında MSY ile THD, paralel hükümler içermektedir.

Belirtmek gerekir ki genel olarak TKHK'da düzenlenen tüketici sözleşmelerine bakıldığında da tüketiciye sözleşmenin kurulmasından önce bilgilendirmenin yapıldığını ispat külfeti satıcıya/sağlayıcıya yüklenmiştir. Bu kapsamda, genel ilke, mesafeli sözleşmeler açısından da geçerlidir³²³.

Belirtilmesinde fayda vardır ki satıcının/sağlayıcının, kurulacak mesafeli sözleşme hükümleri ile veya taraflarca imzalanacak bir “ispat anlaşması” ile ispat yükünü tüketiciye kaydırması mümkün değildir³²⁴.

V- Ön Bilgilendirmenin Yapılması ile Verilen Bilgilerin Mesafeli Sözleşme Hükümlerinden Olması – Tarafları Bağlayıcılığı

Satıcı/sağlayıcı tarafından tüketiciye yapılacak ön bilgilendirme dahilinde verilen bilgiler, MSY m. 5/2 hükmüne göre mesafeli sözleşmenin ayrılmaz bir parçası haline gelir ve taraflar aksi yönde anlaşma sağlamadığı sürece bu bilgiler ile

³²³ Özel, s. 248.

³²⁴ Topaloğlu, s. 28.

alakalı olarak değişiklik yapılamaz. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere satıcı/sağlayıcı, tüketiciye ön bilgilendirme yapması ile artık bu bilgiler üzerinde tek taraflı bir değişiklik yapamayacaktır.

MSY m. 5/2 hükmünde yapılan düzenleme, esasında, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin sözleşme ile ilgili yeterince bilgilendirilerek rasyonel ve bilinçli karar alacağı ortamın sağlanabilmesi adına gerekli bir hükümdür. Bir kez ön bilgilendirmenin yapılması ile bu bilgilerin, kurulacak mesafeli sözleşmenin ayrılmaz bir parçası haline gelmesi ile artık tüketicinin, kandırılarak bir mesafeli sözleşme kurmaya zorlanmasının önüne geçilecektir³²⁵. Gerçekten de eğer bu hüküm olmasa idi, satıcının/sağlayıcının kendi menfaatine uygun olacak şekilde, sözleşmenin kurulmasından önce ön bilgilendirmede bulunması ve ancak; daha sonra mesafeli sözleşme kurulurken bu bilgileri kendi isteği doğrultusunda değiştirerek, mesafeli sözleşme metnine dâhil etmesi mümkündür. Tüketicinin ise kendisine yapılan ön bilgilendirme dahilinde, mesafeli sözleşmenin kurulmasına onay verirken tekrardan sözleşme hükümlerinin, ön bilgilendirme kapsamında verilen bilgilerden farklı olup olmadığını kontrol etmesi beklenemez. THD m. 6/5 hükmü³²⁶ de MSY m. 5/2 hükmüne paralel bir düzenleme içermektedir.

Ön bilgilendirmenin tüketiciye yapılmış olması ile verilen bilgilerin, sözleşmenin bir parçası haline gelmesi durumu; ön bilgilendirmenin yapılması ile tüketici açısından sözleşme kurma zorunluluğu doğduğu şeklinde değerlendirmek mümkün değildir. Bu halde olsa olsa, satıcının/sağlayıcının tüketiciye yönelttiği bir öneriye davet olarak nitelendirmek mümkündür³²⁷.

VI-Ön Bilgilendirmenin Gerektiği Gibi Yapılmamasının Sonuçları

A. Genel Olarak

MSY m. 5/1 hükmü ile mesafeli sözleşmelerde tüketicinin, madde kapsamındaki hususlarda önceden bilgilendirilmesinin “zorunlu” olduğu düzenlenmiş olsa da görülmektedir ki, MSY düzenlemesi çerçevesinde ön

³²⁵ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 357.

³²⁶ THD m. 5/2: “*As regards compliance with the information requirements laid down in this Chapter, the burden of proof shall be on the trader.*”

³²⁷ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 357.

bilgilendirmenin hiç veya gereği gibi yapılmamasının sonucuna veya bu halde uygulanacak özel hukuk yaptırımının ne olacağına yönelik genel bir düzenleme yapılmamıştır³²⁸. Buna karşın, ön bilgilendirmenin yapılmaması halinde, mesafeli sözleşmenin geçerliliğine etki eden bir sonucun doğup doğmadığı noktasında, öğretide bir görüş birliği de yoktur.

Bu mesele ile ilgili olarak öğretideki görüşlerden ilki; mesafeli sözleşmeler açısından, salt olarak ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin, mesafeli sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyeceğine yöneliktir³²⁹. Gerçekten de böyle bir halde, mesafeli sözleşmenin geçerliliğine sirayet edecek bir yaptırımdan bahsetmek, örneğin hiç kurulmamış saymak, çoğu zaman tüketicinin aleyhine bir sonuç doğuracaktır³³⁰. Satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünü eksik veya yanlış yerine getirmesi ya da hiç yerine getirmemesi halinde, mesafeli sözleşmenin geçerli şekilde kurulmadığının kabul edildiği bir ihtimalde; mesafeli sözleşme ile bağlı olmak isteyen, mala veya hizmete kavuşmak isteyen tüketicinin bu amacına ulaşması, art niyetli satıcılar/sağlayıcılar tarafından engellenebilecektir.

Buna karşın öğretide, mesafeli sözleşmeler açısından satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi halinin, sadece tüketici tarafından ileri sürülebilecek bir kesin hükümsüzlüğe sebebiyet vereceğini söyleyen, bir görüş de mevcuttur³³¹. Bu ikinci görüşe göre, ön bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamını oluşturan hususlar, daraltılamayacak veya aksine anlaşma yapılamayacak niteliktedirler. Bu çerçevede ise mesafeli sözleşmelerde satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü, aksi kararlaştırılamayan emredici hükümlerdendir. Meseleye bu bakış açısı ile yaklaşan bu öğreti görüşü, tüketicinin korunması hukuku açısından, emredici hükümlere aykırı işlemlerin, sadece tüketici tarafından ileri sürülebilecek “*nispi kesin hükümsüzlüğe*”³³² sebebiyet olacağından, emredici hükümlerden olan ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmeden kurulan mesafeli sözleşmeler için, doğrudan her iki tarafça da ileri sürülebilen kesin hükümsüzlüğün değil; sadece tüketici tarafından ileri sürülebilecek nispi kesin hükümsüzlüğün mevcut olduğunu, ifade etmektedir.

³²⁸ Sarıakçalı, s. 169.

³²⁹ Uzun Kazmacı, s. 2803; Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 360.

³³⁰ Kara Kılıçarslan, s. 215; E. İnal, s. 180; Ayrıca bkz. Atamer, s. 183, dn. 25.

³³¹ Çabri, s. 880.

³³² Oğuzman/Öz, s. 162-164.

Kanımca, bu ikinci görüşün ileri sürdüğü doğrultuda, mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirmenin yapılmamasının, mesafeli sözleşmenin geçerliliğine etki edeceğini söylemek mümkün değildir. Evleviyetle, ne TKHK m. 48’de ne de MSY’de, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, mesafeli sözleşmenin akıbetinin ne olacağına yönelik açıkça öngörülmüş bir yaptırım mevcuttur. Bu halde, tüketici sözleşmelerinde bilgilendirmenin yapılmaması halinde ne olacağına yönelik daha genel nitelikli hüküm olan TKHK m. 4 hükmüne bakmak gerekir. TKHK’nın “*Temel İlkeler*” başlıklı m. 4/1 hükmünde, tüketiciye yapılması gereken bilgilendirmelerin bir nüshasının yazılı ya da kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesinden bahsedildikten hemen sonra; tüketici sözleşmesinde bulunması gereken bir şartın bulunmaması halinde, bu halin, doğrudan sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyeceği lakin bu eksikliğin derhal düzenleyen (satıcı/sağlayıcı) tarafından giderilmesi gerektiği belirtilmiştir. TKHK m. 4/1’in bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda, tüketici sözleşmeleri açısından yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapılması gereken bilgilendirmenin yapılmaması halinde, bu durumun doğrudan sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyeceği, ancak bu durumun derhal giderilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Ezcümle, TKHK m. 4/1 (c.1) düzenlemesi uyarınca, mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde, tüketiciye sunulması gereken bilgiler; TKHK m. 4/1 kapsamında, sözleşmede bulunması gereken şart niteliğindedir ve salt olarak MSY m. 5/1’de belirtilen bilgilerin tüketiciye verilmemesi, TKHK m. 4/1 (c.2) uyarınca, mesafeli sözleşmenin geçerliliğini etkilemez.

Mamafih, bu mesele ile ilgili değinilmesinde fayda olacak bir öğreti görüşü daha mevcuttur³³³. MSY m. 5/1’de belirtilen hususlarda yapılması gereken ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin bir sonucu olarak; malın veya hizmetin niteliğine, fiyatına ya da tüketici aleyhine getirilecek ek ödeme yükümlülüklerine ilişkin sözleşme şartları, eğer ki satıcı/sağlayıcı ve tüketici arasında müzakere edilmeden mesafeli sözleşmede yer alıyor ise artık bu şartlar, TKHK m. 5 çerçevesinde *haksız şart* olarak değerlendirilebilecektir³³⁴. Dolayısıyla ön bilgilendirmenin yapılmaması ya da MSY m. 5/1’deki bilgilerin tüketiciye, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce sunulmaması sonucu mesafeli

³³³ Sariaçalı, s. 169-170.

³³⁴ Sariaçalı, s. 169.

sözleşmenin ilgili şartları, eğer ki TKHK m. 5'deki diğer unsurlar da mevcutsa, artık *haksız şart* olarak değerlendirilebiliyor ise, artık tüketici TKHK m. 5/2 uyarınca, bundan dolayı müzakere edemediği hususların (malın niteliğine, fiyatına ve ek yükümlülüklerle ilişkin gibi), mesafeli sözleşme konusu siparişini oluşturma noktasında iradesini etkilediğini ileri sürerek, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmediği bir mesafeli sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu ileri sürebilecektir³³⁵.

Ayrıca, yukarıda bahsedilen durum ile paralel olarak, mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin, tüketicinin, sözleşmeyi doğru bilgilendirilmeden hareket etmesine – bu durumun da “*ortalama tüketicinin davranışını önemli ölçüde bozma ihtimalini*” ortaya çıkarmasına – sebebiyet verebileceğinden; TKHK m. 62 çerçevesinde “*haksız ticari uygulama*” olarak değerlendirilebileceği³³⁶ de unutulmamalıdır. Ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinin, TKHK m. 62 çerçevesinde “*haksız ticari uygulama*” olarak değerlendirilebildiği bir halde, ispat yükünün satıcıda/sağlayıcıda olduğunu belirtmek gerekir (TKHK m. 62/2). Bu halde satıcı/sağlayıcı, ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasının, haksız ticari uygulama olarak nitelendirilemeyeceğini ispat etmesi gerekir.

Yukarıda belirtilenlerden ari olarak, satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı gelmesi halinde TKHK m. 77/1 hükmü uyarınca idari para cezası uygulanır.

Son olarak, ön bilgilendirme yükümlülüğü her ne kadar yerine getirilmemiş olsa da tüketicinin, her zaman cayma hakkını ileri sürerek mesafeli sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulma imkanının bulunduğu altını çizmek gerekir. Ayrıca, aşağıda da açıklanacağı üzere, satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediği hallerde, cayma hakkına ve mutlak kullanımı aşan kullanımdan sorumlu olduğuna ilişkin ön bilgilendirmenin de yapılmaması söz konusu olacağından, tüketicinin cayma hakkını kullanım süresi bir yıl on dört gün olacaktır, ve ayrıca

³³⁵ Sariakçalı, s. 170.

³³⁶ Bu yönde Yıldırım, *Mesafeli Sözleşmeler*, s. 364; Baş Süzel, *Ön Bilgilendirme*, s. 364; Terzi, s. 138.

tüketici, bu süre boyunca mutlak kullanımı aşan kullanımlarından dolayı ortaya çıkabilecek maldaki değer azalmalarından da sorumlu olmayacaktır.

THD çerçevesinde de ön bilgilendirmenin gereği gibi yapılmaması hali için öngörülmüş bir özel hukuk müeyyidesi mevcut değildir. Son olarak, her ne kadar ön bilgilendirmenin yapılmaması halinde uygulanacak yaptırıma yönelik bir düzenleme olmasa da MSY m. 7 uyarınca, satıcının/sağlayıcının; ön bilgilendirmenin gereğine uygun şekilde yerine getirildiğine yönelik tüketiciden teyit almak mecburiyetindedir. Aksi halde mesafeli sözleşme kurulmamış sayılır. Görülmektedir ki ön bilgilendirmenin yapıldığına yönelik tüketiciden teyit alınmaması haline yönelik bir yaptırım öngörülmüştür. Bu husus, aşağıda bilahare incelenecektir.

B. Tüketicinin Ek Maliyetlerden Sorumlu Olmasına İlişkin Ön Bilgilendirmenin Yapılmaması

Her ne kadar ön bilgilendirmenin yapılmaması haline yönelik öngörülmüş bir yaptırım bulunmasa da tüketicinin bilgilendirilmesi gereken bazı hususlarda bilgilendirilmemiş olmasının özel bir takım sonuçları, MSY ve THD çerçevesinde düzenleme alanı bulmuştur. Bunlardan ilki, tüketicinin mesafeli sözleşmeden kaynaklanabilecek ek masraflara yönelik bilgilendirilmemesi halinde tüketicinin bu ek masraflardan sorumlu tutulamayacağına yönelik THD m. 6/6 ve MSY m. 5/3 hükmüdür.

Eğer ki tüketici, THD m. 6/1 (e) bendinde bahsi geçen ek maliyetlere yönelik bilgilendirilmemiş ise, bu durumun sonucu olarak artık tüketici; bu masraflardan sorumlu olmayacaktır. Bu durum MSY açısından da doğrudan aynıdır. Buna karşında THD m. 6/6 hükmünde MSY m. 5/3’de düzenlenmeyen bir hal daha mevcuttur. THD m. 6/6 hükmüne göre tüketicinin, cayma hakkının kullanılması sonucu oluşacak doğrudan iade masraflarından tüketicinin sorumlu olduğuna yönelik ön bilgilendirmenin yapılmaması halinde bundan tüketici sorumlu tutulamayacaktır.

MSY m. 5/3 çerçevesinde ise böylesine bir düzenlemeye rastlanmamaktadır zira MSY m. 12/3 hükmüne malın satıcıya iade masraflarından da satıcı sorumlu olacaktır. Tüketicinin bu yönde bir sorumluluğunun doğmamasından dolayı, bu yönde önceden bilgilendirilmesine de gerek yoktur. Hâlbuki THD uygulaması

açısından, cayma hakkını kullanan tüketici, malın satıcıya iadesinden kaynaklanan doğrudan gönderim masraflarından genel kural olarak, sorumlu olacaktır. İşte THD m. 6/6 çerçevesinde eğer ki satıcı/sağlayıcı, iade masraflarından tüketicinin sorumlu olacağına yönelik THD m. 6/1 (i) çerçevesinde bilgilendirmeyi yapmadı ise; artık tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi malın kendisine iade masraflarından da sorumlu olacaktır.

C. Cayma Hakkına İlişkin Hususlarda Ön Bilgilendirmenin Yapılmaması

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin sahip olduğu cayma hakkı ile ilgili olarak ön bilgilendirme yapılmamasının sonucu da özel olarak düzenleme alanı bulmuştur. THD m. 10/1 hükmüne göre, eğer ki satıcı/sağlayıcı, THD m. 6/1 (h) hükmünde bahsi geçen “*cayma hakkının varlığına, cayma hakkının şartlarına, süresine ve hakkın kullanılmasının usulüne ilişkin*” hususlarda önceden tüketiciyi bilgilendirmez ise; THD m. 9/2 çerçevesinde belirlenecek cayma hakkı süresi, on iki ay uzayacaktır. Belirtmek gerekir ki THD m. 10/1 hükmünün açık lafzı kapsamında bu uzama, sadece THD m. 6/1 (h)’de bahsi geçen ön bilgilendirmenin yapılmamış olması ihtimaline binaen gerçekleşecektir. Eğer ki THD m. 6/1 (h) çerçevesinde ön bilgilendirme yapılmış ve ancak diğer ön bilgilendirme yükümlülükleri yerine getirilmiş ise bu halde, cayma hakkı süresi uzamayacaktır³³⁷.

Ayrıca THD m. 6/1 (k) uyarınca, cayma hakkının tanınmadığı istisnai hallerin (THD m. 16) var olduğu hallerde de tüketicinin bu yönde önceden bilgilendirilmesi gerekir. Aksi halde bu yönde önceden bilgilendirilmemiş tüketici, cayma hakkını kullanabilecektir³³⁸.

Türk hukukunda da THD m. 10/1 hükmündeki ile neredeyse benzer bir düzenleme bulunmaktadır. MSY m. 10/1 hükmüne göre, tüketicinin cayma hakkı ile ilgili hususlarda önceden bilgilendirilmemiş olması halinde, MSY m. 9 hükmü çerçevesinde belirlenecek on dört günlük cayma süresine bir yıl daha eklemek suretiyle cayma hakkı süresi uzayacaktır.

³³⁷ Ece Baş Süzel, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 169-170, 2018, (Cayma), s. 266.

³³⁸ Baş Süzel, *Ön Bilgilendirme*, s. 361.

Bununla beraber, MSY m. 10/1 ile THD m. 10/1 hükümlerinin lafzında, ufak ama etkisi açısından önemli bir fark bulunmaktadır. THD m. 10/1 hükmü, on dört günlük cayma hakkı süresinin uzamasını sadece ve sadece THD m. 6/1 (h)'de bahsi geçen hususlarda ön bilgilendirmenin yapılmadığı hallere yönelik düzenlemiştir. Halbuki MSY m. 10/1 düzenlemesi, daha geniş bir ifadeyle, “*cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmaması halinde*” sürenin uzayacağından bahsetmiştir. Bu kapsamda sadece MSY m. 5/1 (g) değil; aynı zamanda MSY m. 5/1 (ğ ve h) bentlerinde bahsi geçen hususlarda ön bilgilendirmenin yapılmadığı hallerde de cayma hakkı süresi uzayacaktır.

MSY m. 10/1 hükmü uyarınca, cayma hakkı süresinin uzamasına sebebiyet verecek cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirmede bulunmamanın, uygulamada da karşılık gördüğünü Yargıtay 3. HD'nin bir içtihadından anlayabilmekteyiz. Bu Yargıtay içtihadında; davalının (satıcının/sağlayıcının) internet sitesi üzerinden kurulan; mesafeli sözleşme, ile davacıya (tüketiciye) cayma hakkı tanındığı ve hatta, tüketicinin cayma hakkının süresine (dolayısı ile varlığına) ilişkin de bilgilendirildiğinden bahsedilmiştir. Ancak içtihadın devamında, “*Dosyanın ve davada dayanan sözleşmenin incelenmesinden davalı şirketin davacı tüketiciyi “cayma hakkı konusunda” bilgilendirmediğinden*” bahsederek, tüketicinin MSY m. 9/2 çerçevesinde, mesafeli sözleşmenin kurulmasından itibaren on dört gün içerisinde sona ermesi gereken cayma süresinin bir yıllığına daha uzayacağından bahsetmiştir³³⁹. Bu Yargıtay içtihadına göre, cayma hakkının varlığına ya da süresine ilişkin tüketiciyi bilgilendirmek yeterli değildir. Satıcının/sağlayıcının, MSY m. 5/1 (g), (ğ) ve (h) bentlerinin hepsini kapsayacak şekilde cayma hakkı konusunda bilgilendirilmesi gerekir.

³³⁹ Yargıtay 3. HD., T. 04.06.2021, E. 2020/5130, K. 2021/6041. (www.lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 20.08.2022)

VII- Ön Bilgilendirmenin Teyidi ve Teyidin Yapılmamasının Sonuçları

A. Ön Bilgilendirmenin Teyidi

1- Genel Olarak

Yukarıda, MSY m. 5/2 hükmü dahilinde, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükünün, satıcı/sağlayıcı üzerinde olduğundan bahsetmiştik. Buna ilaveten, MSY m. 7/1 hükmü ile satıcıya/sağlayıcıya, MSY m. 5’de belirtilen bilgileri, MSY m. 6’de belirtilen yöntemlere uygun olarak, tüketiciye sağladığına yönelik, tüketiciden teyit alınması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hükme göre, bu teyit yükümlülüğünün sağlanamaması halinde, “*sözleşme kurulmamış sayılır*”. Öğretide, böyle bir teyit yükümlülüğünün getirilmesinin ardında, tüketicinin son bir defa daha düşünmeye yönlendirilmesinin bulunduğu ifade edilmiştir³⁴⁰. THD uygulaması açısından, genel olarak mevcut olmayan bu yükümlülüğün, neden Türk hukukunda mevcut olduğu öğretide sıklıkla sorgulanmıştır ve eleştirilmiştir³⁴¹. Yapılan bu eleştiriler, ekseriyetle, teyit yükümlülüğüne aykırılık için öngörülen yaptırım olan “*sözleşmenin kurulmamış sayılması*” noktasında yoğunlaşmaktadır. O sebeple de öğretideki bu görüşlere, aşağıda teyit yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin sonuçları kısmında değinilecektir. Belirtilmesinde fayda vardır ki MSY m. 7 hükmü, her ne kadar AB mevzuatında karşılık bulmasa da, eTKHK m. 9/A/2 hükmünde ve mülga MSDY m. 6 hükümlerinde de düzenlenmekte idi³⁴². Bu kapsamda bu düzenlemenin, bir süredir Türk tüketici hukukunda var olduğunun altını çizmek gerekir.

TKHK m. 4/1 dâhilinde, tüketicilerin içerisine girecekleri tüketici sözleşmesi ve bundan kaynaklanan yükümlülükleri ile ilgili olarak bilgilendirme yükümlülüğü; tüketici sözleşmeleri için genel olarak kabul edilen yazılı olma şartı çerçevesinde kendisine yer bulmaktadır³⁴³. Bu yazılılık şartı, tüketicilerin bilgilendirilmesi ve aydınlatılması noktasında bir araç olarak kullanılmaktadır. Hâlbuki mesafeli

³⁴⁰ Yılmaz, s. 1026.

³⁴¹ Gezder, **Mukayeseli Hukuk**, s. 188; Atamer, s. 182; Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 358-359; Uzun Kazmacı, s. 2805;

³⁴² Bununla beraber, eski düzenlemelerde teyit yükümlülüğünün yazılı olarak yerine getirilmesi gerekiyor idi. Buna karşın MSY m. 7 düzenlemesi ile daha yerinde olacak şekilde, teyit yükümlülüğünün kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak yerine getirileceği düzenlenmiştir. Benzer yönde, Uzun Kazmacı, s. 2805.

³⁴³ Zevkliler/Özel, s. 108-109.

sözleşmeler açısından bir yazılı şekil şartı zorunluluğu yoktur. İşte, tüketicilerin bilgilendirilmesini temin etmek adına mesafeli sözleşmeler açısından, ön bilgilendirmenin yapıldığının teyidi yükümlülüğü düzenlendiği ifade edilmektedir³⁴⁴. Bu kapsamda satıcıya/sağlayıcıya, ön bilgilendirmenin yapıldığına yönelik teyit yükümlülüğü getirmek, esasında, satıcının/sağlayıcının gerçekten ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesini ve böylelikle tüketicinin aydınlatılmasını sağlamak adına yerinde bir düzenlemedir³⁴⁵.

Öte yandan, ön bilgilendirme yükümlülüğünün olması gerektiği gibi yerine getirdiğine yönelik teyit yükümlülüğü, satıcıyı/sağlayıcıyı da korur. Zira tüketicinin teyit vermesi ile satıcı/sağlayıcı ispat yükünü yerine getirmiş olacaktır³⁴⁶.

MSY m. 7 hükmü esasında, ilk cümlesi itibarıyla, satıcının/sağlayıcının (MSY m. 5/2’de bahsi geçen) ispat yükünü, fiilen yerine getirmesine yardım edecek bir düzenlemeye sahiptir³⁴⁷. Bununla beraber MSY m. 7 hükmünün ikinci cümlesinde, “*aksi halinde sözleşme kurulmamış sayılır*”, denilmek suretiyle, öğretilde yapılan önerinin maksadının oldukça üzerine çıkan, ağır bir düzenleme getirilmiştir. Nitekim, öğretilde teyit yükümlülüğü ile ilgili genel olarak yapılan eleştiri, bu öngörülen yaptırıma yöneliktir.

Görülmektedir ki MSY m. 7 hükmü ile beraber, satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmesi yetmez; ayrıca bu yükümlülüğünü tam olarak yerine getirdiğine yönelik tüketiciden teyit alması da gereklidir³⁴⁸. Bu teyidin, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Buna göre eğer ki mesafeli sözleşme, satıcının/sağlayıcının internet sitesi üzerinden kuruluyor ise bu halde teyit de yine bu internet sitesinde uygulamaya sokulan bir sistem dâhilinde gerçekleştirilmelidir. Bununla beraber kanımca, harici bir şekilde tüketicinin ıslak imzası alınarak yazılı bir şekilde teyit sağlandı ise, artık kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olmadan teyidin sağlanması sebebiyle, yükümlülüğün yerine getirilmediğini ileri sürmek de mümkün olmamalıdır.

³⁴⁴ Kara Kılıçarslan, s. 216.

³⁴⁵ Bütün Yılmaz, s. 338.

³⁴⁶ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 359: Belirtilmesinde fayda vardır ki yazara göre, teyit yükümlülüğünün getirilmesi kuralı, esasında sadece satıcıya/sağlayıcıya bir koruma sağlar ve bu noktada tüketicinin bilgilendirilmesine herhangi bir şekilde katkı sağlamaz.

³⁴⁷ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 358.

³⁴⁸ Topaloğlu, s. 27; Terzi, s. 136; Bütün Yılmaz, s. 336.

Satıcıya/sağlayıcıya böyle bir teyit yükümlülüğünün getirilmesi, TKHK m. 4/1 ve 4 hükümleri çerçevesinde ortaya konulan; tüketici sözleşmesinin, öngörülen usulüne uygun şekilde kurulduğunu ve tüketiciye olması gerektiği gibi bilgilendirme yapıldığını ispat yükünü, satıcıya/sağlayıcıya yükleyen kural³⁴⁹ ile beraber değerlendirilmelidir.

Satıcının/sağlayıcının MSY m. 7 çerçevesinde yapması gereken teyit, MSY m. 5/1 ve m. 6 hükümleri başta olmak üzere, satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü dâhilinde tüketiciye iletmesi veya sunması gereken bilgilerin, tüketicinin erişebileceği, okuyabileceği, tekrardan erişim sağlayabileceği şekilde, tüketicinin egemenlik alanına yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı marifetiyle sunulmuş olduğuna yönelik olmalıdır. Yoksa burada alınacak teyidin, tüketicinin kendisine sunulan bilgileri anladığı veya tam olarak algıladığına yönelik olmasına gerek yoktur. Tüketicinin kendisine sunulan ön bilgileri tam olarak anlaması ve algılaması ile alakalı olarak satıcıya/sağlayıcıya, bu derecede bir yükümlülük getirmek, aşırıya kaçır bir uygulama olacaktır. Bununla beraber, teyit yükümlülüğünün, tüketicinin ön bilgileri anladığına ve algıladığına yönelik olmasının gerektiğine yönelik görüş de bulunmaktadır³⁵⁰.

MSY m. 7 hükmünde düzenlenen, ön bilgilendirmenin teyidi, THD açısından ise mevcut değildir. Buna göre, AB mevzuatı açısından, satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünü tüketiciye karşı yerine getirdiğine yönelik herhangi bir teyit almasına gerek yoktur³⁵¹. THD düzenlemesinde, bir “teyit mekanizması”, sadece THD m. 8/7 (a) hükmü çerçevesinde, satıcı/sağlayıcı tarafından mesafeli sözleşmenin teyidi meselesinde karşımıza çıkmaktadır ki esasında burada bahsedilen teyit, MSY m. 7’dekine benzer bir teyit değildir. THD m. 8/7 (a) bendi çerçevesinde, eğer ki satıcı/sağlayıcı mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce, THD m. 6/1 hükmü çerçevesinde sağlaması gereken bilgileri, mesafeli sözleşme kurulmadan evvel, yazılı veya kalıcı veri sağlayıcısı ile sağlamamış ise, bu bilgileri içerir şekilde sözleşme teyidini yapması gerekir. Görülmektedir ki esasında burada, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğinin teyidinden değil; mesafeli sözleşmenin kurulduğunun teyidinden bahsedilmektedir.

³⁴⁹ Zevkliler/Özel, s. 109.

³⁵⁰ Topaloğlu, s. 27.

³⁵¹ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 358.

2- Sesli İletişim Yoluyla veya Siparişe İlişkin Bilgilerin Kısıtlı Alan ya da Zaman İçerisinde Sunulduğu Ortamlar Yoluyla Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Teyidin Hangi Yöntem İle Alınması Gerektiği

Bununla beraber, MSY m. 6/3 veya 4 hükümlerinde bahsi geçen mesafeli sözleşmeler için ise teyidin hangi vasıta ile alınması gerektiğini de ortaya koymak gerekir. Zira bu hükümler kapsamında kalan mesafeli sözleşmeler açısından ön bilgilendirme yükümlülüğünün doğru bir şekilde yerine getirilmesi için, MSY m. 5/1 kapsamında kalan bazı bilgiler³⁵² öncelikli olarak tüketici siparişini oluşturmada evvel, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak; geri kalan diğer bilgiler ise en geç malın teslimi veya hizmetin ifasına kadar yazılı şekilde tüketiciye iletilmiş olacaktır. Buna göre bu nevi mesafeli sözleşmeler için satıcının/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü hem önem sırası hem de bilgilendirme yapılırken kullanılacak araç itibarıyla değişkenlik göstermektedir. MSY m. 7 hükmü, *“tüketicinin MSY m. 6’da belirtilen yöntemlerle ön bilgileri edindiğini kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak”* teyit yükümlülüğünün yerine geleceğinden bahsetmektedir. Örneğin, MSY m. 6/3 hükmüne göre kullanılan uzaktan iletişim aracı telefon olabilir. Buna göre MSY m. 5/1 (a, d, g ve h) hükmünde yer alan bilgiler, tüketiciye telefon üzerinden sunulacaktır. Ancak, geri kalan bilgilerin yazılı olarak tüketiciye iletilmesi yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca doğası itibarıyla ön bilgilendirmenin teyidi, ancak ön bilgilendirme yükümlülüğünün hepsi yerine getirildikten sonra sağlanabilecektir. MSY m. 6/3 hükmünün açık lafzı karşısında, bu geri kalan bilgilerin bir kalıcı veri saklayıcısı ile dahi tüketiciye sunulmasının imkânı bulunmamaktadır. Peki, bu halde satıcı/sağlayıcı, ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğinin teyidini, yazılı şekilde mi almalıdır; yoksa ön bilgilendirme yükümlülüğünü yazılı şekilde yerine getirdikten sonra, telefon vasıtasıyla, tüketicinin teyidini alması mümkün olabilecek midir? Bir başka ifadeyle, MSY m. 7 hükmünde yer alan *“kullanılan uzaktan iletişim aracına uygunluk”* tabirinden, mesafeli sözleşmenin kurulması için kullanılan uzaktan iletişim aracını mı yoksa MSY m. 6 hükmünde belirtilen, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilirken izlenecek yöntem dâhilinde kullanılan uzaktan iletişim aracını mı anlamak gerekir?

³⁵² MSY m. 6/3 ve 4 hükümlerine göre, tüketici siparişini oluşturmada evvel, sesli iletişim yoluyla kurulan mesafeli sözleşmeler için MSY m. 5/1 (a,d, g ve h) bentlerinde yer alan bilgiler; siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ya da ortamda sunulduğu mesafeli sözleşmeler için ise MSY m. 5/1 (a, b, d, g ve h) bentlerinde yer alan bilgiler ile ilgili olarak öncelikli bilgilendirilmesi gerekir.

Kanımızca bu soruların cevabını verebilmek için, MSY m. 6/3 hükmünde belirtilen yazılılık tabirinden ne anlaşılması gerektiğine yönelik farklı iki öğreti görüşünden hangisinin nazara alınacağı da önemlidir. Bunun yanında MSY m. 5/6 hükmü uyarınca, ön bilgilendirmenin yapıldığına yönelik ispat yükünün satıcı/sağlayıcı tarafında olduğu da nazara alınmalıdır.

MSY m. 7 hükmünde belirtilen, “*kullanılan uzaktan iletişim aracına uygunluk*” tabirinden, MSY m. 6/3’te ve m. 6/4’te, ön bilgilendirme yükümlülüğünün hangi yöntem ile yapılması gerektiği düzenlenmiş ise, teyidin de o yönteme uygun şekilde yapılması gerektiğini anlamak gerekir. Bu çerçevede, amaca uygun yapılması gerekir. Amaca uygun yorum yapmadan, MSY m. 6/3 çerçevesinde sesli iletişim yoluyla veya MSY m. 6/4 çerçevesinde siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu ortam yoluyla kurulan mesafeli sözleşmeler için bilgilerin bir kısmının yazılı olarak iletilmesi zorunluluğu karşısında, MSY m. 7 hükmünde yer alan “*kullanılan uzaktan iletişim aracı*” tabirini lafzen değerlendirmek, tüketicinin aleyhine sonuçlar doğurabilecektir. Bu kapsamda, yazılı olarak iletilmesi gereken MSY m. 5/1 (a, d, g ve h) bentleri dışında kalan bilgilerin, gerçekten yazılı olarak iletilmediğinin teyidi ve bu çerçevede, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı, ancak tüketicinin imzasının bulunduğu yazılı bir belge ile sağlanabilecektir. Bunun dışında, örneğin MSY m. 6/3 çerçevesinde kalan mesafeli sözleşmeler için, geri kalan bilgiler tüketiciye yazılı olarak iletdikten sonra, satıcının/sağlayıcının tüketiciyi telefonla arayarak teyit yükümlülüğünü yerine getirmesi, kanımızca mümkün olmamalıdır. Aksi hali, satıcıların/sağlayıcıların, MSY m. 5/1 (a, d, g ve h) bentleri dışında kalan ön bilgileri yazılı olarak sağlamasına dahi gerek olmadan, tüketicinin beklemediği veya hazır olmadığı bir anda telefon ile aranıp, teyidinin alınmasının önünü açacaktır.

Nitekim AB mevzuatında her ne kadar ön bilgilendirmenin teyidi yükümlülüğüne yönelik genel bir düzenleme olmasa da THD m. 8/6 hükmünde, telefon yoluyla kurulan mesafeli sözleşmeler ile alakalı olarak üye devletlere, tüketicinin öneriyi yazılı şekilde onaylaması zorunluluğu getiren iç hukuk düzenlemelerine cevaz verdiği görülmektedir³⁵³. Özellikle THD m. 8/10 hükmü

³⁵³ Ayrıca bkz, Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 358.

gereği, uyumluluğu sağlamak adına bir genel kural olarak, üye devletlere, ön bilgilendirme yükümlülüğü ile alakalı olarak daha ağır düzenleme getirme yasağı bulunmasına karşın; telefonla kurulan mesafeli sözleşmeler ile alakalı olarak, üye devletlere tüketicinin yazılı onayının alınmasına yönelik düzenleme yapılmasına izin verilmesi de nazara alındığında, Türk hukuku açısından da MSY m. 6/3 hükmü altında kalan mesafeli sözleşmelerde teyit yükümlülüğünün yazılı şekilde yerine getirilmesi gerektiği yorumu yapılabilecektir.

Peki, yukarıda belirtilenler çerçevesinde, MSY m. 6/3 ve 6/4 kapsamındaki mesafeli sözleşmeler için teyit yükümlülüğünün yazılı olarak yerine getirilmesi gerektiğini kabul edersek, bu yazıllık olgusundan ne anlamak gerekir. Çalışmamızda da üzerinde durduğumuz üzere³⁵⁴, MSY m. 6/3 ve 4 hükmünde bahsi geçen yazıllık olgusu ile ilgili olarak, öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır. Kısaca, bir görüş MSY m. 6/3 (ve MSY m. 6/4) kapsamında bahsi geçen yazıllık olgusunun sağlanması için tüketicinin imzasının gerekmediğini, bu kapsamda sadece ön bilgilerin kâğıt üzerinde yazılı şekilde vücut bulmasını yeterli bulurken³⁵⁵; diğer görüşe göre yazıllık olgusunun sağlanması adına tüketicinin imzasının alınması gerekir.

Yazıllık olgusu ile alakalı olarak ilk görüşü kabul edersek; satıcının/sağlayıcının, ön bilgileri bir kâğıt üzerine yazarak göndermesi ve tüketiciye teslim etmesi ile satıcı/sağlayıcı, ön bilgilendirme yükümlülüğünü MSY m. 6/3 ve 6/4'e uygun şekilde yerine getirmiş olacaktır. MSY m. 7 hükmünün lafzına göre satıcı/sağlayıcı, MSY m. 6'da belirtilen yöntemlerle tüketiciyi bilgilendirdiğini teyit etmekle mükellef tutulduğu için, artık dilerse sonradan telefonla tüketicinin teyidini alabilecektir³⁵⁶. Ancak, bu halde teyidin yerine getirildiği ile ilgili olarak bir uyuşmazlık çıkması halinde satıcı/sağlayıcı, tüketicinin imzasını almamış olduğundan, ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğini (ve ayrıca MSY m. 6 hükmüne uygun olarak MSY m. 7'de bahsi geçen teyidin, geçerli şekilde tüketiciden alındığını) ispat edemeyecektir.

³⁵⁴ Bknz. İkinci Bölüm, IV, A.

³⁵⁵ Avcı Braun, s. 35.

³⁵⁶ Benzer yönde, Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 358.

Yazılılık olgusu ile alakalı olarak ikinci görüşü kabul edersek; satıcının/sağlayıcının MSY m. 6/3 ve 6/4 hükmünde bahsedilen yazılı şekilde ön bilgilendirmenin yapılabilmesi için, tüketicinin imzasının da alınması gerekir. Tüketicinin, ön bilgilerin bulunduğu kâğıda imza atmasıyla, aynı zamanda MSY m. 6'da belirtilen yöntemlere uygun şekilde bilgilendirildiğini de teyit etmiş olacaktır. Bu kapsamda, satıcının/sağlayıcının daha sonra tüketiciyi telefonla arayarak teyit yükümlülüğünden de bahsetmeye gerek olmayacaktır. Bu görüşe uygun şekilde ilerlendiğinde ise satıcı/sağlayıcı, MSY m. 5/6 kapsamında kendisine yüklenen ispat yükünü de yerine getirmiş olacaktır. Kanımızca da satıcının/sağlayıcının, ön bilgilendirme ve teyit sağlama yükümlülüğü çerçevesinde bir sorunla karşılaşmaması için ikinci görüşün yazılılık olgusu esas alınmalıdır ve bu çerçevede ilerlenmelidir.

Tüm bu yukarıda belirtilenlerle beraber, öğretide sesli iletişim araçlarıyla kurulan mesafeli sözleşmeler için, satıcının/sağlayıcının teyit yükümlülüğünü, sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciye sunulması gereken bilgiler ile sınırlı tutarak, kullanılan sesli iletişim aracıyla da teyidin sağlanabileceğini ileri süren öğreti görüşü bulunmaktadır³⁵⁷.

3- İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Teyidin Alınması

İnternet ortamında kurulan mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüğü, sözleşmenin kurulmasından önce yerine getirilmiş olmalıdır. Bu kapsamda internet üzerinden kurulan mesafeli sözleşmelerde; MSY m. 6/3 ve 6/4 kapsamındaki sözleşmelerde olduğunun aksine, sözleşme kurulduktan sonra ön bilgilendirme yükümlülüğünün tamamlanması imkânı yoktur. Bu çerçevede internet ortamında kurulan mesafeli sözleşmeler için ön bilgilendirmenin teyidi ise genellikle, tüketicinin sözleşmeyi kurabilmesi için sözleşmenin kurulmasından hemen önce onaylamak zorunda olduğu teyit butonuyla veya buna benzer onay kutucuğunun işaretlenmesi ile sağlanmaktadır³⁵⁸. Bu, MSY m. 7 açısından da uygun olacaktır. Zira teyit yükümlülüğü, kullanılan uzaktan iletişim aracına ve MSY m. 6/2'de belirtilen yöntemle uygun olarak gerçekleştirilmiş olacaktır. Ancak burada ise aslında kendi içinde çelişki yaratan ve tüketicinin korunması amacı ile bağdaşmayan bir durum

³⁵⁷ Bu yönde Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 358.

³⁵⁸ Uzun Kazmacı, s. 2805; Bozbel, s. 798; Yılmaz, s. 1026; Topaloğlu, s. 27.

ortaya çıkmaktadır. Zira ön bilgilendirmenin amacı, tüketiciyi mesafeli sözleşme ilişkisine girmeden önce altına gireceği yükümlülükler ve sözleşmenin sair hususları ile ilgili uyarmak; bir nevi, bu hususlarda tüketicinin farkındalığını artırmak, böylelikle de tüketicinin rasyonel ve bilinçli bir karar vermesini sağlamaktır. Ancak, satıcılar/sağlayıcılar kendisine yüklenilen teyit yükümlülüğünü sağlamak adına, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce, ön bilgilendirmenin yapıldığına yönelik teyit kutucuğu koymakta ve bu kutucuk işaretlenmeden sözleşmenin kurulmasına izin vermemektedir. Daha doğru bir ifade ile uzaktan pazarlama sistemlerini, bu yönde oluşturmaktadırlar.

İlk bakışta tüketicinin korunması açısından burada bir sakınca yoktur. Zira tüketicinin her zaman o kutucuğu işaretlememe veya teyit kutucuğunu işaretlemeye karar vermeden önce ön bilgilendirme formunu okuma imkânı bulunmaktadır. Ancak bu noktada, satıcılar/sağlayıcılar tarafından sunulan uzaktan pazarlama sistemlerinde, tüketicinin ön bilgilendirme formunu okumuş olması ile bunların hiçbirini yapmadan, doğrudan teyit kutucuğunu işaretlemesi arasında bir farklılık bulunduğunu da göz ardı etmemek gerekir. Bunun mümkün kılınmasının bir sonucu olarak ise tüketiciler, bu kutucuğu ön bilgilendirme formunu okumadan işaretlemekte ve mesafeli sözleşmeyi kurmaktadır. Kanımızca, böyle bir uygulama, tüketicinin teyit meselesini bir formalite olarak görmesine ve bu noktada yeterince bilgilendirilmeden teyit kutusunu işaretlemesine itmektedir. Her ne kadar ilk bakışta satıcıların/sağlayıcıların pazarlama sistemlerinde kullandığı bu teyit yönteminde bir sakınca olmadığı düşünülse de pratikte, esasında tüketicinin korunması amacı ile çelişen bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu durum ise, MSY m. 7 hükmünde düzenlenen teyit müessesini, özellikle internet üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler açısından etkisiz hale getirmektedir³⁵⁹. Buna karşın, böyle bir ihtimalde satıcıdan/sağlayıcıdan daha fazla ne beklenebilir, onu da tespit etmek mümkün değildir. Zira yukarıda bahsettiğimiz üzere, satıcının/sağlayıcının teyit yükümlülüğü tüketicinin bunları gerçekten algıladığına ve anladığına ilişkin olacak kadar genişletilmemelidir.

³⁵⁹ Çabri, s. 880.

B. Ön Bilgilendirmenin Teyidinin Yapılmamasının Sonuçları

Yukarıda, ön bilgilendirmenin olması gerektiği gibi yapıldığına yönelik tüketiciden teyit alınması yükümlülüğün, esasında hem tüketicinin bilgilendirilmesine ve aydınlatılmasına hem de satıcının/sağlayıcının MSY m. 5/6 hükmündeki ispat yükünü yerine getirmesine katkı sağladığını belirmiştik. Ancak MSY m. 7 hükmü, sadece satıcıya/sağlayıcıya teyit yükümlülüğü getirmemiştir. Aynı zamanda bu teyit yükümlülüğünün gerçekleştirilmemesi halinde mesafeli sözleşmeye uygulanacak yaptırımı da düzenlemiştir. Ne yazık ki öngörülen bu yaptırım, oldukça ağır ve amacını aşmış mahiyettedir.

MSY m. 7 hükmüne göre, satıcının/sağlayıcının, tüketiciye karşı ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğine yönelik teyit sağlayamaması halinde, mesafeli sözleşme “*kurulmamış sayılır*”. Yukarıda açıklandığı üzere, esasında, ön bilgilendirmenin hiç yapılmaması hali, aksini söyleyen görüş olsa da, mesafeli sözleşmenin geçerliliğine herhangi bir şekilde etki yapmaz. Ancak, MSY m. 7 hükmüne göre, ön bilgilendirme fiiliyatta yapılmış olsa dahi, eğer teyidi yapılmamış ise sözleşme kurulmamış sayılacaktır³⁶⁰. Tam tersi şekilde, ön bilgilendirme bilfiil yapılmamış olsa dahi eğer bir şekilde satıcı/sağlayıcı, tüketiciden teyit almış ise bu halde mesafeli sözleşmenin halen ayakta olduğu bir durum ile karşılaşılacaktır³⁶¹.

eTKHK m. 9/A/2 ve mülga MSDY m. 6 hükmünde de var olan bu düzenleme, yaptırımı itibarıyla, öğretide oldukça ağır şekilde eleştirilmiştir. Bu eleştiriler, genel olarak, sözleşmenin kurulmamış sayılmasının, teyit yükümlülüğünün yöneldiği amacı aşarak, çok ağır bir yaptırım olduğu noktasında yoğunlaşmaktaydı³⁶². Bu dönemde, ön bilgilendirme yükümlülüğü tam olarak yerine getirilmesine karşın teyidinin yapılmaması halinde sözleşmenin kurulmamış sayılmasının tüketici aleyhine sonuç doğuracağını belirtmiştir³⁶³. Hatta bu dönemlerde, sözleşmenin kurulmamış sayılacağına yönelik bu hükmün, doğuracağı sonuçlar itibarıyla madde metninden çıkarılması gerektiği dahi öğretide belirtilmiştir³⁶⁴. Ancak görülmektedir

³⁶⁰ Bütün Yılmaz, s. 337.

³⁶¹ Böyle bir durumun ise isabetli olamayacağı yönünde bkzn. Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, s. 88.

³⁶² Karakocalı/Kurşun, s. 160; Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 194.

³⁶³ E. İnal, s. 180-181.

³⁶⁴ Atamer, s. 183-185.

ki öğretide eTKHK döneminden beri yapılan eleştiriler, MSY düzenlemesinde de nazara alınmamıştır ve bu noktada eski düzenleme, sadece birkaç değişiklik yapılarak³⁶⁵, hatalı şekilde korunmuştur³⁶⁶. Bununla beraber bu düzenlemenin, TKHK ile değil de MSY ile düzenlendiği görülmektedir³⁶⁷. Halbuki kanımızca, TKHK m. 48 çerçevesinde ön bilgilendirmenin teyidin yönelik dahi bir düzenleme bulunmazken, MSY m. 7 ile teyidin sağlanamaması halinde *sözleşmenin kurulmamış sayılacağına* yönelik yaptırım öngörmek, doğru olmamıştır.

Peki, MSY m. 7 hükmünün açık lafzı karşısında, nasıl bir hukuki nitelendirme yapmak gerekir? Öğretide, teyidin sağlanmaması halinde, MSY m. 7 hükmünün öngördüğü yaptırım olan *mesafeli sözleşmenin kurulmamış sayılmasının*, tüketiciyi korumak amacından oldukça uzak olduğu, TKHK'nın ve MSY'nin diğer hükümleri ile çelişkili bir düzenleme olduğu³⁶⁸, temel hukuk ilkelerine aykırı olacağı ve ayrıca, en nihayetinde tüketici aleyhine sonuçlar doğuracağı belirtilmektedir³⁶⁹. Gerçekten de MSY m. 7 hükmünü, lafzı itibarıyla kabul edersek³⁷⁰; mesafeli sözleşmenin kurulmamış sayılmasından, yani yok hükmünde olmasından dolayı, satıcının/sağlayıcının, iyi niyet kaidelerine uymasa dahi, sözleşmenin yok hükmünde olduğunu ileri sürerek edimini ifadan kaçınması mümkün olacaktır. Kaldı ki *sözleşmenin kurulmamış sayılması* yaptırımından ne anlaşılması gerektiği noktasında da öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Yukarıda bahsedildiği üzere, eğer ki MSY m. 7 hükmü, sadece lafzı itibarıyla yorumlanacak ise bu halde, sözleşmenin yok hükmünde olacağı anlamı çıkar. Zira taraflar arasında bir sözleşmenin kurulmamış sayılması, o sözleşmenin hukuk âleminde hiçbir zaman var olmadığını, geçersiz olarak dahi kurulmadığı anlamına gelir. Bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının (irade ve beyan) ve kanunla kurucu unsur olarak nitelendirilen olguların, hukuk âleminde gerçekleşmemesi halinde, yokluktan bahsedilir³⁷¹.

³⁶⁵ eTKHK m.9/A/2 düzenlemesinde, ön bilgilendirme yükümlülüğünün teyidinin, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce yapılması düzenlenmekte idi. Ayrıca, kural olarak bu teyidin, yazılı şekilde yapılması gerektiği; ancak mesafeli sözleşmenin elektronik ortamda kurulması halinde teyit işleminin elektronik olarak yapılabileceği düzenlenmiştir.

³⁶⁶ Uzun Kazmacı, s. 2805.

³⁶⁷ Gezder, **Konferans**, s. 339.

³⁶⁸ Sarıakçalı, s. 168.

³⁶⁹ Bütün Yılmaz, s. 387-388.

³⁷⁰ Bu yönde, Avcı Braun, s. 36.

³⁷¹ Antalya, s. 183, P. 655.

Bahsedeceğimiz birinci öğreti görüşüne göre, MSY m. 7 hükmünün bu açık lafzı itibarıyla, ön bilgilendirmenin teyidinin sağlanmaması halinde mesafeli sözleşmenin yok hükmünde olacağını söyleyen görüş mevcuttur³⁷². Buna göre, mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin vereceği teyit, MSY m. 7 düzenlemesi gereğince, artık bir kurucu unsurdur ve bu unsurun bulunmaması halinde mesafeli sözleşme yok sayılır. Bu halde, her ne kadar mesafeli sözleşme tarafları, karşılıklı birbirlerine uyan irade beyanlarını dış dünyaya sunmuş olsalar da MSY m. 7 hükmü ile teyit, bir ek kurucu unsur veya kanuni koşul (*condictio causa*) olarak nitelendirildiğinden mesafeli sözleşme, yok hükmündedir. Ancak bu birinci görüş öğretide, mesafeli sözleşmenin yok hükmünde sayılmasının, mesafeli sözleşmenin ayakta kalmasını isteyebilecek tüketiciyi korumaması ve bu kapsamda yöneldiği amaca hizmet etmemesi sebebiyle eleştirilmektedir³⁷³.

Bahsedeceğimiz ikinci öğreti görüşüne göre, MSY m. 7 hükmünde bahsi geçen teyit olgusunun, mesafeli sözleşmeler açısından bir kurucu unsur veya kanuni şart olarak değil; geçerlilik şartı olarak ele alınması gerekir³⁷⁴. Borçlar hukuku açısından bir olgu, bir sözleşmenin geçerlilik şartı olarak ele alınırsa ve bu olgu olmadan sözleşme kurulursa artık sözleşme, kesin hükümsüzdür³⁷⁵. Bu ikinci görüşe göre, bir sözleşmenin geçerlilik şartlarından birisi olan şekil şartının mevcut olmaması halinde dahi, o sözleşme yok hükmünde değil; kesin hükümsüzdür. Mamafih, böylesine kesin hükümsüz sözleşmenin geçersizliği, dürüstlük kuralına aykırı şekilde ileri sürülmesi halinde bu sözleşmenin ayakta tutulması da mümkündür. Bu mantık silsilesi ile giden bu ikinci görüşe göre, bir geçerlilik şartı olarak şekil şartına nazaran çok daha hafif mahiyette olan teyit olgusunun var olmaması halinde, mesafeli sözleşmeyi yok hükmünde saymak mümkün değildir. Bu kapsamda bu ikinci görüşe göre, mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin teyidinin alınmaması, mesafeli sözleşmenin yokluğuna değil; kesin hükümsüzlüğüne sebebiyet vermelidir³⁷⁶.

Belirtmek isteriz ki yukarıda açıklanan iki görüşten hangisi kabul edilirse edilsin, teyit yükümlülüğü yerine getirilmediği halde bu iki görüşe göre mesafeli

³⁷² Avcı Braun, s. 36; Çabri, s. 880.

³⁷³ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 359, dn. 56.

³⁷⁴ Topaloğlu, s. 28; Topaloğlu, **Milli Şerh**, s. 774; E. İnal, s. 181.

³⁷⁵ Antalya, s. 186, P. 667.

³⁷⁶ Antalya, s. 186, P. 667.

sözleşme ya hiç kurulmamış ya da geçersiz şekilde kurulmuş olacağından, eğer ki yerine getirilmiş edimler var ise bunlar, sebepsiz zenginleşme hükümleri dâhilinde geri istenebilir³⁷⁷.

Bahsedeceğimiz üçüncü öğreti görüşüne göre ise, ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmaması halinde, MSY m. 7 hükmünde yer alan, “*sözleşme kurulmamış sayılır*” tabirini, mesafeli sözleşmenin yokluğuna veya kesin hükümsüzlüğüne sebebiyet verecek şekilde ele almak, mümkün değildir³⁷⁸. Bu üçüncü görüşü savunan yazarlara göre öncelikle, MSY m. 7 hükmünün açık lafzından dolayı ve borçlar hukukunun genel ilkelerinden dolayı, burada kesin hükümsüzlükten bahsetmek mümkün değildir³⁷⁹. Mamafih bu halde sözleşmenin yok hükmünde sayılmasını kabul etmek de mümkün değildir, zira mesafeli sözleşmenin yok hükmünde sayılması, hem tüketicinin aleyhine sonuçlar doğuracaktır hem de bilgilendirme yapılmış olmasına rağmen, sırf teyit alınmadı diye sözleşmenin yok sayılması, çok ağır bir yaptırım olacaktır³⁸⁰. Bu mantık silsilesi ile bu üçüncü görüşe göre esasında MSY m. 7 hükmünün, mesafeli sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyen bir düzen hükmü olarak ele almak gerekmektedir³⁸¹.

eTKHK ve MSDY düzenlemelerine göre ortaya konulmuş ve ancak meseleye derinlik katacağından dolayı belirtilmesinde fayda olan dördüncü görüşe göre ise, ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmaması, mesafeli sözleşmenin geçerli şekilde kurulmasını engellemez³⁸². Bu noktada bu dördüncü görüş, tıpkı üçüncü görüşün ortaya koyduğu gibi, MSY m. 7 hükmündeki düzenlemeyi ne kurucu unsur olarak ne de bir geçerlilik şartı olarak ele almaktadır. Ancak bu dördüncü görüş, üçüncü görüşten ayrılarak, MSY m. 7 (MSDY m. 6) hükmündeki düzenlemeyi, mesafeli sözleşmenin hükümlerini doğurması açısından bir geciktirici şart olarak ele alınmaktadır. Bu görüşe göre, tüketici tarafından ön bilgilendirmenin yerine getirildiğine yönelik teyit alınmasa bile mesafeli sözleşme geçerli bir şekilde kurulmuş olur ancak, tüketiciden MSY m. 7 (MSDY m. 6) uyarınca, teyit alınmadığı

³⁷⁷ Topaloğlu, s. 28.

³⁷⁸ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 359; Karakocalı/Kurşun, s. 160-161.

³⁷⁹ Atamer, s. 184-185.

³⁸⁰ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 359.

³⁸¹ Karakocalı/Kurşun, s. 161; Atamer, s. 185; Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 359-360.

³⁸² Erten, s. 198.

müddetçe, mesafeli sözleşme hükümlerini doğurmayacaktır³⁸³. Kanımca, bahsettiğimiz bu dördüncü görüşün vardığı sonuç, eTKHK m. 9/A/2 ile MSDY m. 6 hükmünün lafzından kaynaklanmaktadır. Bu hükümlerde, teyit yapılmadıkça mesafeli sözleşme akdedilmez denildiği için; ön bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirilmese de mesafeli sözleşmenin geçerli şekilde kurulduğu, ve ancak, teyit yükümlülüğü yerine getirilmedikçe, mesafeli sözleşmenin hükümlerini doğurmayacağı belirtilmiştir. Ancak, MSY m. 7 hükmünün, farklı lafzı karşısında, bu dördüncü görüşü kabul etmek, kanımca mümkün değildir.

Görüldüğü üzere, MSY m. 7 hükmünde, ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmaması hali için öngörülen yaptırımın, nasıl ele alınması gerektiği ile ilgili öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bunun sebebi MSY m. 7 hükmünün bizatihi kendisinden kaynaklanmaktadır. Atamer'in de kanımca haklı olarak ifade ettiği üzere, MSY m. 7 hükmü ile getirilen düzenleme, "*borçlar hukukundaki kavram ve kuralları hiçe sayarak*" oluşturulmaya çalışılan bir düzenlemedir³⁸⁴.

Yukarıda kısaca bahsettiğimiz öğreti görüşlerinin değerlendirilmesine gelirsek: Kanımca, açık lafzı itibarıyla MSY m. 7'deki "*kurulmamış sayılır*" tabirinden, olsa olsa, o sözleşmenin yok olduğunu anlamak gerekir. Hükmün açık lafzı karşısında, öngörülen yaptırımın *kesin hükümsüzlük* olarak nitelendirilmesi mümkün değildir, zira kesin hükümsüzlükten bahsedebilmemiz için, hukuk âleminde geçersiz de olsa kurulmuş bir hukuki işlemin varlığından söz edilmelidir³⁸⁵. Bu kapsamda, yukarıda açıklanan ikinci öğreti görüşüne katılmak mümkün değildir.

Lakin, yukarıda bahsedilen birinci görüşe de katılmak mümkün değildir zira *yokluktan*, ancak o işlemin kurucu unsurlarının eksikliği halinde bahsedilebilecektir. Halbuki TKHK m. 48 ve MSY m. 5 vd. hükümlerini bir bütün olarak yorumladığımızda, akla ve hukuk tekniğine uygun şekilde, tüketicinin vereceği teyidin mesafeli sözleşmeler için kanun ile getirilmiş bir kurucu unsur olarak nitelendirmek, kanımızca mümkün değildir. Zira, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması için önemli olan, tüketicinin bilgilendirilmesini ve aydınlatılmasını

³⁸³ Erten, s. 198-199; Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, s. 88-89; Gezder, **Mukayeseli Hukuk**, s. 199.

³⁸⁴ Atamer, s. 185.

³⁸⁵ Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1993, s. 378, 506; Antalya, s. 183, p. 656;

sağlayan bir ortam yaratmak ve böylelikle tüketicinin rasyonel kaideler dahilinde sözleşmeyi kurmasını sağlamaktır. Bu ise teyit ile değil, bizzat ön bilgilendirme yükümlülüğünün kendisi ile sağlanabilecektir. Ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesine yönelik genel bir yaptırım öngörülmemiş iken, bir yönetmelik hükmü ile teyit yükümlülüğünü mesafeli sözleşmeler için bir kurucu unsur olarak nitelendirmek, norm yaratma tekniğine uygun olmadığından kanımızca mümkün olmamalıdır.

Kaldı ki mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı tanınarak, tüketicinin olması gerektiği gibi bilgilendirilmediği hale binaen, mesafeli sözleşmenin etkilerinin ortadan kaldırılabilceği bir imkân, yani cayma hakkı, tüketiciye zaten tanınmaktadır. Eğer ki teyit yükümlülüğü getirilmesinin ardındaki amaç, bilgilendirilmemiş ve rasyonel davranamayan tüketicinin, mesafeli sözleşme ile bağlı olmasını engellemek ise bu zaten tanınan cayma hakkı ile sağlanabilecektir. Ayrıca amaç gerçekten tüketicinin bilgilendirmesini temin etmek ise veya bilgilendirilmemiş olmasının olumsuz sonuçlarının önüne geçmek ise, daha ölçülü bir şekilde, tıpkı MSY m. 8 hükmünde öngörülen yaptırım gibi, sadece tüketici tarafından ileri sürülebilen “*tek taraflı bağlamazlık*” şeklinde bir yaptırım öngörülmesi, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması amacına daha uygun ve hukuk tekniği açısından da daha doğru bir düzenleme olurdu³⁸⁶.

Tüm bu açıklamalar ışığında ise MSY m. 7 hükmünde öngörülen özel hukuk yaptırımının, yerinde ve tüketicinin korunması amacına uygun bir hüküm olduğunu söylemek mümkün değildir. Ortada, eTKHK döneminde olduğu gibi, bu teyit yükümlülüğünü ortaya koyan bir kanun maddesinden de söz edilmemektedir. Bu teyit yükümlülüğü, idarenin çıkardığı yönetmelik ile getirilmiştir. Bu çerçevede gerçekten de MSY m. 7 hükmü, olsa olsa idarenin ortaya koyduğu bir düzen hükmü olarak ele alınabilir. Bu çerçevede biz de yukarıda açıklanan üçüncü görüşe katılmaktayız ve MSY m. 7 hükmünde öngörülen yaptırımın ne yokluk ne de kesin hükümsüzlük şeklinde ele alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Amma velakin, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğine yönelik teyit yükümlülüğü, bir yönetmelik hükmü ile değil de, eTKHK döneminde olduğu

³⁸⁶ MSY m. 7 hükmünde öngörülen yaptırımı, MSY m. 8’de olduğu gibi *tek taraflı bağlamazlık* şeklinde ele alınması gerektiği yönünde bkz. Uzun Kazmacı, s. 2805.

gibi, bir kanun maddesi ile getirilse idi, bu halde bir adım daha ileri gitmek gerekirdi. Zira burada artık ortada, bir mesele ile ilgili olarak uygulanması gereken bir kanun hükmü olmasına karşın, uygulanacak kuralın sonuçları itibarıyla yöneldiği meselenin ruhuna uygun olmayan bir kanun hükmünden, ezcümle, *örtülü boşluktan* bahsedilecek idi. Gerçekten de böyle bir ihtimalde, artık kanun hükmünün açık lafzı karşısında, kanun koyucunun ön bilgilendirmenin teyidini bir kurucu unsur olarak ele almadığını söylemek, *kanun koyucu abesle iştigal etmez* kuralı dâhilinde mümkün olmayacaktı. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ön bilgilendirme yükümlülüğünün teyidini, mesafeli sözleşmeler açısından bir kurucu unsur olarak ele almak, çoğu zaman tüketicinin korunması amacına ters sonuçlar doğurabilecektir. Bu halde ise artık, kanun koyucunun ortaya koyduğu kuralın lafzı ile, kuralın amacı ve ruhu olan, tüketicinin korunması ilkesi ile ters düştüğü bir vaziyet meydana gelecek idi. Bu halde meseleyi önüne alan hâkim, her somut olay özelinde meseleyi değerlendirerek, ön bilgilendirme yükümlülüğünün teyidinin yapılmamasının yokluk yaptırımına tabi tutulmasının, tüketicinin korunması ile ters düştüğü hallerde, ortaya çıkan *örtülü boşluğu* TMK m. 1 hükmü uyarınca dolduracaktı. Kanımızca, böylesine bir halde ortaya çıkacak boşluk amaca uygun yorum yapılarak, yukarıda da bahsedilen MSY m. 8/1 hükmünde olduğu gibi, sadece tüketici tarafından ileri sürülebilecek *tek taraflı bağlamazlık* yaptırımının uygulanması şeklinde doldurulmalıdır³⁸⁷.

³⁸⁷ Uzun Kazmacı, s. 2805.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKI VE KORUNMASI

I- Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı

A. Tüketicie Cayma Hakkı Tanınmasının Nedeni ve Amacı

Açıktır ki sözleşme hukukunun temel kurallarından olan *pacta sunt servanda* ilkesi gereği, sözleşmeyi kuran kişinin (tüketicinin), şart ve koşullarını özgür ve sağlıklı iradesi ile kabul ettiği sözleşme ile bağlı olması gerekir. Ancak, TKHK m. 48 ve THD m. 9 hükmü ile tüketiciye cayma hakkı tanınması ile beraber, aslında mesafeli sözleşme ile bağlı olması gereken tüketicinin; kolay bir şekilde ve herhangi bir sebebe dahi bağlı olmadan sözleşme yükümlülüklerinden kurtulmasına imkân verilmektedir. Görülmektedir ki mesafeli sözleşmeler açısından, *pacta sunt servanda* ilkesinden bir sapılma, ayrılma söz konusudur³⁸⁸.

Tüketicie, cayma imkânı verilmesinin sebebi, “*bizatihi mesafeli sözleşmelerin, mesafeli niteliğinden*” gelmektedir³⁸⁹. Zira sözleşmenin, satıcının/sağlayıcının mağazasında değil de iletişim araçları kullanarak; tarafların maddi beraberlikleri bulunmaksızın, mesafeli şekilde kurabilmesinin bir yan etkisi olarak tüketici aleyhine ortaya çıkan sonuçların (örneğin edimi gözden geçirme ve gerçek değerini tespit etme imkânının çok kısıtlı olmasının), en nihayetinde sözleşme adaletini bozmaması için; tüketiciye cayma hakkı koruması sağlanmaktadır³⁹⁰. Cayma hakkı, sözleşmeye bağlılık ilkesini temin etmek ve devamlılığını sağlamak için ortaya konulmuştur.

³⁸⁸ Smits, s. 3.

³⁸⁹ Ayşen Çilenti Konuralp, “Elektronik Ürünler İçin Yapılan İnternet Satışlarında Cayma Hakkının Kullanılması ve Mutat Kullanım Kavramı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 4, Konya, 2021, s. 2736.

³⁹⁰ Baysal, s. 276-279.

Tüketici, mesafeli sözleşmeyi kurarken satıcıyla/sağlayıcıyla aynı ortamda fiziksel olarak bulunmaması, sözleşme konusu malı veya hizmeti, gerek sözleşmenin müzakeresi sürecinde gerekse de sözleşme kurulurken inceleme, deneyimleme ve gözden geçirme imkânı bulamaması sebebiyle, edineceği mal veya hizmet ile ilgili kendi tecrübeleri dâhilinde yeterince bilgiye ulaşamamaktadır. Ayrıca tüketicinin, hiçbir zaman satıcı/sağlayıcı ile fiziksel olarak bir araya gelmemesinden dolayı onlara ve sundukları mal ve hizmetlere karşı yeterince güven duyamaması da ihtimal dâhilindedir³⁹¹. Devamında ise tüketici, ekseriyetle, satıcının/sağlayıcının kendisine sağladığı bilgiler kapsamında hareket etmek zorunda kalmaktadır. Bu ise tüketicinin, satıcı/sağlayıcı karşısında zayıf ve karanlıkta kalmasına sebebiyet vermektedir. Bu sebeplerden dolayı ise tüketicinin, oldukça yoğun bir şekilde kendini gösteren bilgi asimetrisine maruz kalarak, mesafeli sözleşmeyi kurduğu bir ortamın doğmasına sebebiyet vermektedir³⁹². Tüketicinin böylesine bir ortamda kuracağı sözleşmenin, kendisine gerçekten fayda sağlayacağını söylemek zor olacaktır.

Tüketicinin içinde bulunduğu zayıf ve karanlıkta olan konumunu ve maruz kaldığı bilgi asimetrisini; onu mesafeli sözleşmeyi kurmasından evvel bilgilendirerek bir nebze olsun defetmek mümkündür. Ne de olsa bilgilendirilmiş tüketici, kendisi için neyin daha faydalı olduğunu anlamaya birazcık daha yaklaşacaktır. Ancak en elverişli seviyede yapılmış ön bilgilendirme dahi tüketicinin, mesafeli sözleşmeyi kurarken, sözleşme konusu mal veya hizmetten sağlayacağı faydayı tam olarak tespit etmesine, ezcümle, o mal veya hizmetin kendisi için gerçek değerini tayin etmeye yetmeyebilecektir zira tüketici bu tespiti, ancak kendisine teslim edilen malı veya sağlanan hizmeti görünce veya onu gözden geçirme imkânı bulunca, yapabilecektir³⁹³. Bu halde tüketiciye, mesafeli sözleşmeyi kurduktan sonra dahi sözleşmeden sağlayacağı faydayı anlayabilmesi adına bir ortam sağlamak gerekir.

³⁹¹ Gülşah İslamoğlu, “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 145, Eylül 2018, s. 120; Sariaççalı, s. 168.

³⁹² Patricia Sanchez Abril/Francisco Oliva Blazquez/Joan Martinez Evora, “The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: A Comparative Analysis of American and European Law”, **Indret Review on the Analysis of Law**, C. 3, 2018, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3260506), s. 32; Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 341; Avcı Braun, s. 19; Bütün Yılmaz, s. 338; Demir, **Geri Alma**, s. 66; Savaş Bozbel/Murat Atalı, “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, **AÜEHFD**, C.IX, S.1-2, 2005, s. 452; Uzun Kazmacı, s. 2801; Bozbel, s. 799; Baysal, s. 275, dn. 5; Çabri, s. 868.

³⁹³ Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, s. 26; Ben-Sharar/Posner, s. 116; Ben-Sharar ve Posner’a göre, tüketici mesafeli şekilde elde edeceği malın, kendisi için olan değerini ancak ve ancak, malı teslim aldıktan sonra belirleyebilecektir. Öyle ki tüketici, fiyatı satıcı/sağlayıcı tarafından belirlenen bir malı teslim aldıktan sonra incelediğinde, o malın kendisi için olan değerinin

Ayrıca günümüzde teknolojik imkânların gelişmesi ile beraber artık, mesafeli sözleşmelerin kurulması çok kolay hale gelmiştir. Bu ise, tüketicilerin üzerine çok düşünmeden ve hatta bazen aceleci bir tavır içerisinde girerek, kendilerini bedel ödeme borcu altına sokan sözleşme ilişkilerine girmelerine sebebiyet verebilmektedir³⁹⁴. İşte teknolojinin gelişmesinin bir sonucu olarak, mesafeli sözleşmelerin çok kolay kurulabilmesi de tüketicilerin cayma hakkı ile korunmasına sebebiyet vermektedir³⁹⁵. Zira tüketicinin bilgi asimetrisine maruz kalarak sözleşmeyi kurma tehlikesi, mesafeli sözleşmelerin çok kolay şekilde kurulabildiği bir ortamda, kendisini çok daha yoğun ve sık tekrarlanabilir şekilde gösterecektir.

İşte tüketicinin, mesafeli sözleşme ile edineceği mal veya hizmeti inceleyemiyor, gözden geçiremiyor oluşu hem de sözleşmeyi, uzaktan pazarlama sistemleri dâhilinde (satıcının/sağlayıcının mağazasında hiç bulunmadan) bilgi asimetrisine maruz kalarak akdetmesinden dolayı³⁹⁶, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı koruması sağlanmaktadır. Sonuç olarak mesafeli sözleşmelerde tüketicilere cayma hakkı tanınmasının sebebi, aşağıda belirtilen üç ana sebep etrafında toplanmaktadır:

- Tüketicinin bilgi asimetrisine maruz kalması,
- Tüketicinin satın aldığı malı veya hizmeti önceden inceleyememesi, bundan dolayı malın kendisi için gerçek değerini tespit edememesi ve
- Mesafeli sözleşmelerin, günümüz teknolojik imkânları ile artık çok kolay ve hızlı şekilde kurulabilmesi.

çok daha düşük olduğunun farkına verebilecektir. İşte böyle hallerde tüketiciye tanınan cayma hakkı ile tüketici, kendisi için nispeten değersiz olan bir malı edinmek zorunda kalmayacaktır.

³⁹⁴ Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, s. 165.

³⁹⁵ Baş Süzel, **Cayma**, s. 259.

³⁹⁶ Hizmet edimini içeren mesafeli sözleşmeler açısından aksi yönde Horst Eidenmüller, “Why Withdrawal Rights?”, **European Review of Contract Law**, Ed: Stefan Grundmann, C. 7, S. 1, De Gruyter Publications, 2011, s. 2; Steennot, s. 117: Yazara göre, hizmet edimini içeren mesafeli sözleşmeler açısından cayma hakkı tanıyarak tüketiciye, tüketicinin maruz kaldığı bilgi asimetrisinin etkilerini ortadan kaldırmak, çoğu zaman mümkün olmayacaktır, zira tüketici, hizmet edimini elde etme imkanı bulduğunda, mal teslimine ilişkin hallerde olduğunun aksine, bir incelemede veya gözden geçirmede bulunarak bilgi asimetrisinden kurtulamayacaktır. Bir başka ifade ile, hizmet edimine ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından, tüketicinin sözleşmeyi kurarken maruz kaldığı bilgi asimetrisi ile hizmet edimini elde etme imkanı bulduğu anda maruz kaldığı bilgi asimetrisi, çoğu zaman aynı olacaktır. Bu halde yazara göre, cayma hakkının temelinde, tüketicinin maruz kaldığı bilgi asimetrisi olduğunu söylemek, pek ikna edici değildir. İşte bu sebepten dolayı Steennot, özellikle hizmet edimine ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciye cayma hakkı tanınmasının ardında yatan sebebi, tüketicilere cayma hakkı tanıyarak Birlik içerisindeki sınırlar arası sözleşmeleri canlandırmak olduğunu ifade etmektedir.

Tüketiciye, mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı tanınarak ulaşılmak istenilen amaç ise şudur: Mesafeli sözleşme kurulduktan sonra, tüketiciye belirli bir süre için geçerli olacak şekilde, yukarıda üç noktada toplamış olduğumuz durumların olumsuz etkisinden kurtularak, kurmuş olduğu mesafeli sözleşme ile gerçekten bağlı olup olmak istemediğini anlaması ve bu çerçevede rasyonel bir karar verebilmesi için bir düşünme imkânı (*cooling-off period*) vermektir³⁹⁷. Tüketici, mesafeli sözleşme ile elde edeceği mal veya hizmetin, kendisi için gerçek değerini de bu düşünme imkânı için verilen süre çerçevesinde anlayabilecektir³⁹⁸. Hatta tüketici, mesafeli sözleşmenin mal teslimine ilişkin olması halinde, cayma hakkı süresi mal teslimi ile beraber başlayacağı için, malı bizzat eline alarak, inceleyebilecek ve gözden geçirebilecektir. Buna karşın tüketici, eğer ki mesafeli sözleşmeyi akdetmek noktasında bir pişmanlık duymuş ise, artık cayma hakkını kullanarak herhangi bir sebep göstermesi veya satıcının/sağlayıcının kusurunun varlığını aramaksızın, mesafeli sözleşmenin bağlayıcılığından kurtulabilecektir.

B. Cayma Hakkının Hukuki Niteliği

1- Genel Olarak

Tüketiciye tanınan cayma hakkı ile tüketici, kendi iradesi ile kurmayı kabul etmiş olduğu ve bağlayıcılığı bulunan mesafeli sözleşmeyi; herhangi bir haklı sebebe, hatta bir sebep sunmasına dahi gerek olmaksızın, bir tazminat veya cezai bedel ödmeden, geçmişe etkili olacak şekilde sonlandırma imkânına sahip olur³⁹⁹. Bu kapsamda, cayma hakkının kullanılması tamamen tüketicinin takdirine bağlanmıştır⁴⁰⁰.

Mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı, kullanılması ile taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini sonlandırma kabiliyetini haizdir. Nitekim öğretilde de cayma hakkı (veya geri alma hakkı), hükümlerini doğmuş ve etkisini göstermeye başlamış bir hukuki işlemi sona erdiren bir hak olarak tanımlanmıştır⁴⁰¹. Cayma hakkından bahsedebilmek adına, kurulmuş olan sözleşmenin hükümlerinin doğmuş ve etki alanı bulmuş olması önemlidir. Buna göre cayma hakkı, tüketicinin ileri süreceği tek

³⁹⁷ Eidenmüller, s. 14; Gezder, *Erzurumlu Şerhi*, s. 165.

³⁹⁸ Luzak, s. 96.

³⁹⁹ Akipek, s. 52.

⁴⁰⁰ Ben-Sharar/Posner, s. 119.

⁴⁰¹ Şebnem Akipek, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999, (Tüketici Kredisi) s. 323.

tarafı beyanıyla satıcı/sağlayıcı ile olan sözleşme ilişkisini sona erdiren, bozucu yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilmiştir⁴⁰².

2- Hakkın Nitelendirmesine İlişkin Farklı Görüşler

Cayma hakkının niteliği ve bu hakkı tanımlarken hangi tabirin kullanılması gerektiği ile alakalı farklı görüşler mevcuttur. Tüketicinin bu hakkı için, TKHK m. 48/4 ve MSY m. 9 düzenlemesinde olduğu gibi “cayma hakkı” tabirinin kullanılmasını yerinde bulan azınlık görüşü⁴⁰³ karşısında; her ne kadar bu maddenin lafzında “cayma hakkı” tabiri kullanılmış olsa da aslında burada teknik olarak bir “geri alma” hakkından bahsedilmesi gerektiğini söyleyen çoğunluk görüşü bulunmaktadır⁴⁰⁴. Öğretideki bu iki görüşün yanı sıra, tüketiciye TKHK m. 48 uyarınca tanınan hakkın ne cayma hakkı ne de geri alma hakkı olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğunu ifade eden ve sonuçları itibarıyla tüketicinin bu hakkını, “aynı dönme teorisi” çerçevesinde değerlendirilmesi gereken “dönme hakkı” olarak nitelendiren bir üçüncü görüş de mevcuttur⁴⁰⁵. Belirtilmesinde fayda vardır ki THD m. 9 hükmünde, “geri alma” şeklinde Türkçeye çevirisi yapılabilecek⁴⁰⁶ “right of withdrawal” ibaresi kullanılmaktadır. Tüketiciye TKHK m. 48/4 ve MSY m. 9 vd. hükümlerinde tanınan cayma hakkı için hangi tabirin kullanılmasının yerinde olduğu ile alakalı olan bu görüşler, aşağıda incelenmiştir.

a- Geri Alma Hakkı Olduğunu İleri Süren Öğreti Görüşü

TKHK m. 48/4 ve MSY m. 9 vd. hükümleri çerçevesinde tüketiciye tanınan cayma hakkının, esasında bir geri alma hakkı olduğunu ileri süren çoğunluk görüşü, bu hakkın niteliği ve sonuçları itibarıyla, cayma hakkı olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedir. Geri alma hakkı, dönme veya fesih

⁴⁰² Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 225-226; Bütün Yılmaz, s. 338; Serozan, **Dönme**, s. 124; Yazar, geri alma hakkı olarak değerlendirdiği bu hakkı çok yönlü olumsuz yenilik doğurucu hak olarak nitelendirmektedir.

⁴⁰³ Baysal, s. 274, dn. 2; Topaloğlu, **Milli Şerh**, s. 787; Arslan, s. 156-157.

⁴⁰⁴ Serozan, s. 137 vd.; Akipek, **Tüketici Kredisi**, s. 321; Çağlar Özel, **Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketicini Koruyan Geri Alma Hakkı**, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999, (Geri Alma) s. 168; Çabri, s. 882; Yıldırım, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 211; Uzun Kazmacı, s. 2806; Bütün Yılmaz, s. 339.

⁴⁰⁵ Erten, s. 50-51; Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, 1998 Baskısından Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, 2014, s. 70-71, dn. 22.

⁴⁰⁶ Erten, s. 48, dn. 168.

haklarından farklı; ancak, dönme ve fesih haklarının tamamlayıcısı işlevini haiz bir haktır⁴⁰⁷. Ayrıca geri alma hakkı, dönme hakkında olduğunun aksine, “*karşılıklı sözleşmelerin her iki yanının çatışan eş değerdeki çıkarlarını dengelemek, karşılıklı edimler arasındaki görevsel bağlılığı korumak ve sözleşenleri beklenmedik sözleşme sarsıntıları karşısında bağıttan kurtarmak*” değil; bir sözleşme tarafının, sözleşme kurulurken içerisinde bulunduğu korumaya değer özel durumdan dolayı, o tarafı, kurulan sözleşme ile bağlı kalmaktan kurtaracak bir haktır⁴⁰⁸. Bu kapsamda da geri alma hakkının, ekseriyetle, sözleşmenin bir tarafına tanındığı görülmektedir⁴⁰⁹.

Hukukumuzda geri alma hakkının tanındığı haller çeşitlilik göstermektedir. Geri alma hakkının düzenlendiği hallere, TBK m. 10’daki önerinin ve kabulün geri alınması; TBK m. 42’deki temsil yetkisinin geri alınması ve TBK m. 295’deki bağışlamanın geri alınması örnek gösterilebilir. Ancak, bu düzenlemelerde, hakkın tanımına yönelik genel bir ifade bulunmamaktadır. Öğretiye bakıldığında geri alma hakkının tanındığı hallerin hepsini kapsayacak şekilde bir geri alma hakkı tanımının yapıldığına da rastlanmamaktadır⁴¹⁰. Bununla beraber, çoğunluk görüşünü savunan yazarlardan Özel’e göre geri alma hakkı, “*çok yönlü bir olumsuz yenilik doğurucu hak*” olduğu şeklinde nitelendirilmektedir⁴¹¹. Bu noktada, cayma hakkı da tüketicinin sözleşme düzleminden doğan yükümlülüklerinden kurtulmasına sebebiyet verecek nitelikte yenilik doğuran bir haktır⁴¹².

Cayma hakkı ise kullanılması ile beraber, borçlandırma işleminin yanında, sözleşmedeki tasarruf işlemini de ortadan kaldıran⁴¹³ bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu kapsamda cayma hakkı, tasarruf işlemine etki eden bir mahiyete sahiptir⁴¹⁴. Bu hakkını ileri süren taraf, ayrıca başka bir işlem veya muameleye gerek olmaksızın hakkın sonuçlarına kavuşmuş olur⁴¹⁵. Bu hale örnek olarak ise genel olarak fikri hakların devrine ilişkin sözleşme ilişkilerinden olan yayın sözleşmesi

⁴⁰⁷ Serozan, 123.

⁴⁰⁸ Serozan s. 124.

⁴⁰⁹ Serozan s. 125.

⁴¹⁰ Buz, s. 89.

⁴¹¹ Özel, **Geri Alma**, s. 74.

⁴¹² Buz, s. 89. Belirtmek gerekir ki geri alma hakkının yenilik doğurucu niteliği, kendisini farklı şekillerde göstermektedir. Kullanılması ile bir ilişkiyi sona erdirmesi açısından bu hak “bozucu yenilik hak” olarak nitelendirilecek iken; sözleşme ilişkisini tasfiye ilişkisine döndürmesi sebebiyle de aynı zamanda değiştirici yenilik doğuran hak niteliğini taşır.

⁴¹³ Akipek, **Tüketici Kredisi**, s. 321; Sağlam, s. 141, dn. 386.

⁴¹⁴ Uzun Kazmacı, s. 2806.

⁴¹⁵ Serozan, s. 137.

örnek olarak gösterilmektedir⁴¹⁶. Bu görüş, cayma hakkının esasen, tasarruf işlemi üzerinde hukuki etkiyi haiz olduğunu ifade etmektedir⁴¹⁷. Serozan'ın bu çerçevede cayma hakkı ile ilgili yaptığı nitelendirme “*borçlanma işlemine özgü dolaylı etkileri bulunan dönme hakkının, geniş anlamda tasarruf işlemine dolaysız (yani doğrudan) bir güçle etkili kılınmış türü*” şeklindedir⁴¹⁸. Hâlbuki TKHK m. 48/4 ve MSY m. 9 vd. hükümlerinde yapılan düzenlemelere bakıldığında ise, bu hakkın kullanılması ile mesafeli sözleşme ilişkisi dâhilinde yapılmış tasarruf işlemlerinin hukuki akıbetine yönelik ayrı bir düzenlemenin yapılmadığı görülmektedir.

TKHK kapsamında tüketiciye tanınan bu hakkın somut olarak nitelendirmesini yapan, çoğunluk görüşünü savunan yazarlardan Akipek'e göre ise tüketicinin korunması hukuku çerçevesinde tüketiciye tanınan cayma (geri alma) hakkında, tüketicinin ortaya koymuş olduğu öneri veya kabul beyanını geri alarak, sözleşme ile bağlı olmaktan kaçınabilme imkânı tanıyan bir haktan bahsedilmektedir⁴¹⁹. Geri alma hakkının da ekseriyetle, irade beyanları bakımından öngörüldüğü nazara alındığında⁴²⁰; bu çerçevede mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınan cayma hakkının esasında bir geri alma hakkı olduğu akla gelebilecektir. Bu husus, mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin, satıcının/sağlayıcının kişiliğini bilmemesi, satın alacağı mal veya hizmeti önceden inceleyememesi ve bu kapsamda mesafeli sözleşmeyi kurarken yanlış şekilde iradesini oluşturma ihtimalinin yüksek olduğu varsayımı ile beraber değerlendirildiğinde de perçinleşmektedir⁴²¹. TKHK m. 48 çerçevesinde tüketiciye tanınan cayma hakkı düzenlemesinin, öğretide genel olarak geri alma hakkı için yapılan; geri alma hakkının (i) bozucu yenilik doğuran nitelikte olma, (ii) kullanılmak ile tükenme, (iii) feragat edilememe ve (iv) belirli bir süre içerisinde kullanılma gibi nitelendirilme kriterlerine uyduğu da göz önünde tutulduğunda; çoğunluk görüşüne göre, tüketiciye tanınan bu hak için *cayma hakkı* tabirinin değil; *geri alma* tabirinin kullanılması gerekir⁴²². Bu belirtilenler ışığında,

⁴¹⁶ Akipek, **Tüketici Kredisi**, s. 321, dn. 132; Sağlam, s. 141, dn. 386.

⁴¹⁷ Serozan, s. 145-146; Mehmet Demir, **Kapıdan İşlemlerde Tüketicinin Korunması ve Geri Alma Hakkı**, Ankara, Turhan Kitabevi, Ocak 2003, (Kapıdan İşlemlerde Geri Alma), s. 275.

⁴¹⁸ Serozan, s. 135.

⁴¹⁹ Akipek, **Tüketici Kredisi**, s. 321 dn. 132.

⁴²⁰ Buz, s. 89; Erten, s. 51: *Dar anlamda “geri alma hakkı”, sözleşmeyi kuran kişinin iradesinin geri alınması olarak tanımlanmaktadır.”*

⁴²¹ Baş Süzel, **Cayma**, s. 258.

⁴²² Özel, **Geri Alma**, s. 74; Emrehan İnal, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması ve Buna İlişkin Güncel Gelişmeler”, **Uluslararası Hukuk Sempozyumu Metinler Kitabı**, İstanbul, 2013, (Sempozyum) s. 127; Emine Aslı Küçükaydın, **Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2018, s. 42.

çoğunluk görüşü ve yaptığı hukuki nitelendirme nazara alınır, TKHK m. 48’de ve MSY m. 9’da mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciye tanınan ve mesafeli sözleşme ile bağlı olmaktan tüketiciyi kurtaran hakkın, esasında geri alma hakkı olduğu söylenmelidir. Zira burada tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulmasına yönelik satıcıya/sağlayıcıya iletmış olduğu kabul veya öneri beyanını geri almaktadır; böylelikle de kurulmuş olan mesafeli sözleşme ve etkileri, hukuk düzleminde geri alınmaktadır.

b- Cayma Hakkı Tabirinin Kullanılması Gerektiğini İleri Süren Öğreti Görüşü

Yukarıda açıklanan çoğunluk görüşüne karşılık; tüketiciye tanınan bu hakkın geri alma hakkı olarak nitelendirilmesinin yerinde olmayacağını söyleyen bir azınlık görüşü de mevcuttur⁴²³. Bu azınlık görüşüne göre, cayma hakkının kullanılması halinde; tüketicinin sözleşmeyi oluşturan öneri – kabul beyanının geri alınmasından bahsetmek mümkün değildir. Burada sözleşmeye bağlılık ilkesi gereği sözleşmenin hüküm ve sonuçları ile bağlı olması gereken tüketicinin, somut olarak tüketici sözleşmesinde tarafların içerisinde bulunduğu konum itibarıyla, adaletsizliğin ve eşitsizliğin vuku bulmasından dolayı, sözleşmeden caymasından bahsedilmektedir⁴²⁴.

Meseleye etimolojik olarak da yaklaşan bu azınlık görüşü yazarlarından Baysal’a⁴²⁵ göre, cayma tabirinin mahiyetini ortaya koyarken, cayma hakkı ile sözleşmeye bağlılık ilkesinin ilintisi (ve aralarındaki nüans) nazara alınmalıdır. Bu kapsamda cayma hakkı, sözleşmeye bağlılık ilkesini temin etmek ve devamlılığını sağlamak için ortaya konulmuştur ve buna göre, sadece ortada kurulmuş bir sözleşmenin mevcut olması halinde, sözleşmeye bağlılık ilkesi etki alanı bulacaktır. Cayma hakkı da bu durumla ilintili olarak, sadece ortada tarafları bağlayıcı bir sözleşmenin var olması halinde söz konusu olacaktır. Nitekim, genel olarak geri alma hakkının varlığından bahsedilen bir halde, ortada kurulmuş bir sözleşmeden

⁴²³ Baysal, s. 274, dn. 2; Selin Sert Sütçü, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı**, 1. Baskı, Ankara, Temmuz 2016, s. 11.

⁴²⁴ Baysal, s. 276-279.

⁴²⁵ Baysal, s. 274 dn. 2: Yazara göre “caymak” tabiri, “sözünden, kararından dönmek, vazgeçmek” anlamına karşılık gelir iken “geri alma” tabiri ise “verdiğini almak” anlamına gelir, ve bu hususlar da hangi tabirin kullanılacağı noktasında nazara alınmalıdır.

bahsedilmesi hukuken de mümkün değildir⁴²⁶. Bu azınlık görüşüne göre, TBK m. 10 hükmündeki düzenlemeden de hareketle, “geri alma” tabirinin; henüz ortada kurulmuş bir sözleşme yok iken, tarafların öneri ve kabul beyanları henüz birleşmemişken, irade beyanının geri alınması halinde kullanılması yerinde olacaktır⁴²⁷. Hâlbuki tüketicinin korunması hukukunda tüketiciye tanınan hakkın kullanılabilmesi için ortada geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin olması zorunludur. Bu çerçevede, bu azınlık görüşüne göre, TKHK m. 48 ve MSY m. 9 çerçevesinde tüketiciye tanınan hakkın, geri alma hakkı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda azınlık görüşüne göre, TKHK m. 48/4 ve MSY m. 9 çerçevesinde tüketiciye tanınan hak için; cayma hakkı tabirinin kullanılması yerindedir.

c- Aynı Etkili Dönme Hakkı Olarak Nitelendiren Öğreti Görüşü

Tüketiciye tanınan cayma hakkı ile ilgili olarak hangi tabirin kullanılması gerektiği meselesinde, tüketiciye sözleşme ilişkisini sonlandırma imkânı veren bu hakkın; bu hakka bağlanan sonuçları itibarıyla, “cayma hakkı” veya “geri alma hakkı” olarak nitelendirilmesinin isabetsiz olduğunu söyleyen bir üçüncü görüş de öğretilde mevcuttur⁴²⁸. Bu üçüncü görüşe göre, tüketicinin bahsedilen bu hakkı; sözleşmeden, “ayni etkili dönme teorisi” çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir dönme hakkı olarak ele alınmalıdır.

Bu görüşü savunan yazarlara göre tüketiciye tanınan cayma hakkının, geri alma hakkı olarak nitelendirilmesi halinde, hakkın kullanımı sonrasında oluşacak hukuki durumun, Türk hukuku açısından, adil ve mesafeli sözleşme taraflarının menfaat dengesine uygun sonuçlar doğurmayacağı ifade edilmiştir⁴²⁹. Yukarıda açıkladığımız çoğunluk görüşüne göre tüketiciye tanınan hakkın “geri alma hakkı” olarak

⁴²⁶ Erten, s. 51: Belirtilmesinde fayda vardır ki yazar, ne cayma hakkı tabirinin ne de geri alma tabirinin, hukuken yerinde bir kullanım olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı tabiri yerinde olacaktır. Bununla beraber, tüketicinin sözleşme ilişkisini ortadan kaldıracak bu hakkını kullanabilmesi öncelikli olarak, kurulmuş bir sözleşmenin varlığı gerekir. Bu kapsamda da yazar, “geri alma” hakkı tabirinin, hukuken doğru ve kabul edilebilir bir tabir olmadığına altını çizmektedir.

⁴²⁷ Erten, s. 51. Buna karşılık öğretilde, geri alma hakkının bazı hallerde geçerli olarak kurulmuş sözleşmeler için de öngörüldüğü ve bunların “atipik özel durumlar” olarak nitelendirildiği ile alakalı olarak bkz. Buz, s. 90 dn. 115.

⁴²⁸ Buz, s. 70-71 dn. 22; Erten, s. 50-51.

⁴²⁹ Erten, s. 210-211.

nitelendirilmesi halinde, Türk hukuku açısından, sözleşme ilişkisi geriye etkili olacak şekilde çözülecek; ve bu halde artık sözleşme ilişkisinin ortadan kalkması ile, taraflar arasındaki tasfiye ilişkisine, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır⁴³⁰. Bu üçüncü görüşü ileri süren yazarlardan olan Erten'e göre, Alman hukuku açısından tüketiciye tanınan bu hakkın "*geri alma hakkı*" olarak nitelendirilmesinin Türk hukukuna doğrudan uygulanması da mümkün değildir⁴³¹. Zira Alman hukukunda dönme hakkının sonuçları ile ilgili olarak; sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdiren ve taraflar arasında oluşan tasfiye ilişkisini sebepsiz zenginleşme hükümlerine bağlayan "*klasik dönme teorisi*" değil; dönme hakkının kullanılması ile sözleşmenin muhteva değiştirerek, sözleşme taraflarının edimleri iade yükümlülüklerini "*ters konulu sözleşme ilişkisine*" çeviren "*dönüşüm teorisi*" benimsenmiştir⁴³². Ancak, Türk hukukunda "*klasik dönme teorisi*" benimsenmemektedir⁴³³. Bu kapsamda, tüketiciye tanınan bu hakkın, "*geri alma hakkı*" şeklinde nitelendirilmesi halinde, mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciye teslim edilmiş malın (yani tasarruf işleminin hukuki sonuçları) tüketiciye intikal etmiş mülkiyeti, hakkın kullanılması ile, doğrudan doğruya – gerisin geri satıcıya/sağlayıcıya geçmeyecektir.

Bu üçüncü görüşe göre, çoğunluk görüşünün yaptığı nitelendirmenin kabulü halinde, sözleşmenin tasfiyesine uygulanacak sebepsiz zenginleşme kuralı (TBK m. 79/1) uyarınca; tarafların kendilerine yapılmış ifadan sadece ellerinde kalanı diğer tarafa iade etme borcu doğacaktır⁴³⁴ ki bu durum, özellikle mesafeli sözleşmeler açısından, sözleşme taraflarının menfaat dengesine uygun sonuçlar doğurmaz⁴³⁵. Gerçekten de, mesafeli sözleşmeler açısından mesele incelendiğinde, kullanılması herhangi bir sebebin veya satıcının/sağlayıcının kusurunun varlığına bağlı olmayan hakkın kullanılması halinde satıcı/sağlayıcı, tüketiciye önceden ifa etmiş bulunduğu

⁴³⁰ E. İnal, s. 188; Serozan, s. 125: "*Oysa, geri alma işleminin (istisnaen) yarattığı geri verme yükümleri, "haksız zenginleşme" niteliğindedir*".

⁴³¹ Erten, s. 210-212.

⁴³² Klasik (eski) dönme ve dönüşüm (yeni) dönme teorisi ve bu teorilerin iade yükümlülüğünün kapsamına etkili sonuçları ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. Ayşe Tuba Akçura Karaman, "Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1, İstanbul, Ocak 2018, s. 301-305.

⁴³³ Buz, s. 134; Buna karşın Yargıtay HGK'nın sözleşme taraflarının iade yükümlülüklerinin kapsamını belirlerken, "*dönüşüm teorisi*" çerçevesinde kararını oluşturduğu içtihatlarla rastlanmaktadır. Bknz. YHGK, E. 2010/13-93, K. 2010/88, T. 17.02.2010(www.lexpera.com.tr – Erişim Tarihi 20.08.2022); YHGK, E. 1966/T-1728, K. 1966/6, T. 06.01.1968.

⁴³⁴ TBK m. 79/1: "*Sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür*".

⁴³⁵ Erten, s. 211.

edimine olduğu gibi kavuşamama riski ile yüz yüze olacaktır⁴³⁶. Tüm bu değerlendirmeler ışığında ise, bu üçüncü görüşe göre, TKHK m. 48/4 ve MSY m. 9 çerçevesinde tüketiciye tanınan hakkın, “*geri alma hakkı*” olarak nitelendirmesi yerinde olmayacaktır.

Mesafeli sözleşmelerde tüketicilere tanınan cayma hakkının hukuki nitelendirilmesi yapılırken, yukarıda bahsi geçen sakıncaların oluşmaması için ise Erten’e göre, mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciye tanınan bu hak, “ayni etkili dönme teorisi” çerçevesinde ele alınması gereken bir dönme hakkı olarak nitelendirilmelidir. Zira yukarıda satıcı/sağlayıcı açısından olumsuzluk yaratan hukuki sakınca, “*aslında klasik dönme teorisinin ayni ilişkiye etkisizliğinden*” kaynaklanmaktadır⁴³⁷. Yazara göre, Türk kanun koyucusunun, cayma hakkı tabirini kullanmasındaki sebep, klasik anlamdaki dönmeden daha geniş bir şekilde, sadece borçlandırıcı işleme yönelik değil, geçersiz kılınan borçlandırıcı işleme dayalı yapılmış tasarruf işlemi de geçersiz kılacak şekilde etki alanına sahip olmasını sağlamaktadır. Bununla beraber, Türk kanun koyucusunun öngördüğü ve dönme hakkının daha geniş etkiye sahip hali olan cayma hakkının sonuçlarının, klasik dönme teorisi çerçevesinde değerlendirildiği hal; yukarıda da açıklandığı üzere, sonuçları itibarıyla adil sonuçlar doğurmaz.

Mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciye tanınan cayma hakkının, esasında ayni etkili dönme teorisi çerçevesinde değerlendirilen bir dönme hakkı olarak nitelendirilmesi halinde ise bu görüşe göre; hakkın kullanılması ile, dönme işlemi ayni etkiyi de haiz olacak ve tüketicinin elinde bulunan, satıcı/sağlayıcı tarafından teslim edilmiş malın mülkiyeti, kendiliğinden satıcıya geçecektir. Bu kapsamda da ayni etkili dönme teorisinin kabul edilmesi ile artık taraflar, sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde sadece ellerinde kalanı geri vermekle değil; daha adil bir sonuca sebebiyet verecek şekilde ve sebebe bağlılık ilkesi çerçevesinde, önceden verilen malın zilyetliğini iade etmekle yükümlü olacaktır⁴³⁸. Bu çerçevede, bu üçüncü görüşe göre, TKHK m. 48/ ve MSY m. 9 hükümleri de nazara alındığında, esasında burada bir geri alma hakkının değil; ayni etkili dönme teorisi çerçevesinde değerlendirilecek bir dönme hakkı düzenlenmiştir.

⁴³⁶ Erten, s. 211; ayrıca bkzn. Serozan, s. 81.

⁴³⁷ Erten, s. 211.

⁴³⁸ Erten, s. 211-212.

Kanımca, tüketiciye TKHK m. 48 ve MSY m. 9 ile tanınan hakkın hukuki nitelendirmesini yaparken, hakkın kullanılması halinde ortaya çıkacak sonuçlar itibarıyla meseleyi değerlendiren üçüncü görüşün yaklaşımı nazara alınmalıdır. Özellikle, MSY m. 12 ve m. 13 (THD m. 13, 14) hükümleri uyarınca hakkın kullanılmasının sonucu olarak taraflara yüklenen karşılıklı iade borçlarının kapsamına baktığımızda da özellikle; satıcının/sağlayıcının iade borcu açısından, tüketicinin mesafeli sözleşme tahtında satıcıya/sağlayıcıya ödemiş bulunduğu bütün ödemelerin iadesinin sağlanmasına yönelik olduğu ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, tüketicinin iade borcu açısından meseleye baktığımızda da her ne kadar tüketicinin mutaat kullanımı aşan kullanımları hakkın ileri sürülmesine engel olmasa da sadece elinde kalanı geri vermekle değil; aynı zamanda mutaat kullanımı aşan kullanım sonucu ortaya çıkan değer azalmalarından da tazminat sorumluluğunun doğacağı görülmektedir. Kanımca, iade borçlarına ilişkin MSY düzenlemeleri ile esas amaçlananın, mesafeli sözleşme taraflarını mümkün olduğunca sözleşmenin kurulmasından evvelki hale getirilmesi olduğunu kabul etmek gerekir. Bu çerçevede, MSY m. 12 ve m. 13 (THD m. 13, 14) ile ortaya çıkarılan iade yükümlülüklerinin, sadece tarafların elinde kalanı vermesine yönelik olması değil de, daha geniş kapsamlı olarak, bütün edimlerin mümkün olduğunca gerisin geri taraflara dönmesi amaçlandığından, bu hakkın nitelendirilmesinin, üçüncü görüşün belirttiği gibi, “*ayni etkili dönme teorisi*” çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir dönme hakkı olarak yapılması yerinde olacaktır.

Varılan bu sonuç çerçevesinde, tüketici tarafından cayma hakkının ileri sürülmesi ile mesafeli sözleşme, geriye etkili olacak şekilde sona erecek ve sözleşmenin ifası çerçevesinde tüketiciye zilyetliği ve mülkiyeti teslim edilmiş malın mülkiyetini, artık haiz olamayacaktır. Bu kapsamda, satıcının MSY m. 13/1 uyarınca sahip olduğu iade talep hakkı, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirilmeyecektir; zilyetliğin iadesi çerçevesinde ele alınması gereken “*ayni iade talebini*” içerecektir⁴³⁹.

⁴³⁹ Akçura Karaman, s. 289.

3- Emredici Nitelikte Olması

Mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı tanıyan TKHK m. 48 hükmü, emredici bir düzenlemedir. Zira Türk hukuku açısından tüketicinin korunmasına yönelik hukuk kuralları emredici niteliktedirler⁴⁴⁰ ve cayma hakkı, mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin korunmasını sağlayan en önemli hukuki müesseselerden biridir⁴⁴¹. Bu kapsamda tüketicinin cayma hakkını ortadan kaldıran veya cayma hakkının kullanım süresini kısaltan mesafeli sözleşme hükümleri muteber değildir⁴⁴². Bununla beraber, özellikle Avrupa Birliği hukukundaki birincil düzenleme olan THD açısından, cayma hakkının emredici ve tüketiciye tanınmasının zorunlu olması eleştirilmektedir⁴⁴³. Aşağıda, bu eleştirilere değinilmiştir.

Cayma hakkının zorunlu tutulması ile, satıcı/sağlayıcı nezdinde bir takım ek riskler ve masraflar doğacağı açıktır. İşte öğretide, doğacak bu masraf ve risklerin satıcı/sağlayıcı tarafından, sözleşmeye konu mal veya hizmetin sipariş bedeline eklenmek suretiyle, en nihayetinde tüketiciye yükletileceğinden, cayma hakkının etkinliğinin azaltılacağından bahsedilmiştir⁴⁴⁴. Cayma hakkının, mesafeli sözleşmeler açısından emredici ve zorunlu olmasını eleştiren bu görüşe göre, cayma hakkı korumasını, tüketicilerin rasyonel kararlar vermesi için güvenli bir liman yaratmakla temellendirmek mümkün değildir. Bundan ziyade, cayma hakkının tüketicilere tanınmasının ardında yatan sebep: Tüketicinin, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce bilgi asimetrisine maruz kalıyor olması ve tüketicinin satın alacağı mal veya hizmeti önceden inceleyemiyor oluşudur⁴⁴⁵. Bu sebeple de esasında tüketiciye tanınan cayma hakkı; malı veya hizmeti incelemeyen mesafeli sözleşme ilişkisi içine girmek isteyen tüketici için “karşılığı ödenmesi gereken bir imtiyaz mahiyetinde” olmalıdır.

⁴⁴⁰ Sirmen, s. 2468: “Tüketici hukukunun en önemli özelliklerinden biri de, bu hukuk dalının tüketici sözleşmelerini düzenleyen özel hukuk nitelikli kurallarının dahi emredici kurallar olmasıdır.”; Aydoğdu/Kahveci, s. 47: Tüketicinin korunmasına yönelik getirilen kurallar, tüketici lehine olacak şekilde değiştirilebildiği için “tüketici lehine nispi emredici” tabiri de kullanılmaktadır.

⁴⁴¹ Baysal, s. 281.

⁴⁴² Çabri, s. 882; Baş Süzel – Cayma, s. 260; Yücedağ Göztepe, s. 670; Çilenti Konuralp, s. 2751.

⁴⁴³ Bu eleştiriler için bkz. Steennot, s. 116-117;

Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann s. 8-9 ve 19 vd.

⁴⁴⁴ Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, s. 8; Luzak, s. 92.

⁴⁴⁵ Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, s. 8.

Buradan hareketle bu görüşe göre, mesafeli sözleşme ile elde edeceği mal veya hizmeti inceleme gayesinde olmayan, incelemeye ihtiyaç duymayan, cayma hakkının sağladığı korumadan menfaat sağlamayacak tüketicileri nazara almadan; doğrudan bir genel kural olarak, bütün mesafeli sözleşmeler için tüketiciye cayma hakkı tanınması yerinde değildir. Tüketicilere cayma hakkı tanınmasının zorunlu olmasından dolayı satıcılar/sağlayıcılar, kendi nezdinde ortaya çıkan ek masrafları ve mali riskleri, tüketicilere yükleyecek şekilde davranacaklardır. En nihayetinde tüketiciye yükletilecek olan ek masraf ve risklerin; satın alacağı mal veya hizmeti incelemek istemeyen veya bu incelemeye ihtiyaç duymayan tüketicilere de yükletilmesinin doğru olmayacağı; bu sebeple de gerçekten cayma hakkını kullanmak isteyecek tüketicilerin, parasal karşılığını ödeyerek cayma hakkının tanıdığı korumadan faydalanması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁴⁶. Bu görüşe göre, mesafeli sözleşme çerçevesinde edineceği malı; fiziksel olarak mağazaya gidip yerinde incelemeyi seçmeyen tüketicinin; cayma hakkı korumasından yararlanmak istememesi ihtimalinin de nazara alınması gereklidir.

Ancak öğretilde, cayma hakkının zorunlu olmasını eleştiren bu görüşün, her zaman yöneldiği sonuca varacağını söylemek, fiiliyatta, mümkün olmaz. Her şeyden evvel, satıcıların/sağlayıcıların; cayma hakkının zorunlu olmadığı bir ihtimalde, cayma hakkından faydalanmak isteyecek olan tüketiciye bu hakkı yüksek bir bedelle sunmak istemesi oldukça mümkündür⁴⁴⁷. Bu durum ise, gerçekten korunmaya ihtiyacı olsa bile tüketicinin, cayma hakkı için öngörülecek bu ek bedeli ödemekten imtina etmesine sebebiyet verebilecektir. Hâlbuki tüketiciler nezdinde bir ayırım yapmaktansa, bütün tüketicileri bir tutup; cayma hakkının tanınmasından doğan ek masraf ve risklerin bütün tüketicilere eşit bir şekilde dağıtılması halinde, her bir tüketicinin katlanacağı bu ek masraf ve risk daha düşük olacaktır⁴⁴⁸. Ayrıca, bu hakkın emredici olmaması ihtimalinde, satıcıların/sağlayıcıların, tüketiciler tarafından karşılığı teklif edilse dahi, cayma hakkını tüketicilere tanımadıkları bir pozisyona girmeleri de oldukça muhtemeldir. Zira tacir olan satıcının/sağlayıcının; bir satışı yaptıktan ve genellikle de sözleşmenin kurulması ile satış bedelini temin ettikten sonra; mesafeli sözleşme ilişkisini, herhangi bir sebep ve kusura gerek olmaksızın sonlandırabilecek kabiliyetteki bu hakkı tanımaya yanaşmamaları, olağan

⁴⁴⁶ Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, s. 8.

⁴⁴⁷ Baş Süzel, **Cayma**, s. 260, dn. 9.

⁴⁴⁸ Baş Süzel, **Cayma**, s. 260.

olacaktır. Tüm bunlar çerçevesinde, cayma hakkının emredici ve zorunlu olması, mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin korunması noktasında gereklidir.

II- Tüketicinin Cayma Hakkının Kullanması

A. Cayma Hakkının Kullanılmasının Bir Sebebe Bağlı Olmaması

Mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciye cayma hakkı tanıyan TKHK m. 48/4, MSY m. 9 vd. hükümleri ile THD m. 9 vd. hükümleri incelendiğinde, cayma hakkının kullanılmasının herhangi bir sebebe bağlı tutulmadığı görülmektedir. Bu çerçevede cayma hakkının kullanılması, herhangi bir sebebe bağlı değildir. Bu durumla ilintili olarak cayma hakkının kullanılabilmesi için, muhatabın, yani satıcının/sağlayıcının davranışı ya da kusurlu fiilinin varlığı önemli değildir⁴⁴⁹. Satıcının/sağlayıcının kusurlu olması aranmaz.

Peki, tüketicinin cayma hakkını kullanmasının herhangi bir sebebe bağlı olmaması ve tüketicinin sebepsiz yere dahi cayma hakkını kullanabiliyor olması karşısında, tüketicinin cayma hakkını kötüye kullanmasından bahsetmek mümkün müdür? Açıktır ki, cayma hakkının kullanılmasının bir sebebin varlığına bağlı olmaması hali; çoğu zaman, cayma hakkının kötüye kullanılmasını engelleyecektir. Zira satıcı/sağlayıcı tarafından ileri sürülecek hakkın kötüye kullanılması iddiası; neredeyse her zaman, tüketicinin cayma hakkını ileri sürülmesinin bir sebebe bağlı olmaması gerçeği karşısında, kolayca çürütülebilecektir. Belirtmek gerekir ki kanımızca, diğer hukuki şartların varlığı ve süresi içerisinde kullanılması halinde, cayma hakkının kullanılması ve sonuçlarını doğurması noktasında tabiri caizse, tüketicinin “paşa gönlü bilir”. Bu kapsamda ise satıcının/sağlayıcının, tüketicinin cayma hakkını kötüye kullandığına yönelik bir iddiasının bulunması halinde; cayma hakkının hukuki mahiyeti ve herhangi bir sebebe bağlı olmaması karşısında, bu iddiası oldukça sınırlı hallerde ve mutlaka satıcının/sağlayıcının, tüketicinin bir zarar verme maksadıyla davrandığını ispat etmesi halinde önem arz edecektir⁴⁵⁰.

Nitekim tüketicinin, kendisine teslim edilen malın paketini veya ambalajını açmamış olsa dahi cayma hakkından faydalanabileceği ve bunun, salt olarak,

⁴⁴⁹ Baysal, s. 277.

⁴⁵⁰ Baş Süzel, **Cayma**, s. 260.

tüketicinin dürüstlük kuralına aykırı davranmış sayılmasına yetmeyeceğini belirtmek gerekir⁴⁵¹.

Ayrıca, tüketicinin korunması hukukunda, tüketici sözleşmeleri ile ilgili olan özel hukuk düzenlemelerinin, tüketicinin aleyhine olacak şekilde değiştirilmesi de mümkün değildir⁴⁵². Böylesine sözleşme hükümleri muteber olmayacaktır. Bu sebeple de mesafeli sözleşme hükümleri ile, tüketici bu şartı kabul etmiş olsa dahi, tüketicinin cayma hakkını kullanmasını, herhangi bir sebebe bağlanması da mümkün değildir. Nitekim bu doğrultuda, TKHK m. 48/4 ve MSY m. 9 hükmünde, cayma hakkı kullanımının bir cezai şart veya tazminat ödeme borcuna bağlı tutulamayacağı düzenleme altına alınmıştır.

B. On Dört Günlük Süre

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, tüketici hukukunda tüketicilere cayma hakkının tanınmasının ardında, tarihsel açıdan, tüketicinin; satıcının/sağlayıcının karşısındaki konumu itibarıyla ortaya çıkan sözleşme adaletsizliğinin ve eşitsizliğinin geri temin edilmesi yatmaktadır. Bu husus, mesafeli sözleşme ile elde edeceği malı veya hizmeti önceden inceleme fırsatı bulamayan, sadece satıcının/sağlayıcının kendisine sağladığı bilgiler ve izlenim çerçevesinde mesafeli sözleşme ilişkisine giren tüketici açısından da geçerlidir. Nitekim mesafeli sözleşmeyi kuran tüketicinin cayma hakkının kapsam ve sınırları belirlenirken de her daim, bu amaç esas alınmalıdır. Bu sözleşme adaletsizliğinin ve eşitsizliğinin cayma hakkı kurumu ile giderilmesi kapsamında ise tüketiciye; içerisine girmiş olduğu mesafeli sözleşme ilişkisi ile ilgili olarak, sakın kafa ile karar verme (*cooling-off*) imkânı tanınmaktadır. Açıktır ki mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciye tanınacak bu sakın kafa ile karar verme (cayma) süresi ile diğer ilgili tüketici sözleşmeleri açısından tüketiciye tanınacak cayma süresi de aynı olmayacaktır; zira her tüketici sözleşmesi için temin edilmek istenen denge farklılık gösterebilecektir⁴⁵³. Nitekim mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciye sakın kafa ile karar vermesi için süre tanınması, mesafeli

⁴⁵¹ Yücedağ Göztepe, s. 671; Tüketicinin, henüz malı teslim almadan cayma hakkını kullanmasının kötüye kullanımlara sebebiyet verebileceği ve bu halde *pacta sunt servanda* ilkesinin amacını aşar şekilde, cayma hakkı korumasının mevcut olduğunun tartışılması gerektiği ile ilgili olarak: Avcı Braun, s. 37.

⁴⁵² Sirmen, s. 2468; Baş Süzel, **Cayma**, s. 260.

⁴⁵³ Eidenmüller/ Faust/ Grigoleit/ Jansen/ Wagner/ Zimmerman, s. 25.

sözleşmelerin kurulma yöntemiyle alakalıdır⁴⁵⁴. Bu mantık ile ilerlendiğinde ise tüketiciye, cayma hakkını istediği herhangi bir zaman kullanma imkânı vermektense; mesafeli sözleşmenin kurulmasından veya malın kendisine tesliminden sonra, belirli ve kısa bir süre için cayma hakkını kullanma imkânı tanınmalıdır. İşte, cayma hakkının kullanılma süresi de, bahsedilen adaletsizliğin ve eşitsizliğin giderilmesi için tüketiciye tanınacak, sakın kafa ile karar verebilmesi için gereken zaman ile doğru orantılı ve hatta onunla sınırlı olmalıdır.

Bu kapsamda ise, gerek TKHK m. 48/4 hükmünde gerek MSY m. 9/1 hükmünde gerek ise de mehzaz kanun olan THD m. 9 hükmünde; tüketicinin on dört gün gibi kısa sayılabilecek bir süre içerisinde cayma hakkını kullanması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre kanun koyucu, mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin içerisinde bulunduğu, zayıf ve karanlık konumdan; maruz kaldığı bilgi asimetrisinden kurtularak ve elde edeceği edimi de inceleme fırsatı bularak, mesafeli sözleşme ilişkisine gerçekten girip girmeme kararını, on dört günlük süre içerisinde⁴⁵⁵ verebileceğini düzenlemiştir. eTKHK döneminde ise eTKHK m. 9/A/4 hükmünün atfı gereği eTKHK m. 9/2 hükmüne ve mülga MSDY m. 7/1 hükmü ile mülga MSD m. 6/1 hükmüne göre, tüketicinin cayma hakkı kullanım süresi yedi gün olarak düzenlenmişti. Bu sürenin, sonradan yapılan düzenlemeler ile artırılması karşısında, kanun koyucunun; mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin maruz kaldığı olumsuzlukların giderilerek, sözleşme dengesinin sağlanması adına yedi günlük süreyi yeterli görmediğini, söylemek mümkündür. Tüketiciye tanınan bu cayma hakkı süresinin ne zaman başlayacağı; kurulacak mesafeli sözleşmenin mal teslimi veya hizmet sağlama edimini içermesine göre değişiklik göstermektedir. MSY m. 9/2 ve THD m. 9/2 hükümlerine göre, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin on dört günlük cayma hakkı mesafeli sözleşmenin, hizmet edimini içermesi (*service contracts*) halinde, sözleşmenin kurulduğu günden; mal teslimini içermesi halinde (*sales contracts*) ise, malın tüketiciye veya onun yetkilendirdiği ve ancak taşıyıcı olmayan üçüncü kişiye tesliminden itibaren başlayacaktır. Bunlar, aşağıda daha detaylı olarak incelenmiştir.

⁴⁵⁴ Baysal, **Cayma**, s. 281.

⁴⁵⁵ Baş Süzal, **Cayma Hakkı**, s. 261: On dört günlük cayma hakkı süresi, “*süreyi başlatan olayın takip edildiği gün*” işlemeye başlayacaktır. Örneğin, mal teslimini içeren bir mesafeli sözleşme için tüketicinin 14 günlük cayma hakkı; malın kendisine teslim edildiği günün ertesi günü işlemeye başlayacaktır.

Cayma hakkı kullanım süresinin farklı edimlerdeki sözleşmeler için ne zaman başlayacağı meselesine geçmeden önce belirtmek gerekir ki MSY m. 9/1 hükmünde öngörülen on dört günlük sürenin sona ermesi ile tüketicinin bu hakkını kaybetmesinden dolayı bu süre, hak düşürücü süre olarak ele alınmalıdır⁴⁵⁶. Bu kapsamda ise, bu on dört günlük cayma süresinin kesilmesi veya durmasından bahsedilemeyecektir⁴⁵⁷. Ancak uyuşmazlığın, cayma hakkının süresi içerisinde kullanılıp kullanılmamasına ilişkin olan bir Yargıtay içtihadında yüksek mahkeme, ilk derece mahkemesinin davalının (satıcının) cayma hakkının süresinde kullanılmadığına yönelik ilk itirazlarının bulunup bulunmadığının araştırılmadığı gerekçesiyle bozma kararı vermiştir ve ilk derece mahkemesinin bu yönde araştırma yapması gerektiğini belirtmiştir. Hâlbuki cayma hakkına ilişkin süre, hak düşürücü süre niteliğindedir ve hakkın süresi içerisinde kullanılmadığına yönelik, davalı tarafından, zamanaşımı hallerinde olduğu gibi bir ilk itirazda bulunulmasına gerek yoktur. Cayma hakkına ilişkin sürenin, hak düşürücü süre olmasından dolayı bu husus doğrudan ilk derece mahkemesi tarafından re'sen nazara alınarak yargılamaya devam edilmeli; daha doğrusu, davalı tarafın yargılama sürecinde buna yönelik itirazının bulunup bulunmamasının, hükmün kurulması açısından bir önemi olmamalıydı⁴⁵⁸.

Son olarak ise, bu on dört günlük sürenin nispi emredici nitelikte olduğunu belirtmek gerekir⁴⁵⁹. Cayma hakkının kullanım süresinin on dört günden daha az olması hukuken mümkün değilse de mesafeli sözleşme tarafları, mutabakata vararak bu süreyi, tüketici lehine olacak şekilde artırabilirler.

1- Mal Teslimine İlişkin Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı Süresinin Başlaması

TKHK m. 48 incelendiğinde, cayma hakkının kullanımı için öngörülmüş on dört günlük sürenin ne zaman başlayacağına yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, MSY m. 9/2 hükmüne göre, mesafeli sözleşmenin mal teslimine ilişkin olması halinde on dört günlük cayma hakkı süresi, sözleşme konusu malın

⁴⁵⁶ Topaloğlu, s. 42; Demir, **Geri Alma**, s. 315; Arslan, s. 159.

⁴⁵⁷ Demir, **Geri Alma**, s. 315; Arslan, s. 159.

⁴⁵⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 20.09.2018 T. 2016/11586 E. 2018/8174 K. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 01.08.2022).

⁴⁵⁹ Baş Süzel, **Cayma**, s. 261.

tüketiciye veya tüketicinin belirlediği üçüncü kişiye teslim edilmesi ile başlayacaktır. Bu düzenleme, THD m. 9/2'deki düzenleme ile paraleldir. Belirtilmesinde fayda vardır ki gerek MSY m. 9/4 gerekse de THD m. 9/2 (b) hükmü gereğince, malın taşıyıcıya teslimi, on dört günlük süreyi başlatmaz. Malın, tüketiciye veya onun yetkilendirdiği üçüncü kişiye teslimi gerekir. Hatta ve hatta tüketicinin, satıcının belirlediğinden (veya satıcının tüketiciye sunduğu taşıyıcı seçeneklerinden) farklı bir taşıyıcı ile teslimatın gerçekleştirilmesini talep ettiği hallerde de sürenin ancak tüketiciye teslimat ile başlaması gerektiği ifade edilmektedir. Burada, hasar veya yararın geçişi meselesinde yapılan THD m. 20/2 hükmünün son cümlesi uyarınca yapılan ayırım⁴⁶⁰ gibi (eğer ki tüketici malın, satıcının belirlediğinden veya sunduğu seçeneklerden başka bir taşıyıcı ile teslimatın gerçekleştirilmesini istiyorsa, bu halde hasar ve yarar malın satıcı tarafından, tüketicinin özel olarak belirlediği taşıyıcıya teslimi ile tüketiciye geçer) bir durum da söz konusu değildir. Zira, tüketicinin malı inceleme imkanı bulmadan cayma hakkı süresini başlatmak; cayma hakkının tanınmasındaki amaca aykırı olacaktır⁴⁶¹.

Öğretide, gerek THD gerekse MSY düzenlemesinde, sarıh bir şekilde malın bir kişiye teslimi (THD m. 9/2 (b) hükmüne göre malın tüketici veya yetkili üçüncü kişi tarafından fiziksel olarak elde edilmesi) ile on dört günlük sürenin başlayacağı düzenlendiği için; malın tüketicinin hâkimiyet alanına bırakılması ve ancak bizzat tüketiciye veya onun yetkilendirdiği kişiye teslim edilmemesi halinde, sürenin işlemeye başlamayacağı ifa edilmektedir. Buna göre tüketicinin malı inceleme imkanının, ancak bir kişiye (kendisine veya yetkilendirdiği üçüncü kişiye) teslim edilmesi halinde, doğabileceği belirtilmiştir⁴⁶². Gerçekten de malın, örneğin tüketicinin evinin özel bahçesine veya kendisine ayrılmış posta kutusuna bırakılması halinde, tüketicinin bırakılan malı inceleme imkanına doğrudan sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim, THD'nin "Giriş" kısmında yer alan 40

⁴⁶⁰ THD m. 20/2: "In contracts where the trader dispatches the goods to the consumer, the risk of loss of or damage to the goods shall pass to the consumer when he or a third party indicated by the consumer and other than the carrier has acquired the physical possession of the goods. However, the risk shall pass to the consumer upon delivery to the carrier if the carrier was commissioned by the consumer to carry the goods and that choice was not offered by the trader, without prejudice to the rights of the consumer against the carrier."

⁴⁶¹ Çabri, s. 884.

⁴⁶² Baş Süzel, **Cayma**, s. 260-261; aksi yönde bkz. Dönmez, s. 371, dn. 37: Yazara göre, tüketicinin hakimiyet alanına ulaşması ile gözden geçirme imkanı bulabilecektir.

numaralı açıklamada⁴⁶³ da mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin on dört günlük cayma hakkı kullanım süresi, malın fiziksel olarak elde edildikten sonra başlayacağı belirtilmiştir.

Her ne kadar cayma hakkının kullanılması için on dört günlük süre öngörülmüş ise de, tüketicinin bu cayma hakkını mal tesliminden önce kullanması mümkündür. MSY m. 9/2 hükmünün son cümlesine bakıldığında, tüketicinin kendisine mal teslimi yapılmadan önce de cayma hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. Mülga MSDY’de ise böyle bir düzenleme bulunmamakta idi. Öğretide bu düzenleme, daha henüz malı görmeden ve incelemeyen dahi tüketiciye cayma hakkını kullanma imkanının tanınmış olmasını, tüketicilerin haklarını kötüye kullanmalarına sebebiyet verebileceği ve ayrıca *ahde vefa (pacta sunt servanda)* ilkesini, amacını aşar şekilde göz ardı ettiği sebebiyle eleştirilmiştir⁴⁶⁴. Buna karşın, THD’nin “*Giriş*” kısmında yer alan 40 numaralı açıklamada da tüketicinin, malın fiziksel olarak elde edilmesini beklemeden cayma hakkını kullanabileceğinden, açık bir şekilde bahsedilmiştir⁴⁶⁵. Kanımızca, özellikle cayma hakkının belirli bir sebebe dayanma zorunluluğunun bulunmaması ve tüketiciye cayma hakkı tanınmasının; mesafeli sözleşmeyi kurmuş olan tüketicinin, bilgi asimetrisine maruz kalmasını engellemek de olduğu nazara alınırsa, tüketicinin cayma hakkını kullanması için malın teslim edilmesi gerektiğinden bahsetmek yerinde olmayacaktır⁴⁶⁶.

Mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde, on dört günlük sürenin başlaması ile ilgili olarak, değinilmesinde değer olan bir husus daha mevcuttur. Öğretide, satıcının yaptığı mal tesliminin “*aluid ifa*” olması halinde, sürenin işlemeye başlamayacağı; ancak tüketicinin süre işlememesine rağmen, cayma hakkını kullanabileceği, haklı olarak, ifade edilmiştir⁴⁶⁷. Açıktır ki mesafeli sözleşmede

⁴⁶³ “...In the case of sales contracts, the withdrawal period should expire after 14 days from the day on which the consumer or a third party other than the carrier and indicated by the consumer, acquires physical possession of the goods.”

⁴⁶⁴ Avcı Braun, s. 37.

⁴⁶⁵ “In addition the consumer should be able to exercise the right to withdraw before acquiring physical possession of the goods.”

⁴⁶⁶ Çabri, s. 762.

⁴⁶⁷ Baş Süzel, **Cayma**, s. 262: Yazara göre, THD açısından, normal şartlar altında cayma hakkını kullanması ile beraber iade masraflarından sorumlu olacak tüketicinin, *aluid ifa* halinde; artık bu iade masraflarından halen tüketicinin sorumlu tutulması mümkün değildir.

Türk hukuku açısından ise böyle bir ayrıma gitmeye, bir hal hariç, lüzum yoktur zira MSY m. 12/3 gereği, iade kapsamındaki taşıma masraflarından, genel kural olarak, tüketici sorumlu olmayacaktır. Bununla beraber tüketicinin, iade yükümlülüğünü MSY m. 5/1(g) hükmü kapsamında satıcı tarafından kendisine bildirilen taşıyıcı dışında bir başka taşıyıcı ile göndermesi halinde iade taşıma

tarafların üzerinde anlaştığı edimden başka bir şeyin ifası, yani *aluid ifa*, halinde, tüketiciye teslimatın yapıldığının kabulü hukuken mümkün olmayacağından, on dört günlük cayma hakkı süresi işlemeye başlamayacak ve tüketici bu süre ile sınırlı olmadan cayma hakkını kullanabilecektir⁴⁶⁸.

MSY m. 9/2’de mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin on dört günlük cayma hakkı süresinin ne zaman başlayacağına ilişkin genel bir düzenlemeden sonra; MSY m. 9/3 hükmünde, mal tesliminin özellik taşıdığı hallerde sürenin ne zaman başlayacağına yönelik özel düzenlemeler getirilmiştir. Bu hüküm çerçevesinde mal tesliminin, (i) tek sipariş konusu olup, tüketiciye ayrı ayrı teslim edilmesi (MSY m. 9/3,a); (ii) birden fazla parçadan oluşması (MSY m. 9/3,b); veya (iii) belirli bir süre boyunca malın düzenli tesliminin yapılması (MSY m. 9/3,c); hallerine yönelik, cayma süresinin ne zaman başlayacağı özel olarak düzenlenmiştir. Bu özel düzenlemeler, her bir hal için aşağıda incelenmiştir.

MSY m. 9/3(a) hükmüne göre, mesafeli sözleşmedeki mal tesliminin, tek sipariş konusu olup, bu siparişin tek seferde değil de ayrı ayrı teslim edilmesi halinde, on dört günlük cayma hakkı kullanım süresi; son malın tesliminin, tüketici veya onun belirlediği taşıyıcı haricindeki üçüncü kişi tarafından teslim alınan günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Çalışmamızda sıklıkla belirttiğimiz üzere, mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciye cayma hakkı tanınmasının ardındaki sebeplerden birisi de tüketicinin, malı inceleme imkânı bulmadan sözleşmeyi akdediyor olmasıdır. Bu kapsamda da tüketicinin cayma hakkını kullanmasına ilişkin sürenin, sözleşme konusu siparişin hepsinin tüketici tarafından elde edilmesi halinde başlaması gerekir. Tüketici, ancak mesafeli sözleşme konusu ettiği siparişin hepsinin kendisine teslim edilmesi ile gerçekten sözleşme ilişkisine devam etmek isteyip istemediğine karar verebilecektir ve sakın kafa ile karar vermesi için öngörülen on dört günlük süre de ancak bu andan sonra başlamalıdır⁴⁶⁹. Bu kapsamda ise, bu tarz mesafeli sözleşmeler açısından, cayma hakkı süresinin bu şekilde başlatılması, yerinde olmuştur. MSY m. 9/2(a) hükmü, mehz düzenleme olan THD m. 9/2(b)(i) hükmü ile doğrudan doğruya paralellik içermektedir.

masraflarından sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Ancak, *aluid ifa* halinde, tüketici bu halde de iade taşıma masraflarından sorumlu tutulmamalıdır.

⁴⁶⁸ Çilenti Konuralp, s. 2741-2742; Dönmez, s. 371.

⁴⁶⁹ Baş Süzel, **Cayma**, s. 265.

MSY m. 9/2(b) hükmünde ise mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde, sözleşme konusu malın birden fazla parçadan oluşması halinde, on dört günlük cayma hakkı kullanım süresi; sipariş konusu malın son parçasının tesliminin, tüketici veya onun belirlediği taşıyıcı haricindeki üçüncü kişi tarafından teslim alınan günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Buna göre örneğin, tüketicinin bir mobilya takımı alması ve satıcının/sağlayıcının bu mobilya takımını parçalar halinde teslim etmesi halinde, son mobilyanın teslimi ile on dört günlük cayma hakkı süresi başlayacaktır⁴⁷⁰. Böylesine bir özel düzenlemeye gidilmesindeki sebep, bir üst paragraftaki özel düzenlemenin ardında yatan sebep ile aynıdır. Bu tarz, parça parça mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde tüketici, ancak bütün parçaların kendisine teslim edilmesi ve bunları inceleme şansı bulması ile cayma hakkını kullanmak isteyip istemediğine rasyonel bir şekilde karar verebilecektir⁴⁷¹. Nitekim, cayma hakkının etkinliği de ancak, tüketicinin mesafeli sözleşme ile elde etmek istediği malın bütününe kavuşmasından sonra sağlanabilecektir. MSY m. 9/2(b) hükmü, mehzaz düzenleme olan THD m. 9/2(b)(ii) hükmü ile doğrudan doğruya paralellik içermektedir.

MSY m. 9/2(c) hükmünde ise, (a) ve (b) bentlerinden farklı bir düzenleme getirilmiştir. MSY m. 9/2(c) hükmüne göre, mesafeli sözleşmenin konusunun, tüketiciye belirli bir süre boyunca düzenli şekilde mal teslimini içermesi halinde, (a) ve (b) bentlerindeki halin aksine cayma hakkı süresi, son malın tesliminden itibaren değil; tüketiciye veya onun yetkilendirdiği taşıyıcı dışındaki üçüncü kişiye yapılan ilk teslimattan itibaren başlayacaktır. Bu kapsamda, belirli bir süre düzenli mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından farklı bir yaklaşıma gidildiği görülmektedir. Lakin esasına bakıldığında bu yaklaşım yerindedir. Zira bu halde, belirli bir malın belirli bir süre boyunca, tüketiciye birden fazla kez düzenli teslimatının yapıldığı sözleşmelerden bahsedilmektedir. Bu noktada, farklı cins veya nevideki malların, belirli süre boyunca düzenli teslimatı halinde MSY m. 9/3(c) hükmünün uygulama alanı bulmayacağına altını çizmek gerekir. Tüketici, kendisine ilk mal teslimatının yapılması ile sözleşme konusu malı inceleme fırsatı bulacak ve aynı zamanda da sakın kafa ile düşünme imkânına kavuşabilecektir⁴⁷². Bu açıdan

⁴⁷⁰ Çabri, s. 884.

⁴⁷¹ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 265.

⁴⁷² Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme**, s. 265.

değerlendirildiğinde, bu tarz mesafeli sözleşmeler için sürenin, ilk teslimattan itibaren başlatılması yerinde olmuştur. MSY m. 9/2(c) hükmü, mehz düzenleme olan THD m. 9/2(b)(iii) hükmü ile doğrudan doğruya paralellik içermektedir.

2- Hizmet İfasına İlişkin Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı Süresinin Başlaması

MSY m. 9/2 hükmüne göre, mesafeli sözleşmenin hizmet ifasına ilişkin olması halinde tüketicinin on dört günlük cayma hakkı süresi, sözleşmenin kurulduğu gün itibarıyla başlayacaktır. Bu durum, mehz düzenleme olan THD m. 9/2(a) hükmü açısından da aynıdır. Görülmektedir ki hizmet ifasına ilişkin mesafeli sözleşmelerde on dört günlük cayma hakkı süresi, mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerdekinin aksine, sözleşme kurulunca başlayacaktır. Bu süre başlangıcındaki farklılık ise hizmet sözleşmelerinde tüketicinin, mal tesliminde olduğu gibi, bir inceleme ve gözden geçirme yapma imkânının bulunmamasından ileri gelir. Mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketici gerçekten sözleşme ile bağlı olup olmadığına, kendisine teslim edilen malı inceledikten ve gözden geçirdikten sonra karar verebilecektir. Hâlbuki hizmet ifasına ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından böylesine bir imkân pek çok zaman bulunmamaktadır. Hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde tüketici, sözleşmeyi kurduktan sonraki on dört gün içerisinde, herhangi bir inceleme veya gözden geçirme imkânı bul(a)mıyor olmasından dolayı, cayma hakkı süresini daha geç bir zamanda başlatmaya gerek yoktur. On dört günlük süre sözleşmenin kurulması ile başlar. Bu kapsamda da tüketiciye, hizmet ifasına ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından cayma hakkının temelinde, mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde geçerli olan, tüketicinin malı inceleme ve gözden geçirmesi ile kendisi için olan gerçek değerini anlama boyutundan yoksun olarak, sadece tüketicinin on dört gün boyunca sakin kafa ile düşünme imkânının sağlanması sebebiyle tanınmaktadır.

Yargıtay 13. HD'nin önüne gelen bir olayda, ilk derece mahkemesi ilginç bir şekilde, hizmet edimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde cayma hakkının, hizmetin ifasına başlanması ile başlayacağına karar vermiştir. Ancak Yargıtay 13. HD., MSY m. 9/2 hükmü çerçevesinde hizmet edimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde, eğer ki tüketiciye cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirmede de bulunuldu ise artık, on dört

günlük cayma hakkı süresinin hizmet edimini içeren mesafeli sözleşmenin kurulması ile başlayacağını belirterek; ilk derece mahkemesinin bu anlaşılması güç ilamını, karar düzeltme yolu kapalı olacak şekilde bozmuştur⁴⁷³.

Nitekim gerek MSY m. 15/1 (h) hükmüne gerekse de THD m. 16/1 (a) hükümleri incelendiğinde görülmektedir ki hizmet ifasına ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından, on dört günlük cayma süresi içerisinde olursa dahi; eğer ki tüketici hizmetin ifasına onay verdi ise (THD açısından ayrıca hizmetin ifasının tamamlanmış olması kaydıyla) tüketici cayma hakkını kullanamayacaktır. Hatta THD m. 8/8 hükmü de incelendiğinde görülmektedir ki hizmet ifasına ilişkin mesafeli sözleşmelerde, cayma hakkı süresi içerisinde tüketicinin, hizmetin ifasına başlanmasına yönelik talebinin bulunması halinde satıcı/sağlayıcı; tüketicinin bu talebini açık bir irade beyanıyla ortaya koymasını talep etmekle yükümlüdür. Bu düzenlemeler ise, tüketicinin hizmet ifasına ilişkin mesafeli sözleşmelerde, bir kez hizmet ifasına onay vermesi ile artık kanun koyucunun; tüketiciye cayma hakkı tanınmasındaki menfaatin artık ortadan kalktığını öngördüğünü ortaya koymaktadır.

3- Mesafeli Sözleşmenin Hem Mal Teslimine Hem de Hizmet İfasına İlişkin Olması Hali

MSY m. 9/5 hükmü, mesafeli sözleşmenin hem mal teslimi edimini hem de hizmet edimini içermesi halinde, cayma hakkı süresinin ne zaman başlayacağına yönelik özel bir düzenleme getirmiştir. MSY m. 9/5 hükmüne göre bu tarz mesafeli sözleşmeler için, on dört günlük cayma süresi; salt mal teslimini içeren mesafeli sözleşmelerde olduğu gibi, malın tüketiciye teslimi ile başlayacaktır. Buna göre bu tarz mesafeli sözleşmeler için, mal tesliminin tüketiciye veya onun yetkilendirdiği taşıyıcı dışındaki üçüncü kişiye yapıldığı an esas alınır⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Yargıtay 13. HD., 25.01.2018, E. 2015/25017, K. 2018/556: “Somut olayda, internet üzerinden davacı tarafından satın alma için onaylanan sözleşmede cayma hakkının sözleşme tarihinden itibaren 14 gün içerisinde yapılabileceği belirtilmiş olup gerek 6502 sayılı Yasanın 48/4 maddesi gerekse ilgili yönetmeliğin 9/2 maddesi gereğince, ilgili bildirim yapıldığından, davacının cayma hakkının sözleşme tarihinden itibaren kullanabileceği anlaşılmaktadır. Davacı ise bu hakkını yasal sürede kullanmamış olup bu nedenle davanın reddi gerekirken, hizmetten henüz yararlanılmadığından bahisle davanın kabulü usul ve yasaya aykırı olup, bozma sebebidir.”

⁴⁷⁴ Çabri, s. 884; Topaloğlu, s. 44.

Her ne kadar MSY m. 9/5 hükmüne göre, hem mal teslimini hem de hizmet ifasını içeren mesafeli sözleşmeler açısından, mal teslimine ilişkin hükümlerin uygulanacağı ve bu kapsamda, bu tarz sözleşmeler için mal tesliminin yapılmasından sonra cayma hakkı süresinin işleyeceği düzenlenmiş ise de öğretide, MSY m. 9/5 hükmünde benimsenen bu yaklaşımın doğru olmadığını ifade eden bir görüş mevcuttur. Bu mesele ile ilgili AB hukukundaki düzenlemeden yola çıkarak ilerleyen bu görüşe göre, MSY m. 9/5'deki gibi genel geçer bir kuralla ilerlemekten ziyade; öncelikle söz konusu mesafeli sözleşmedeki edimler arasında, eğer ki yapılabiliyorsa, asli edim – yan edim ayrımı yapılmalıdır. Bu çerçevede, eğer ki mal teslimine ilişkin edim asli nitelikte ise cayma hakkı kullanım süresi, malın teslimi ile başlamalı; eğer ki hizmet ifasına ilişkin edim asli nitelikte ise cayma hakkı kullanım süresi, mesafeli sözleşmenin kurulması ile başlamalıdır⁴⁷⁵. Bu görüşe göre, sürenin ne zaman başlayacağını tespit ederken, her somut olay özelinde bir değerlendirme yapılmalıdır⁴⁷⁶.

MSY m. 9/5 hükmündekine benzer açık bir hüküm ise THD'de de bulunmamaktadır. Bu noktada AB mevzuatı açısından, hem mal teslimine hem de hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde, THD m. 2/5 ve 6 hükümleri çerçevesinde somut olarak bir değerlendirme yapılacaktır. THD m. 2/5 ve 6 hükümleri, Direktif açısından hangi sözleşmelerin satış; hangi sözleşmelerin hizmetin ifasına ilişkin sözleşmeler olarak kabul edileceğine yönelik tanımlar getirmiştir. Buna göre, bir hizmetin ifasına ilişkin de olsa eğer ki mesafeli sözleşme dâhilinde bir mülkiyet devri var ise artık o sözleşme THD m. 2/5 çerçevesinde satış sözleşmesi (*sales contract*) olarak tanımlanacaktır. AB kanun koyucusu, mesafeli satış sözleşmesi açısından bir tanım yaptıktan sonra; tüketicinin belirli bir bedel ödemeyi karşı edim olarak kabul ettiği ve ancak satış sözleşmesi tanımının dışında kalacak diğer bütün sözleşmeleri ise hizmet sözleşmesi (*service contract*) olarak ele almaktadır. THD'nin bu iki hükmü beraber değerlendirildiğinde ise artık, THD'nin mesafeli sözleşmenin bir mal teslimine (mülkiyetin devrine) ilişkin olması halinde, aynı zamanda bir hizmetin veya işin yerine getirilmesine ilişkin bir edim içerse dahi satış sözleşmesi (*sales contract*) olarak kabul edileceği ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda da THD açısından, bir mal

⁴⁷⁵ Baş Süzel, **Cayma**, s. 263.

⁴⁷⁶ Baş Süzel, **Cayma**, s 264: Yazara göre bu tarz mesafeli sözleşmelerde, mal teslimi ile cayma hakkı kullanım süresinin başlaması, “tüketici açısından daha lehe olan kuralın uygulanması” ile açıklanabilirse de; genel geçer bir kuralın konulmasının, her daim uygun sonuçlar getirmeyeceğini de nazara almak gerekir.

teslimine ilişkin mesafeli sözleşmenin aynı zamanda hizmet ifasını da içeriyor olması halinde artık satış sözleşmesi (*sales contract*) olarak kabul edildiği için; THD m. 9/2 (b) hükmü uyarınca cayma hakkı kullanım süresi, mal teslimin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Görülmektedir ki MSY ile THD düzenlemeleri arasında her ne kadar metodolojik bir fark bulunsun da MSY m. 9/5 hükmünün THD hükümleri ile uyumlu olduğu ifade edilmiştir⁴⁷⁷.

Son olarak, MSY m. 9/5 hükmündeki düzenlemenin, sadece cayma hakkının kullanım süresinin başlama anı açısından geçerli olduğunu belirtmek gerekir. MSY m. 9/5 hükmünü, cayma hakkına bağlanan sonuçlar açısından kabul etmek mümkün değildir. Buna karşın öğretide, MSY m. 9/5 hükmünü sadece cayma hakkı kullanım süresinin belirlenmesi ile sınırlı tutulmaması gerektiği; bu hükmün ve daha genel bir uygulama alanına sahip olması gerektiğini belirten bir görüş de mevcuttur⁴⁷⁸.

4- Cayma Hakkına İlişkin Bilgilendirmenin Yapılmaması Halinde On Dört Günlük Cayma Hakkı Kullanım Süresinin Uzaması

Yukarıda açıklandığı üzere, gerek Türk hukukunda gerek ise AB hukukunda, mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin cayma hakkı kullanım süresi on dört gün olarak düzenlenmiştir. Buna karşın hem MSY m. 10/1 hem de THD m. 10/1 hükümleri uyarınca satıcının/sağlayıcının, cayma hakkı ile ilgili yapması gereken ön bilgilendirmeyi yapmaması veya eksik yapması halinde tüketici; on dört günlük süre ile bağlı olmayacaktır. Ancak kanun koyucu, bu bahsi geçen bilgilendirmenin yapılmaması halinde, tüketicinin artık istediği zaman cayma hakkını kullanabileceğine yönelik bir düzenleme yapmamış; yine de tüketicinin bu hakkını kullanmasını bir süre ile kısıtlamıştır. Bu halde tüketici, normal şartlarda cayma hakkının sona ermesi gereken günden itibaren bir yıl içerisinde cayma hakkını ileri sürebilecektir. Bu süre THD m. 10/1’de ise açısından da on dört günlük sürenin ardından on iki ay olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu noktada, MSY ile THD arasında bir paralellik söz konusudur⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Yücedağ Göztepe, s. 672.

⁴⁷⁸ Yücedağ Göztepe, s. 686, dn. 59.

⁴⁷⁹ MSY m. 10/1 kapsamında, “cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse” tabirini kullanılmıştır. THD m. 10/1 çerçevesinde ise THD m. 6/1 (h) bendinde düzenlenmiş ön bilgilendirmenin yapılmaması halinde, sürenin uzayacağı düzenlenmiştir. MSY m. 10/1 çerçevesinde cayma hakkı konusunda ön bilgilendirmenin yapılmamasını, MSY m. 5/1 (g, ğ, ve h) bentlerinde düzenlenen bilgilendirmenin yapılmaması şeklinde anlamak gerekir.

Mülga MSDY açısından ise, cayma hakkının kullanım süresinin uzaması ile ilgili olarak daha farklı bir düzenleme bulunmakta idi. Öncelikle, MSY m. 10 çerçevesinde uzayan “on dört gün + bir yıllık süre”; MSDY m. 7/3 hükmüne göre toplamda üç ay olacak şekilde düzenlenmekte idi. MSY m. 10 düzenlemesi ile bu uzama süresinin uzatılması, mesafeli sözleşmeler açısından, bilgilendirme yükümlülüğünü olması gerektiği gibi yerine getirmeyen satıcı/sağlayıcı karşısında, daha üstün bir korumaya sahip olması gereken tüketicinin lehine bir ortam yarattığından, yerinde bir düzenleme içermektedir⁴⁸⁰. Bununla beraber, MSDY m. 7/3 hükmüne bakıldığında, sürenin uzayacağı haller daha geniş olacak şekilde ele alınmıştır. MSDY m. 7/3 hükmü bakımından, MSY m. 10/1’in aksine sadece cayma hakkına ilişkin bilgilendirmenin yapılmadığı hal değil; daha geniş bir yaklaşımla, satıcının/sağlayıcının, mülga MSDY m. 5 (MSY m.5) altında düzenlenen ön bilgilendirme yükümlülüklerinden herhangi birisini, olması gerektiği gibi yerine getirmemesi halinde de, cayma hakkı kullanım süresinin uzayacağı düzenlenmiştir. Bu halde MSDY m. 7/3 hükmüne göre, diğer ön bilgilendirme yükümlülüğünün yapılmadığı hallerde de cayma hakkı kullanım süresi artacak idi. Belirtilmesinde fayda vardır ki MSDY m. 7/3’deki düzenleme mülga MSD m. 6/1 ile paralellik göstermekte idi.

Satıcının/sağlayıcının, genel kural olarak mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce yapması gereken cayma hakkına ilişkin bilgilendirmeyi zamanında yapmaması halinde, cayma hakkı kullanım süresinin her halde doğrudan bir yıl uzayacağını söylemek mümkün değildir. Zira MSY m. 10/2 hükmü uyarınca, satıcının/sağlayıcının cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirmeyi bu bir yıllık süre içerisinde yapması halinde artık bilgilendirme tarihinden itibaren on dört günlük cayma hakkı süresi işlemeye başlayacaktır. Buna göre kanun koyucunun, satıcının/sağlayıcının, mesafeli sözleşme kurulduktan sonra da cayma hakkına yönelik bilgilendirme yapmasına imkân tanımıştır⁴⁸¹. Tüketici ise, kendisine sonradan yapılan bilgilendirme tarihinden itibaren on dört gün içerisinde cayma hakkını kullanabilecektir. THD m. 10/2 hükmü de paralel bir düzenlemeye sahiptir.

⁴⁸⁰ Avcı Braun, s. 37.

⁴⁸¹ Çabri, s. 882.

Tüketiciye, cayma hakkı ile ilgili bilgilendirmenin yapılmaması halinde, cayma hakkı kullanım süresini uzatan bu düzenlemelerin yerinde olduğu ve mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması amacına hizmet ettiği açıktır. Ancak, cayma hakkı kullanım süresinin uzamasının, sonuçları itibarıyla tüketicinin aleyhine sonuçlar doğurmamasına da özen gösterilmelidir. Bu noktada ise ayrıca değerlendirilmesi ve ortaya konulması gereken bir husus karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ayrıca ve daha detaylı olarak inceleneceği üzere, TKHK 48/4 ve MSY m. 13/2 hükmünün mefhumu muhalifinden, cayma hakkını kullanan tüketicinin kendisine teslim edilen mal üzerinde mutata kullanımın dışında kalan kullanımlardan kaynaklanan değişiklik ve bozulmalardan sorumlu olacağı anlaşılmaktadır. THD m. 14/2 hükmünün ilk cümlesi uyarınca ise tüketici, kendisine teslim edilen malın yapısı, kullanımı ve niteliğini anlayabilmek amacının dışında kalan kullanımlardan dolayı malın uğradığı değer kayıplarından sorumlu olur⁴⁸². Ancak, cayma hakkı kullanım süresinin MSY m. 10 hükmü çerçevesinde uzaması halinde, tüketicinin bu uzayan bir yıllık süre içerisinde cayma hakkını kullanması halinde MSY m. 13/2 (ve THD m. 14/2 (c.1)) hükmünü sıkı sıkıya uygulamak, tüketici açısından adil olmayan sonuçların doğmasına sebebiyet verebilecektir. Tüketicinin bu halde, kendisine gerekli bilgilendirme yapılmadığından cayma hakkı sahibi olduğunu bilmemesi ve edindiği malı olağan ve hatta mutata kullanımı aşar şekilde kullanmaya başlaması, kuvvetle muhtemeldir. Bu kapsamda da tüketicinin, daha sonradan kendisine satıcı/sağlayıcı tarafından yapılan bilgilendirme dâhilinde cayma hakkı olduğunu öğrenmesi ve bunu kullanmak istemesi halinde, malı uzun bir süreden beri kullanıyor olmasından dolayı, mutata kullanımı aşan derecedeki değişikliklerden ve bozulmalardan sorumlu tutmak, sadece ve sadece, cayma hakkına yönelik bilgilendirme yapmayı ihmal eden veya bilerek yapmayan satıcıyı/sağlayıcıyı ödüllendirecektir. Nitekim öğretide de haklı olarak, tüketicinin cayma hakkı süresi boyunca, TKHK m. 48/4 ve MSY m. 13/2 hükmü uyarınca, mutata kullanımı aşan şekilde kullanım sonucu oluşan değer kayıpları ile ilgili olarak tazminat sorumluluğunun doğmasının; cayma hakkına ilişkin bilgilendirmenin gerektiği gibi yapılmasına bağlı olduğu ifade edilmektedir⁴⁸³. Bu sebeple de, MSY m. 10 hükmünün uygulama alanı bulduğu hallerde, tüketiciyi; sıkı sıkıya MSY m. 13/2 hükmü ile bağlı tutmak doğru olmayacaktır⁴⁸⁴. Bu kapsamda da cayma hakkına

⁴⁸² Çilenti Konuralp, s. 2742.

⁴⁸³ Dönmez, s. 375; Çilenti Konuralp, s. 2742.

⁴⁸⁴ Steennot, s. 111.

ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmamasından dolayı, cayma hakkı kullanım süresinin uzaması halinde, tüketicinin bizatihi cayma hakkını kullanana kadar uzayan sürede, mutata kullanımın dışında da dilediği gibi kullanabileceğini kabul etmek gerekir⁴⁸⁵.

Nitekim yukarıda üzerinde durduğumuz olumsuz durumu önlemek adına AB kanun koyucusu THD m. 14/2 hükmünün ikinci cümlesinde açık bir düzenlemeye giderek; satıcının/sağlayıcının THD m. 6/1 (h) çerçevesinde cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirmeyi yapmadığı hallerde, maldaki azalmalardan sorumlu olmayacağını belirtmiştir. Kanımızca, Türk hukuku açısından da doğrudan bu şekilde bir uygulamaya gidilmelidir. Aksi hali, açık bir şekilde tüketici lehine olması amacıyla cayma hakkı kullanma süresini uzatan düzenlemenin amacı (*ratio legis*) ile ters düşecektir ve sürenin uzamasının önem ve anlamını ortadan kaldıracaktır⁴⁸⁶. Cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğünün yapılmaması halinde, sürenin uzaması ve hatta uzayan bu süre içerisinde, tüketicinin mutata kullanımı aşan değer kayıplarından da sorumlu olmaması karşısında, süre uzamasının “ciddi bir yaptırım olduğu ve hatta bir özel hukuk cezası olarak” nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁸⁷.

C. Cayma Beyanının Şekli

1- Genel Olarak

Yukarıda, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınan cayma hakkının, hangi süre içerisinde kullanılması gerektiği açıklanmıştır. Şimdi ise tüketicinin bu hakkını nasıl kullanması gerektiği ve bu hakkını kullanırken belirli şekillere uyma yükümlülüğünün olup olmadığı değerlendirilecektir.

TKHK m. 48/4 hükmüne bakıldığında, cayma hakkının kullanım usulüne yönelik detaylı bir açıklama yapılmadığına rastlanmaktadır. TKHK m. 48/4’ün ikinci cümlesinde sadece, cayma hakkı bildiriminin (beyanının), on dört günlük süresi içerisinde, tüketici tarafından satıcıya/sağlayıcıya yöneltilmesi gerektiğine yönelik bir düzenleme mevcuttur. Nitekim TKHK 48/4’ün madde gerekçesinde açık bir şekilde: “*Ayrıca bildirimin satıcı veya sağlayıcılara varması veya onun tarafından*

⁴⁸⁵ Baş Sözel, **Cayma**, s. 267-268; Yücedağ Göztepe, s. 680.

⁴⁸⁶ Baş Sözel, **Cayma**, s. 268.

⁴⁸⁷ Baş Sözel, **Cayma**, s. 268.

öğrenilmiş olması şartı aranmaz” denilmiştir. MSY m. 11/1 hükmünde de cayma hakkı kullanım süresi içerisinde cayma bildiriminin satıcıya/sağlayıcıya yöneltilmesi yeterli görülmüştür. Bu belirtilenler ışığında ise artık, tüketicinin cayma hakkını kullandığına ilişkin beyanının “*yöneltilmesi gereken beyanlardan*” olduğu ifade edilmektedir⁴⁸⁸. Tüketicinin cayma beyanının, cayma hakkı süresi içerisinde yöneltilmesi, örneğin postaya verilmiş olması⁴⁸⁹, yeterlidir⁴⁹⁰. Bu kapsamda ise TKHK m. 48/4 ve MSY m. 11/1 düzenlemesi çerçevesinde, tüketicinin cayma beyanının, cayma hakkı süresi içerisinde tüketicinin hâkimiyet alanından çıkması yeterli olup; beyanın bizzat satıcıya/sağlayıcıya ulaşması veya onlar tarafından öğrenilmesi aranmamaktadır⁴⁹¹. Dolayısı ile cayma hakkının sonuçlarının doğması için de bu beyanın ayrıca satıcıya/sağlayıcıya ulaşması gerekmez⁴⁹². Buna göre, tüketicinin cayma beyanı, tek taraflı yöneltilmesi ile yenilik doğuran bir irade beyanı olarak nitelendirilmelidir⁴⁹³. Burada cayma beyanı ile ilgili belirtilenler, THD m. 11/1 açısından da geçerlidir. Zira bu hükümde de tüketicinin, satıcıyı/sağlayıcıyı cayma hakkını kullandığına yönelik bilgilendirmesi yeterli sayılmıştır.

Buna karşın Çabri’ye göre, TKHK m. 48/4 ve madde gerekçesi çerçevesinde, cayma bildiriminin satıcı/sağlayıcı tarafından öğrenilmesine gerek olmadığı belirtilmesi yerinde değildir⁴⁹⁴. Bu görüşe göre, cayma hakkının hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için cayma bildiriminin mutlaka, satıcıya/sağlayıcıya varması – bir başka deyişle cayma bildiriminin, satıcının/sağlayıcının hâkimiyet alanına girmesi – zorunludur. Bu görüşe göre, tüketicinin cayma bildirimi, bozucu yenilik doğuran mahiyettedir ancak, bu bildirim satıcıya/sağlayıcıya varmakla hükümlerini doğuracaktır ve cayma bildiriminin satıcıya/sağlayıcıya varmaması halinde mesafeli sözleşme geçerli şekilde varlığını devam ettirecektir. Kanımızca, bu görüşün kabul edilmesi, doğrudan tüketici aleyhine sonuçlar doğurur. Zira MSY m. 13/1 hükmü uyarınca tüketici, cayma bildiriminden itibaren on gün içerisinde, mesafeli sözleşme çerçevesinde elde ettiği malı satıcıya/sağlayıcıya göndermek zorundadır. Tüketicinin, cayma beyanının satıcıya/sağlayıcıya ulaşmasından ari olarak yerine getirmesi

⁴⁸⁸ Çabri, s. 885.

⁴⁸⁹ Aydoğdu/Kahveci, s. 410.

⁴⁹⁰ Baş Süzel, **Cayma**, s. 268.

⁴⁹¹ Baş Süzel, **Cayma**, s. 268; Avcı Braun, s. 38.

⁴⁹² Yücedağ Göztepe, s. 673; ayrıca bkz. Demir – Geri Alma, s. 324-325.

⁴⁹³ Baş Süzel, **Cayma**, 269.

⁴⁹⁴ Çabri, s. 885.

gereken bu yükümlülüğü karşısında, cayma beyanının bizzat satıcıya/sağlayıcıya varmasını aramak doğru olmayacaktır.

Cayma beyanının, satıcının/sağlayıcının hâkimiyet alanına girmesi gerektiğini ifade eden Çabri, cayma beyanının süresi içerisinde yöneltmesine karşın; satıcıya/sağlayıcıya makul süre içerisinde ulaşmaması halinin, ayrıca değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir⁴⁹⁵. Çabri'ye göre böylesine bir halde TBK m. 5/3 hükmü kıyasen uygulanmalıdır. Cayma beyanı kendisine makul süre içerisinde ulaşmayan satıcı/sağlayıcı; eğer ki tüketicinin kullandığı cayma hakkı ile bağlı olmak gayesinde değil ise bu durumu derhal tüketiciye bildirerek, tüketicinin cayma hakkını kullanmasının önüne geçebilir. Bu kapsamda, satıcının/sağlayıcının derhal, cayma beyanı ile bağlı olmadığını belirtmemesi halinde ise artık cayma beyanı, mesafeli sözleşmenin ortadan kalkmasına sebebiyet verecektir. Bu bahsettiğimiz görüş, öğretide cayma hakkının kullanılmasını, satıcının/sağlayıcının kabulüne bağlaması sebebiyle, kanımızca haklı olarak, Baş Süz el tarafından eleştirilmiştir⁴⁹⁶. Çabri'nin görüşünü eleştiren Baş Süz el'e göre, tek taraflı ileri sürülmesi ile bozucu yenilik doğuran bu hakkın, hüküm ve sonuçlarını doğurmasının satıcının/sağlayıcının kabulüne bağlanması; tek taraflı ileri sürülen yenilik doğuran hakların doğasına aykırıdır ve bu sebeple de Çabri'nin görüşünü kabul etmek mümkün değildir. Biz de bu noktada Baş Süz el'in eleştirilerine katılmaktayız, zira yukarıda açıklandığı üzere mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin cayma beyanının satıcıya/sağlayıcıya yöneltilmesi, kanunen yeterli görülmüştür. Ayrıca, kanımızca Çabri'nin bu görüşünün kabul edilmesi halinde uygulamada, özellikle tüketiciler açısından, iade yükümlülüğünün doğup doğmadığı noktasında belirsizliklere de sebebiyet verecektir ki ortaya çıkacak belirsizliklerin, tüketicinin korunması amacıyla çelişeceği açıktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, TKHK m. 48 çerçevesinde, cayma hakkının kullanımı ile ilgili olarak sadece, süresi içerisinde satıcıya/sağlayıcıya yönlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bunun dışında, cayma hakkının nasıl kullanılacağına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. MSY m. 11 ise cayma hakkının nasıl kullanılacağına yönelik düzenlemeler içermektedir.

⁴⁹⁵ Çabri, s. 885.

⁴⁹⁶ Baş Süz el, **Cayma**, s. 269.

MSY m. 11/1 hükmü uyarınca, tüketici cayma hakkını “*yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile satıcıya veya sağlayıcıya*” yöneltmesi gerekir. Devamında ise MSY m. 11/2 hükmünde tüketicinin, MSY’nin ekinde bulunan formu kullanarak da cayma hakkını kullanabileceğini düzenlemiştir. Bu husus ile ilgili olarak THD m. 11/1 hükmü ise, tüketicinin cayma hakkını ya THD’nin ekinde bulunan form aracılığıyla ya da mesafeli sözleşmeden caydığını açık şekilde ortaya koyan bir irade beyanıyla ileri sürebileceğini düzenlemiştir. Bu noktada görülmektedir ki Türk kanun koyucusu, THD düzenlemesine nazaran, cayma hakkının kullanılması ile ilgili olarak daha sıkı bir düzenleme öngörmüştür⁴⁹⁷. THD açısından ise mesele çok açıktır: Tüketici ya cayma formunu kullanarak ya da satıcıya/sağlayıcıya, her nasıl olursa olsun açık olması şartıyla irade beyanını yönelterek, mesafeli sözleşmeden cayabilecektir.

Buna karşın, MSY m. 11/1 hükmündeki ifadede yola çıkarak, cayma bildiriminin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile yöneltilmesinden ne anlaşılması gerektiği; bunun bir şekil şartı olup olmadığı ve eğer şekil şartı ise ne tür bir şekil şartı olduğunun ortaya koyulması gerekir. Lakin, bu bahsi geçen hususlar üzerinde öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu sebeple de aşağıda, cayma bildiriminin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile yöneltilmesinden ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Öğretide, MSY m. 11/1 hükmündeki cayma bildiriminin şekline yönelik ifadeyi geçerlilik şekil şartı olarak kabul eden görüş; bu ifadeyi işlemin geçerliliğine yönelik değil de ispat şekli olarak kabul eden görüş ve son olarak da bu ifadenin işlemin ne geçerliliğine ne de ispatına yönelik bir şekil şartı olarak kabul eden, toplamda üç farklı görüş bulunmaktadır. Bahsedeceğimiz bu görüşlerden ilki, MSY m. 11/1 hükmü karşısında artık, tüketicinin cayma beyanını yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile satıcıya/sağlayıcıya iletmemesi halinde, cayma beyanının geçerli olmayacağını ileri sürmektedir⁴⁹⁸. Bu kapsamda bu görüşe göre, MSY m. 11/1 hükmünde düzenlenen şekil şartının, bir geçerlilik şartı olarak değerlendirilmesi gerekir.

⁴⁹⁷ Baş Süzel, **Cayma**, s. 270.

⁴⁹⁸ Çabri, s. 885; Sert Sütçü, s. 101.

Bu görüşe katılmayan ikinci öğreti görüşüne göre ise, mesafeli sözleşmeler ile ilgili kanuni düzlemde düzenleme getiren TKHK m. 48 çerçevesinde, cayma bildirimine ilişkin bir şekil şartı öngörülmemiş iken; MSY m. 11/1 düzenlemesinin bir geçerlilik şekil şartı olarak ele alınması mümkün değildir⁴⁹⁹. Bu görüşe göre, TKHK m. 48’de bir düzenleme yok iken; MSY m. 11/1’deki ifade, tüketicinin cayma hakkını kullanımını daraltacak şekilde yorumlanmamalıdır⁵⁰⁰. Dolayısıyla, yukarıda açıklanan ilk görüşün aksine, tüketicinin cayma bildirimini yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yapmadığı hallerde, cayma bildiriminin geçersiz sayılmasından bahsedilemeyecektir.

Bununla beraber bu ikinci görüşün, MSY m. 11/1’deki ifadeyi, cayma bildiriminin ispatına yönelik bir şekil şartı olarak değerlendirmeye aldığını ifade etmek gerekir. Buna göre, tüketici cayma bildirimini yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile satıcıya/sağlayıcıya yöneltmek zorunda değildir; ancak MSY m. 11/4 hükmü de nazar alınarak, tüketicinin cayma bildiriminde bulunduğunu ispat yükümlülüğü altına girmesi halinde bunu ancak yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığı ile ispat edecektir.

MSY m. 11/1 hükmündeki düzenleme ile ilgili olarak, yukarıda bahsettiğimiz iki görüşün karşısında; cayma bildiriminin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile yöneltilmesi ifadesinin ne işlemin geçerliliğine ne de ispata ilişkin bir şekil şartı olduğunu ileri süren bir üçüncü görüş mevcuttur⁵⁰¹. Bu üçüncü görüşe göre, MSY m. 11/1’deki ifadenin, bir geçerlilik şekil şartı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir; zira bu yönde yapılacak bir değerlendirme, mesafeli sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul edilen ve bu kapsamda belirli bir koruma sağlanan tüketicinin aleyhine sonuçlar doğuracaktır ki bu “*tüketici hukuku anlayışının bütünü ile uyumsuz olacaktır*”⁵⁰². Bu üçüncü görüşe göre, MSY m. 11/1’deki ifadenin, cayma bildirimin yapıldığına yönelik ispat şartı olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir; zira böylesine bir değerlendirme, yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığı ile değil de

⁴⁹⁹ Yücedağ Göztepe, s. 674. Bu ifadenin geçerlilik şartı olarak ele alınamayacağı yönünde bkz: Demir, **Mesafeli Sözleşmeler**, s. 311; Topaloğlu, s. 42-43; Topaloğlu’na göre tüketici, ispat kolaylığı sağlamak adına yazılı şekilde veya güvenli elektronik imzayla elektronik yoldan cayma beyanını satıcıya/sağlayıcıya yöneltmelidir.

⁵⁰⁰ Yücedağ Göztepe, s. 674.

⁵⁰¹ Baş Süzel, **Cayma**, s. 270-272.

⁵⁰² Baş Süzel, **Cayma**, s. 270-272.

başka şekilde cayma hakkını kullandığını ispat edebilecek tüketici açısından uygun olmayan sonuçlar doğuracaktır.

Bu üçüncü görüşe göre, MSY m. 11/1 hükmündeki ifade değerlendirilirken, MSY m. 11/4 hükmünde belirtilen *“Bu maddede geçen cayma hakkının kullanımına ilişkin ispat yükü tüketiciye aittir.”* hükmü nazara alınmalıdır. MSY m. 5/1 (g) hükmü kapsamında satıcı/sağlayıcı, ön bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde, cayma hakkının kullanım usulü ile ilgili bilgileri de tüketiciye sunacaktır. Bu kapsamda tüketici de, cayma hakkını kullanma noktasında ispat yükünün kendisinde olduğuna yönelik bilgilendirmeyi haiz olacaktır. İşte bu üçüncü görüşe göre, tüketiciye MSY m. 5 kapsamında, olması gerektiği gibi bilgilendirme yapıldığında, tüketici zaten cayma hakkını, ispatı kabil şekilde kullanması gerektiğini bilecektir. Tüketicinin, bu bilgilendirme karşısında ispatı kabil olmayan şekilde cayma hakkını kullanması ise, artık tüketicinin katlanması gereken bir durum olarak ele alınacaktır. İşte MSY m. 11/1 hükmündeki ifade de, tüketicinin ispat yükümlülüğünü nasıl yerine getirmesi gerektiğini belirterek, MSY m. 11/4 hükmündeki ispat külfetinin yerine getirilmesini temin etmek amacıyla düzenlemeye konu olmuştur. Bu açıklamalar ışığında, bu üçüncü görüşe göre esasında MSY m. 11/1’deki ifade, bir düzen hükmü mahiyetindedir.

Kanımızca, MSY m. 11/1 hükmündeki ifadenin nasıl nitelendirilmesi gerektiği noktasında, yukarıda anlatılan ikinci görüşün kabul edilmesi yerindedir. İkinci görüş çerçevesinde açıklandığı üzere, TKHK’de cayma bildiriminin şekline yönelik bir düzenleme yok iken; MSY m. 11/1 hükmündeki şekil şartını, geçerlilik şartı olarak ele almak mümkün değildir. Nitekim MSY m. 13/1 hükmündeki düzenleme çerçevesinde, tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde on gün içerisinde elde ettiği malı iade etmekle mükellef tutulduğu düşünülürse; tüketici açısından cayma bildiriminin geçerliliğine yönelik belirsizliğe sebep verebilecek yaklaşımlardan kaçınılmalıdır. Kanımızca üçüncü görüşün ortaya koyduğu yaklaşımı benimsemek de MSY m. 11/1 hükmünün açık düzenlemesi karşısında, mümkün olmayacaktır. Görülmektedir ki THD m. 11/1 (b) düzenlemesine benzer bir düzenleme MSY m. 11/1 çerçevesinde de yer almamaktadır. Bu sebeple de MSY m. 11/1 çerçevesinde yer alan “yazılılık ve kalıcı veri sağlayıcısı ile yöneltilmesi yeterlidir” ifadesini,

MSY m. 11/4 hükmü ile beraber yorumlamak gerekir ve bu ifade, cayma bildiriminin yapıldığının ispatına yönelik şekil şartı olarak değerlendirilmelidir.

Yukarıda belirtilen tartışmalardan ari olarak, MSY m. 11/2 hükmü uyarınca; tüketicinin cayma bildirimini MSY'nin ekinde yer alan formu kullanarak veya cayma kararını bildiren açık bir beyan ile de cayma hakkını kullanabileceği ortaya konulmuştur. MSY m. 11/2 hükmünün ilk cümlesine bakıldığında, THD m. 11/1 hükmü ile paralellik içerdiği görülmektedir. Ancak THD m. 11 çerçevesinde, MSY m. 11/1'de düzenlenen tarzda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada ise, Avrupa Birliği mevzuatı açısından tüketici, Türk hukukundakinin aksine, cayma bildirimini form yoluyla kullanabileceği gibi, herhangi bir şekil sınırlandırması olmadan beyanının açık ve tereddütte mahal vermeyecek nitelikte olması şartıyla da kullanabilecektir. Buna karşın öğretide, THD uygulaması açısından da tüketicinin cayma bildirimini, yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile satıcıya/sağlayıcıya yöneltmesinin daha yerinde olacağı belirtilmiştir⁵⁰³. Zira THD uygulaması açısından da tüketici, cayma hakkını süresi içerisinde cayma bildiriminde bulunduğunu ispat ile mükelleftir. Kanımızca, MSY m. 11/1 hükmü yer almasaydı, Türk hukuku açısından da THD uygulamasında olduğu gibi bir yaklaşım kabul edilebilecekti.

MSY m. 11/2 hükmünün devamında ise, cayma hakkının kullanılmasının etkinliğini artırmak adına bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre satıcının/sağlayıcının, cayma hakkının kullanılması ile ilgili olarak, MSY'nin ekinde yer alan formu veya tüketicinin açık cayma bildirimini sunması için, satıcının/sağlayıcının internet sitesi üzerinden seçenek sunması mümkündür. Böylesine bir seçeneğin, tüketicinin cayma hakkını kullanması noktasında imkânlarını rahatlatacağı açıktır. Nitekim mesafeli sözleşmeler uygulaması internetin gelişmesi ve yayılması ile de oldukça artmıştır ve internet sitesi üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler için satıcının/sağlayıcının veya mesafeli sözleşmenin kurulmasına aracılık eden aracının internet sitesi üzerinden sağlanan sistem sayesinde tüketici "iptal/iade" butonunu kullanarak cayma hakkını kullanabildiğine de uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Steennot, s. 110.

⁵⁰⁴ Çilenti Konuralp, s. 2740.

Ancak, tüketicinin bu yöntemle cayma bildirimini yönlendirmesi halinde, bildirimin satıcı/sağlayıcı tarafından alındığına yönelik belirsizlik yaşayacağı aşıkardır. Hatta, böylesine bir yöntemle tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde, MSY m. 11/4 çerçevesinde ispat yükümlülüğünü yerine getirme noktasında güçlük yaşaması da yüksek ihtimal dahilindedir. Bu kapsamda ise MSY m. 11/2 hükmünün son cümlesindeki düzenleme sayesinde, tüketicinin internet sitesi üzerinden cayma hakkını kullanması halinde; satıcıya/sağlayıcıya, bu cayma bildirimini alındığına yönelik tüketiciyi derhal teyit etme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu halde, satıcının/sağlayıcının internet sitesi üzerinden kendisine yönlendirilmiş cayma bildiriminin, kendisine ulaştığını bildirmesi ve teyit etmesi yükümlülüğü getirilmesinin esas sebebi, genel kural olarak cayma hakkının süresinde kullanıldığına yönelik ispat yükünün tüketiciye ait olması ve bunun karşısında bu ispat yükümlülüğünün yerine getirilmesinde tüketiciye yardımcı olmaktır⁵⁰⁵. Gerçekten de bu halde tüketici, cayma beyanını satıcının veya sağlayıcının kurmuş olduğu internet sitesi üzerinden yaptığında, elinde cayma hakkını zamanında kullandığını ispat açısından yeterli teknolojik imkanlar bulunmayabilir veya bu imkanlara sahip olsa dahi sıradan bir tüketiciden bu imkanlarını kullanmasının beklenmesi ağır sonuçlara sebebiyet verebilir.

MSY'deki bu düzenleme, paralel bir şekilde THD m. 11/3 hükmünde düzenlenmiştir. THD m. 11/3 düzenlemesinde sadece, daha geniş bir düzenleme getirilerek, cayma formunun internet sitesi üzerinden sunulmasından değil; formun, satıcı/sağlayıcı tarafından elektronik ortamda sunulması ve tüketicinin de bu elektronik formu kullanması halinden bahsedilmiştir. Kanımızca, satıcının/sağlayıcının bu derhal teyit yükümlülüğünü yerine getirmemesi karşısında, MSY m. 11/4 çerçevesinde tüketiciye yüklenen ispat külfeti, artık satıcıya/sağlayıcıya geçecektir.

MSY m. 11/3 hükmü ise, sesli iletişim yolları ile kurulan mesafeli sözleşmelerde cayma hakkına ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir. Yapılan bu özel düzenlemenin ilk kısmı, tüketicinin cayma bildirimi ile ilgili olarak bir üst bentte düzenlenmiş, MSY'nin ekinde bulunan cayma formunun tüketiciye ulaştırılması ile ilgilidir. Niteliği itibarıyla farklılık gösteren sesli iletişim yoluyla yapılan mesafeli

⁵⁰⁵ Avcı Braun, s. 37; Çabri, s. 886.

sözleşmeler için MSY m. 6/3 uyarınca; satıcının/sağlayıcının, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önceki bilgilendirme yükümlülüğü sadece MSY m. 5/1 (a, d, g ve h) bentleri ile sınırlıdır. Satıcı/sağlayıcı, MSY m. 5/1 çerçevesinde geri kalan hususlarda ise tüketicii; en geç malın teslimine veya hizmet ifasının başlangıç anına kadar – ez cümle mesafeli sözleşmenin kurulmasından sonra – bilgilendirecektir. Bu durumla paralel olarak, MSY m. 11/3 hükmü uyarınca; sesli iletişim yoluyla kurulan mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin cayma hakkının etkinliğini sağlamak adına, MSY ekinde bulunan cayma formunun da tüketiciye, en geç mal teslimi veya hizmet ifasının başlangıç anına kadar iletilmesi gerekir. Nitekim öğretide, kanımızca haklı olarak; sesli iletişim yoluyla kurulan mesafeli sözleşmeler için, cayma formunun belirtilen sürelerde tüketiciye teslim edilmemesi halinin, ön bilgilendirme yükümlülüğünün olması gerektiği gibi yerine getirilmemesine sebebiyet vereceği ifade edilmiştir⁵⁰⁶.

Cayma hakkının kullanılması ve bildirimi ile ilgili olarak ortaya konulması gereken son husus ise, cayma bildiriminin açık bir irade beyanı içeriyor olması gerekliliğidir. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, tüketicinin cayma bildiriminde açık bir irade beyanında bulunmaması ve kendisine gönderilen malı, satıcıya/sağlayıcıya iade etmesi halinde; tüketicinin hangi hukuki sebepten dolayı – örneğin ayıptan kaynaklanan haklarını kullanması sonucu mu iadede bulunduğu yoksa cayma hakkını kullanması sonucu mu iadede bulunduğunu – tespit etmek, satıcı/sağlayıcı açısından mümkün olmayacaktır⁵⁰⁷. Bu çerçevede tüketicinin, açık cayma bildiriminde bulunmayıp, sadece malı iade etmesi halinde, cayma hakkını MSY m. 11 hükmüne uygun kullandığından bahsetmek mümkün olmayacaktır⁵⁰⁸. Nitekim MSY m. 11/2 hükmünde de tüketicinin, cayma hakkına ilişkin formu kullanarak veya cayma hakkını kullandığına yönelik açık irade beyanında bulunarak cayma hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, THD m. 11/1 (b) hükmünde de cayma hakkının, açık bir iade beyanıyla kullanılması gerektiği düzenlenmiştir.

⁵⁰⁶ Çabri, s. 886.

⁵⁰⁷ Baş Süzel, **Cayma**, s. 272.

⁵⁰⁸ Yücedağ Göztepe, s. 674.

2- Cayma Hakkının Kullanımına İlişkin İspat Yükü

Cayma hakkının kullanılması ne herhangi bir sebebin varlığına ne de satıcının/sağlayıcının kusuruna bağlıdır. Bu kapsamda tüketici, kurarken zayıf ve karanlıkta kaldığı, ve sözleşmeye konu malı veya hizmeti önceden inceleme fırsatı bulmadığı mesafeli sözleşmenin yükümlülüklerinden ve bağlayıcılığından, kolay bir şekilde kurtulabilecektir. Bununla beraber MSY m. 11/4 hükmüne göre tüketici; cayma hakkını, TKHK ve MSY hükümlerine uygun olarak kullandığını ispatla mükelleftir. Tüketicinin MSY m. 11/4 hükmündeki ispat yükü, cayma hakkının süresi içerisinde ve MSY m. 11 hükmünde belirtilen ispat şekline uygun şekilde kullanıldığına yönelik olmalıdır. Açıktır ki tüketici, cayma hakkını kullanmak için herhangi bir sebebe dayanmadığı veya satıcının/sağlayıcının kusurunun varlığı ile ilgili olmadığı için tüketicinin; cayma hakkını ne için kullandığına yönelik bir ispat yükü bulunmamaktadır.

III- Cayma Hakkının Kullanılmasının Tüketici Açısından Sonuçları

MSY m. 11 vd. hükümleri incelendiğinde, cayma hakkının kullanılması ile mesafeli sözleşmenin hukuki akıbetinin ne olacağını düzenlemektense; mesafeli sözleşmenin tarafları açısından doğan yükümlülüklerinin ne olduğu düzenlenmiştir. Bununla beraber, tüketicinin cayma hakkını kullanması ile mesafeli sözleşme geriye etkili olacak şekilde sona erecektir⁵⁰⁹. Cayma hakkının ileri sürülmesi ile beraber mesafeli sözleşme çerçevesinde tüketiciye teslim edilmiş mal ise satıcıya gerisin geri dönecektir⁵¹⁰. Bu sebeple, cayma hakkının kullanılması ile beraber mesafeli sözleşme, aynı etkili dönme teorisi çerçevesinde geriye etkili olacak şekilde sona erer. Bu kapsamda ise, mesafeli sözleşme taraflarının aldıklarını iade borcu doğacaktır. Tüketicinin cayma hakkını kullanması ile on gün içerisinde iade yükümlülüğü, MSY m. 13/1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna karşın, MSY m. 12/3 hükmüne göre, iade masraflarından, genel kural olarak, tüketici değil; satıcı sorumlu olacaktır. MSY m. 13/2 hükmünde ise; tüketicinin, mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmeler ile ilgili olarak, iade edeceği mal üzerinde meydana gelen değişikliklerden sorumlu olup olmayacağı meselesi düzenlenmiştir.

⁵⁰⁹ Erten, s. 211-212; Çabri, s. 886.

⁵¹⁰ Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, s. 185.

Şimdiden belirtmek gerekir ki MSY m. 13 hükmü, hizmet ifasına ilişkin mesafeli sözleşmeleri de içeren bir düzenlemeyi haiz değildir. MSY m. 13 düzenlemesi, içeriği itibarıyla mal teslimine ilişkin sözleşmeleri kapsamaktadır. Buna karşın, MSY m. 15/1 (h) hükmü gereği, cayma hakkı süresi içerisinde tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmete ilişkin sözleşmeler açısından, zaten cayma hakkı kullanılamayacaktır. Tüketicinin, hizmet ifasına henüz onay vermeden cayma hakkını kullanması halinde ise zaten henüz elde ettiği bir şey olmadığından; onun iadesinden de bahsedilmesine gerek olmayacaktır⁵¹¹.

A. Tüketicinin Mal İade Yükümlülüğü

MSY m. 13/1 hükmü incelendiğinde, mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmeler ile ilgili olarak tüketicinin, elde ettiği malı satıcıya iade yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu hükme göre, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce yapılan ön bilgilendirme kapsamında veya tüketicinin cayma hakkını kullanmasını müteakip, satıcı tarafından mesafeli sözleşme konusu malın bizzat kendisi tarafından iade alınacağını tüketiciye bildirmediği; tüketicinin, cayma bildirimini yönelttiği tarihten itibaren on gün içerisinde, malı – ve varsa semerelerini⁵¹², satıcıya veya onun yetkilendirdiği üçüncü kişiye iade yükümlülüğü vardır. Eğer ki satıcı, malın bizzat tüketiciden alınacağına yönelik bir beyanda bulunmuş ise bu halde artık tüketicinin iade borcu kapsamında, sözleşmeye konu malı gönderme borcu bulunmamaktadır⁵¹³. Bu kapsamda, satıcının malı kendisinin iade alacağına yönelik beyanı, tüketicinin iade yükümlülüğünün istisnasını oluşturur⁵¹⁴. Ancak, bu halde tüketicinin malı, satıcı tarafından iade alınmasına hazır etme yükümlülüğünün var olduğunu unutmamak gerekir⁵¹⁵.

TKHK m. 48/4 ve MSY m. 13/1 düzenlemesine göre, iade için öngörülen on günlük süre, cayma bildirimini satıcıya yönlendirilmesi ile başlayacaktır. Buna göre, cayma bildirimini satıcıya varması amacıyla tüketicinin hâkimiyet alanından çıkması ile on günlük süre işlemeye başlayacaktır; bu on günlük sürenin başlaması için cayma bildirimini bizzat satıcıya tebliği gerekmez⁵¹⁶. Bununla beraber, cayma

⁵¹¹ Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, s. 187.

⁵¹² Aydoğdu/Kahveci, s. 283.

⁵¹³ Çabri, s. 889.

⁵¹⁴ Arslan, s. 163.

⁵¹⁵ Topaloğlu, **Milli Şerh**, s. 792.

⁵¹⁶ Zevkliler/Özel, s. 329.

bildiriminin MSY m. 11/2 çerçevesinde, satıcının internet sitesi üzerinden tüketiciye seçenek sunması ve tüketicinin de bu seçeneği kullanarak cayma bildirimini yöneltmesi halinde on günlük süre, cayma bildiriminin ulaştığına yönelik satıcı tarafından verilecek teyit bildirimi ile başlaması gerektiğini hatırlatmak gerekir. Zira tüketicinin bu şekilde cayma hakkını kullanması halinde, satıcının internet sitesindeki sistemin gerçekten çalışıp çalışmadığına yönelik, güncel bir bilgiye sahip olması beklenemez.

Mülga MSDY m. 8/1 düzenlemesi ise MSY m. 13/1 düzenlemesinden farklı olarak, mesafeli sözleşme konusu malın iadesi yükümlülüğünü tüketiciye yüklememekte; tam tersine, satıcıya malın geri alınmasına yönelik bir yükümlülük yüklemektedir⁵¹⁷. Bu MSDY düzenlemesi karşısında ise satıcıların aktif davranma yükümlülüğü bulunmakta; ya malı bizzat kendisi almalı ya da malın, masrafları kendisine ait olacak şekilde, tüketicinin bulunduğu yerden alınmasını sağlamalıydı⁵¹⁸. Ayrıca iade süresi, cayma bildiriminin satıcıya ulaştığı tarihten itibaren yirmi gün olarak belirlenmişti. Görülmektedir ki MSY m. 13 düzenlemesi ile malı iade etme yükümlülüğü, satıcıdan tüketiciye kaydırılmıştır ve artık tüketicinin aktif davranışını gerektiren bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için öngörülen süre kısaltılmıştır. Ancak, iade çerçevesinde oluşan masraflardan, her iki düzenleme açısından da satıcı sorumludur. Satıcının, cayma hakkının kullanılması sonucu iade masraflarından sorumluluğu Türk hukuku açısından satıcıya⁵¹⁹; AB hukuku açısından tüketiciye yükletilmiştir. Her ne kadar MSY m. 13/1 hükmü ile malı iade yükümlülüğü, tüketici üzerinde olacak şekilde düzenlenmiş ise de bu iadede kaynaklanan masraflardan tüketici değil; MSY m. 12/3 hükmü gereğince satıcı sorumlu olacaktır. Halbuki bu iade masraflarından sorumluluk; THD m. 14/1 düzenlemesi çerçevesinde, AB hukuku açısından tam tersi olacak şekilde, tüketiciye yükletilmiştir.

⁵¹⁷ MSDY m. 8/1: “Tüketicinin cayma hakkını kullanması hâlinde satıcı veya sağlayıcı, cayma bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç on gün içerisinde almış olduğu toplam bedeli ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi tüketiciye hiçbir masraf yüklemeksizin iade etmek ve yirmi gün içerisinde de malı geri almakla yükümlüdür.”

⁵¹⁸ Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, s. 187.

⁵¹⁹ Bununla beraber öğretide, küçük işletmeleri korumak adına belirli bir miktarın altında bedel içeren mesafeli sözleşmelerde, iade masraflarının tüketiciye yükletilmesinin, daha uygun olacağını söyleyen yazarlar da bulunmaktadır. Bknz. Bozbel, s. 799.

Tüketici, iade için öngörülen bu on günlük süre içerisinde malın iadesini satıcıya veya onun yetkilendirdiği kişiye sağlamalıdır. Ancak, tüketicinin iade yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılması için malın, bu on gün içerisinde satıcının veya onun yetkilendirdiği kişinin hâkimiyet alanına girmesine veya bizzat teslim edilmesine gerek yoktur. Tüketicinin, bu on gün içerisinde malı geri göndermiş olması yeterlidir; ayrıca iade edilen malın satıcıya varmış olması gerekmez⁵²⁰. Tüketicinin, malı iade yükümlülüğünü MSY m. 13/1’de öngörülen on günlük süre içerisinde yerine getirmemesi halinde, ayrıca bir ihtar veya merasime gerek olmadan tüketicinin iade borcunu yerine getirmede temerrüde düştüğü kabul edilir⁵²¹. Önemle belirtmek gerekir ki tüketicinin, bu on günlük süre içerisinde iade yükümlülüğünü yerine getirmemesi, caymadan vazgeçtiği veya mesafeli sözleşmeden caymadığı anlamına gelmeyecektir⁵²².

Avrupa Birliği hukuku açısından tüketicinin iade yükümlülüğü ise THD m. 14/1 hükmü ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme de tıpkı MSY m. 13/1 hükmünde olduğu gibi, malın iade yükümlülüğünü tüketiciye yüklemiştir. Ancak, MSY m. 13/1 hükmünden farklı olarak tüketicinin iade yükümlülüğü için on değil; on dört günlük bir süre öngörülmüştür. MSY m. 13/1 hükmünde, neden THD m. 14/1 düzenlemesinden ayrılarak; tüketicinin iade yükümlülüğünü yerine getirme süresinin daha kısa tutulduğunu tespit etmek mümkün değildir. Bir ihtimal, tüketicinin iade yükümlülüğü için öngörülen sürenin daha kısa tutulmasının, aşağıda daha detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere, özellikle satıcının/sağlayıcının bedel iadesi için öngörülen on dört gün süre (MSY m. 12/1 – THD m. 13/1) ile beraber değerlendirildiğinde; mesafeli sözleşme taraflarının karşılıklı iade borçlarından hangisinin daha önce ifa edilmesi gerektiğini tespit etme noktasında fayda sağladığı şeklinde bir değerlendirme yapılabilir. Ancak açıktır ki böylesine bir belirsizliği, THD m. 13/3 hükmüne benzer bir şekilde kolayca ortadan kaldırmak da mümkündür.

THD m. 14/1 uyarınca satıcı/sağlayıcı, malı bizzat kendisinin alacağına yönelik bir beyanda bulunmadıkça tüketici; THD m. 11 hükmüne uygun olarak oluşturduğu

⁵²⁰ Yücedağ Göztepe, s. 676.

⁵²¹ Çabri, s. 889.

⁵²² Buna karşın, FHMSY kapsamında kalan mesafeli sözleşmeler ile alakalı olarak, Yönetmeliğin 11. maddesi gereğince tüketicinin iade yükümlülüğünü zamanında yerine getirmediği hallerde, mesafeli sözleşmeden caymadığı kabul edilmektedir. Güneş, s. 129-130. Ayrıca bkz. Çabri, s. 889: Yazara göre mesafeli sözleşmeler için de tüketicinin süresinde iade borcunu yerine getirmemesi halinde sözleşmeden caymamış sayılacağına yönelik bir düzenleme yapılması gerekirdi.

cayma bildirimini yöneltmesinden itibaren gecikmeksizin ve en geç on dört gün içerisinde malı satıcıya veya onun yetkilendirdiği üçüncü kişiye iade etmekle yükümlüdür. THD m. 14/1 (ilk paragraf, son cümle) hükmü ise, on dört gün içerisinde tüketicinin malı göndermiş olmasının, iade yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması noktasında yeterli sayılacağına, ezcümle bizzat bu süre içerisinde malın, satıcıya ulaşmasının aranmayacağına yönelik bir düzenleme içermektedir. MSY m. 13/1 çerçevesinde böyle bir düzenleme bulunmamakla beraber, Türk hukuku açısından da durumun böyle olduğu, yukarıda belirtilmiştir.

B. Mutat Kullanım Kavramı ve Tüketicinin Mutat Kullanımı Aşan Kullanımdan Kaynaklanan Sorumluluğu

Mesafeli sözleşmenin tarafı olan tüketici, diğer taraf olan satıcıya/sağlayıcıya karşı; daha zayıf ve karanlıkta kalan bir konumda olması ve sözleşmeye konu mal veya hizmeti sözleşme kurulurken inceleme ve gözden geçirme fırsatı olmaması sebebiyle, cayma hakkının korumasından faydalanmaktadır. Tüketici, bu cayma hakkını kullanarak mesafeli sözleşmenin etkilerini geriye etkili olarak sonlandırabilecektir; taahhüt ettiği edimleri yerine getirmekten kurtulabilecektir⁵²³; yerine getirmiş olduğu edimlerin iadesini talep edebilecektir. Tüketici, bu cayma hakkını herhangi bir sebebe veya satıcının/sağlayıcının kusuruna bağlı olmadan kullanabilmektedir. Tüketicinin cayma hakkını kullanmadan evvel, geçerli şekilde kurulmuş ve etkilerini gösteren mesafeli sözleşme ilişkisi dâhilinde kendisine teslim edilen mal üzerinde belirli şekillerde kullanımda bulunması mümkün ve gayet olağandır. Zira tüketici, geçerli bir şekilde etkilerini doğurmuş sözleşme dahilinde kendisine teslim edilen malı kullanmaktadır.

Eğer ki TKHK m. 48/2, MSY m. 13/2 ve THD m. 14/2 hükümleri ile tüketicinin, mutat kullanımı aşan kullanımlarından sorumlu olabileceğine yönelik bir düzenleme olmasa idi; bu durum tüketicilerin cayma süresi içerisinde, kendisine teslim edilmiş malı dilediği gibi kullanması⁵²⁴ ve ondan sonra da cayma hakkını kullanarak mesafeli sözleşme ve onun yükümlülüklerinden kolayca kurtulabildiği,

⁵²³ Baş Süzel, **Cayma**, s. 289.

⁵²⁴ Luzak, s. 95: Eğer ki tüketicilere malın tesliminden sonra kullanılmasına imkan veriliyor ise, tüketicilerin, malın gerçek değerini anlamak için yapacakları inceleme yerine, bunu çok daha aşan kullanımlarda bulunması mümkündür.

fırsatçı bir ortamın oluşmasına sebebiyet verirdi⁵²⁵. Açıktır ki böylesine bir sonuç, satıcılar açısından çok ağır ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına sebebiyet verirdi. Bu durum ise satıcıların, mal veya hizmetlerini uzaktan pazarlama sistemleri içerisinde değil de daha konvansiyonel yöntemlerle satma eğilimine girmeleri sonucunu doğururdu. Zira satıcıların mallarını mağazada fiziksel olarak satışa sunduğu ihtimalde, malı satın almak adına mağazaya gelen tüketiciler; malı inceleme ve gözden geçirmeye yönelik fiillerde bulunduktan sonra malı alma kararını verecek, malı alma kararına uygun olarak sözleşmeyi kuracak, dahası, tüketici bu kararı ile bağlı olacaktır. Satıcı bu ihtimalde, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınan ve kullanılması için herhangi bir sebep gerektirmeyen cayma hakkı çerçevesinde, sattığı malı iade almak tehlikesi ile de karşı karşıya kalmayacaktır. İşte ortaya çıkan bu durum ise, mesafeli sözleşmelerin ortaya çıkma temelleri ile tamamen ters düşerdi.

Halbuki mesafeli sözleşmelerde tüketicilere cayma hakkı; elde edeceği malı, mesafeli sözleşme kurulurken fiziksel olarak inceleyemeyen, gözden geçiremeyen veya deneyemeyen tüketiciye, malı teslim alması ile beraber artık o malı inceleme ve gözden geçirme imkanı bulması ile, gerçekten mesafeli sözleşme ilişkisini devam ettirmek isteyip istemediğine yönelik bir imkan (*cooling-off period*) vermek⁵²⁶; ve eğer devam ettirmek istemiyorsa o mesafeli sözleşmeden kurtulmasını sağlamak amacıyla tanınmaktadır⁵²⁷. Cayma hakkının sınırlarını belirlerken de bu doğrultuda ilerlemek gerekir; yoksa mesafeli sözleşmelerde cayma hakkının kapsamı, tüketicilere malı dilediği gibi kullanma, deneme veya tecrübe etme imkanı tanıyarak, o malı gerçekten isteyip istemediğine yönelik bir imkan verme şeklinde ele alınamaz⁵²⁸.

Buna karşın, tüketicinin kendisine teslim edilen malı hiç inceleyemiyor, gözden geçiremiyor veya bu amaçlarla kullanamıyor olması ihtimalinde de cayma hakkının etkinliğinin azalacağını da nazara almak gerekir⁵²⁹. Tüketicinin, kendisine teslim edilen malı herhangi bir hukuki tehlikeye girmeden, gözden geçirmesine ve

⁵²⁵ Eidenmüller, s. 21; Luzak, s. 95.

⁵²⁶ Baysal, s. 281.

⁵²⁷ Tüketicinin zayıf ve karanlık konumda olması; bu kapsamda bilgi asimetrisine maruz kalması da, bizim katıldığımız görüşe göre tüketiciye cayma hakkı tanınması nedenlerinden birisidir.

⁵²⁸ Baş Süzal, **Cayma**, s. 295.

⁵²⁹ Bozbel/Atalı, s. 473; Abril/Blazquez/Evora, s. 41.

incelemesine imkân vermek gerekir⁵³⁰. Mamafih, tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde, sadece malı elinde bulundurmasından ve sonra iade etmesinden dolayı bir tazminat sorumluluğunun doğacağı tehlikesi ile de karşı karşıya bırakmamak gerekir⁵³¹. Bu çerçevede ise tüketicinin, cayma hakkını kullanmadan önce mal üzerinde yapacağı hangi kullanımların hukuken korunacağı; buna karşın, hangi kullanımlarının da tüketicinin sorumluluğunun doğurabileceğini belirlemek, önemlidir.

Belirtmek isteriz ki, tüketicinin hukuken korumaya değer görülen ve bu kapsamda tazmin sorumluluğunu doğurmayan kullanımlarına yönelik bir tabir birliği, ilgili mevzuatlarda mevcut değildir. Biz bundan sonra, TKHK m. 48/4 hükmünde belirtilen, “mutat kullanım” tabirini esas alacağız ve tüketicinin hukuken korunan kullanımlarını ifade etmek için, bu tabiri kullanacağız.

Tüketicinin MSY m. 13/2 (ve THD m. 14/2) çerçevesinde sorumluluğunun doğması için, mesafeli sözleşme çerçevesinde kendisine teslim edilen mal üzerinde (i) mutat kullanımı aşan bir kullanımda bulunması; (ii) bu kullanımı sonucu, malda bir değer azalması (bozulma) olması ve son olarak da (iii) tüketicinin bu sorumluluğuna yönelik önceden bilgilendirilmiş olması gerekir⁵³². Aşağıda, öncelikle “mutat kullanım” kavramının sınırları belirlenmiştir; devamında ise tüketicinin bu sorumluluğunun doğması için gereken diğer şartları inceleyeceğiz.

Ancak, tüketicinin MSY m. 13/2 (ve THD m. 14/2) çerçevesine mutat kullanımı aşan ve malın değerinde azalmaya veya bozulmaya sebebiyet vermesi halinde, bu durumun tüketicinin cayma hakkını ortadan kaldırıp kaldırmadığı meselesine, öncelikli olarak, değinmek gerekir. Gerek TKHK m. 48/4’de gerek MSY m. 13’de gerekse de THD m. 14 kapsamında, böyle bir halde tüketicinin cayma hakkını kaybedeceğine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. THD’nin Giriş (47) paragrafında ise tüketicinin mutat kullanımı aşan kullanımından dolayı malda bozulma veya değer azalması meydana gelmesinin, tüketicinin cayma hakkını kullanmasına engel olmayacağı ve ancak tüketicinin bunu tazmin etmekle mükellef

⁵³⁰ Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, s. 30.

⁵³¹ Abril/Blazquez/Evora, s. 41.

⁵³² Çilenti Konuralp, s. 2748; Dönmez, s. 375; Bozbel/Atalı, s. 473; Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, s. 30.

olduğu belirtilmiştir. Bunun haricinde mutata kullanımını aşılması halinde tüketicinin cayma hakkını kaybedeceğine yönelik bir ifadeye rastlanmamaktadır.

İlgili mevzuat düzenlemelerinde tüketicinin mutata kullanımını aşarak malda değer azalmasına veya bozulmasına sebebiyet verdiği halde, cayma hakkını kaybedeceğine yönelik açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, yorum yoluyla, tüketicinin cayma hakkını kaybedeceğini söylemek mümkün değildir. Tüketicinin korunması hukukunun temel ilkelerinden biri, tüketicinin lehine olacak şekilde yorum yapmaktır⁵³³. Bu noktada, tüketicinin mutata kullanımını aşması halinde cayma hakkının korumasından faydalanamayacağını ileri sürmek ise, tüketicinin lehine yorum ilkesi ile çelişecektir⁵³⁴. Kaldı ki MSY m. 15 hükmü çerçevesinde, cayma hakkının istisnaları açık şekilde düzenlenmiştir. Bu istisna hükümleri altında, mutata kullanımının aşılması sonucunda ortaya değer azalması veya bozulma çıkması halinde, cayma hakkının kullanılamayacağına yönelik bir düzenleme de mevcut değildir. Nitekim öğretide de, mutata kullanımını aşan bir kullanım olması halinde, bu durumun tüketicinin, cayma hakkına etki etmeyeceği; ancak tazminat yükümlülüğünü doğuracağı ifade edilmiştir⁵³⁵. Biz de yukarıda açıkladığımız sebepler ile bu görüş içerisindeyiz.

Buna karşın belirtmek gerekir ki öğretide, her ne kadar mevcut düzenleme çerçevesinde, tüketicinin mutata kullanımını aşması halinde doğan sorumluluğunun, maldaki değer azalmasını tazmin etme borcu olduğunu belirtmesine karşın; esasında burada, tüketicinin cayma hakkını kullanamamasına yönelik bir düzenlemenin daha yerinde olacağını ifade eden görüş de mevcuttur⁵³⁶. Bunun yanında, tüketicinin, kendisine mesafeli sözleşme ile teslim edilen malı, mutata kullanımını aşar şekilde “hor kullanması” halinde, artık tüketicinin malı beğendiğinden ve örtülü kabulünün oluşmasından bahisle; cayma hakkını kullanmasının mümkün olmayacağını ifade eden bir görüş de mevcuttur⁵³⁷.

⁵³³ Sirmen, s. 2472.

⁵³⁴ Çilenti Konuralp, s. 2748.

⁵³⁵ Çilenti Konuralp, s. 2748.

⁵³⁶ Çabri, s. 889.

⁵³⁷ Aydoğdu, s. 412.

1- Mutat Kullanım Kavramı ve Mutat Kullanımı Aşan Haller

TKHK m. 48/4 hükmü tüketicinin, cayma hakkı süresi içerisinde, kendisine mesafeli sözleşme ile teslim edilmiş malın “mutat kullanımı” sonucu oluşan değişikliklerden ve bozulmalardan sorumlu olmadığını düzenleme altına almıştır. Buna karşın, *mutat kullanım* tabirinden ne anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak herhangi bir başka düzenlemeye, TKHK m. 48 çerçevesinde rastlanmamaktadır. Sadece TKHK m. 48/4 açısından meseleye bakıldığında, tüketicinin hangi kullanımının kanun koyucu tarafından korunmaya değer bulunduğu pek anlaşılmamaktadır.

MSY m. 13/2 hükmü ise daha açıklayıcı bir yaklaşımla; tüketicinin, kendisine teslim edilen malın “*işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun bir şekilde*” kullanılması halinde, bundan dolayı ortaya çıkacak değişikliklerden ve bozulmalardan tüketicinin sorumlu olmayacağını düzenleme altına almıştır.

Türk hukuku açısından MSY m. 13/2’de ortaya konulan mutat kullanım halinin oldukça geniş bir ifade ile ele alındığı görülmektedir⁵³⁸. MSY m. 13/2’nin lafzı itibarıyla meseleye yaklaşıldığında sanki tüketicinin malı, “*işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun*” şekilde kullanıldığı müddetçe, kullanımın kapsamı ne olursa olsun bundan kaynaklanan bozulmalardan veya değer azalmalarından tüketicinin sorumlu olmayacağı sonucu çıkabilmektedir⁵³⁹. Ancak böylesine bir yaklaşım, öğretide de haklı şekilde ifade edildiği üzere, tüketiciye cayma hakkının tanınması amacı ile ters düşecektir⁵⁴⁰. Şöyle ki: Bir malın, “*işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun*” şekilde kullanılmasına karşın, bu kullanım sonucunda malın değerinde bir azalma veya malda bozulmaya sebebiyet vermek, gayet tabi, mümkündür. Mesela, günlük kullanıma uygun bir yol bisikleti, işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun olarak; sadece asfalt yolda ve kısa mesafeleri kat etmek için kullanılsa bile, artık ekonomik değerinin hiç yola çıkarılmamış bir bisiklet ile aynı olmayacağı açıktır. Çünkü en azından o bisikletin tekerlekleri aşınmaya başlamıştır, frenleri ise sürtünmeye maruz kalmıştır. Bu halde tüketicinin yola çıkarıp; ihtiyaçları

⁵³⁸ Baş Süzel, **Cayma**, s. 297.

⁵³⁹ Yücedağ Göztepe, s. 677.

⁵⁴⁰ Çilenti Konuralp, s. 2744; Baş Süzel, **Cayma**, s. 297-298.

doğrultusunda - çok değil, sadece bir günlüğüne bile olsa - kullandığı bir bisikleti, cayma hakkını kullanarak iade etmesi halinde, bisikletin kullanılmış olmasından dolayı oluşacak değer azalmalarından satıcıyı sorumlu tutmak, ne kadar hakkaniyete uygun bir sonuç doğuracaktır? Böylesine bir halde, satıcının mevzu bahis bisikleti, tabiri caizse “sıfır kilometre” olarak satması mümkün değildir. Bir an için öyle satmak istese bile kullanılmış tekerlekleri yenilemeli, aşınmaya başlamış frenleri ise tamirattan geçirmelidir. Tüm bunlar ise satıcı açısından belirli bir maliyetin oluşmasına sebebiyet verecektir. Kanımca satıcıyı bu maliyetlerden sorumlu tutmak, cayma hakkının kullanılması için satıcının herhangi bir kusurunun aranmadığı halde; adil olmayacaktır.

Yukarıda verilen bu örneği, MSY m. 13/2’nin lafzı itibarıyla değerlendirdiğimizde, gerçekten de bu maliyetlere satıcı katlanacaktır. Çünkü bu ihtimalde tüketici bisikleti; işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun olarak kullanmıştır. Ancak açıktır ki böylesine bir yaklaşım, bisikleti mağazaya gidip almayı tercih eden tüketici ile o bisikleti mesafeli şekilde almayı tercih eden tüketici arasında bir eşitsizlik yaratacaktır⁵⁴¹. Zira o bisikleti mağazaya gidip alan tüketici, bisikleti hiçbir zaman dilediği gibi yola çıkarma imkânı bulamayacak ve sadece satıcının sunduğu imkân dâhilinde bisikleti gözden geçirecek ve inceleyebilecektir. Üstüne üstlük o bisikleti mağazaya gidip alan tüketici, mesafeli sözleşmenin tarafı tüketicinin aksine, herhangi bir sebebe gerek olmadan satış sözleşmesinden dilediği gibi de kurtulamayacaktır.

Bu tarz bir yaklaşımın muhtemel olumsuz sonuçları, AB kanun koyucusu tarafından göze alınmış olmalıdır ki THD’nin “*Giriş*” kısmındaki (47) numaralı açıklamada; THD m. 14/2 hükmü çerçevesinde tüketicinin mesafeli sözleşme ile kendisine teslim edilen malın tabiatını, karakteristik özelliklerini ve işleyişini anlayabilmek için yapacağı kullanım; o malın fiziken mağazaya gidilerek satın alınması ihtimalinde, tüketiciye izin verilecek gözden geçirmenin ve incelemenin kapsamı ile sınırlı olması gerektiği, ifade edilmiştir.

⁵⁴¹ Peter Rott, “Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?”, **German Law Journal**, C. 12, S. 7, Cambridge University Press, 2006, (Harmonising Different Rights of Withdrawal) s. 1126.

THD m. 14/2'ye göre ise, malın tabiatını, karakteristik özelliklerini ve işleyişini ortaya koymak için tüketicinin yapacağı kullanım, “*mutat kullanım*” olarak değerlendirilir. Mutat kullanımın aşılması halinde malın değerinde bir azalma oluyorsa, tüketicinin sorumluluğundan bahsedilebilecektir. Bu çerçevede ise THD m. 14/2 açısından mutat kullanımın sınırı, eğer ki tüketici malı mesafeli şekilde değil de bizzat satıcının/sağlayıcının mağazasına gitse idi, yapacağı inceleme ve gözden geçirmenin kapsamı ne idi ise, ona göre belirlenecektir⁵⁴². Tüketicinin, mesafeli sözleşme ile kendisine teslim edilen malın doğasını, karakteristik özelliklerini ve fonksiyonunu anlamak için yapacağı kullanım; malın incelenmesi ve gözden geçirilmesine yönelik olmalıdır ve bilfiil mağazaya giderek bunları anlamak için yapacağı inceleme ve gözden geçirme ile sınırlı olmalıdır. Görülmektedir ki THD uygulaması açısından, esasında, mağazaya gidip alışverişini yapmayı tercih eden tüketici ile mesafeli sözleşmenin tarafı olan tüketici arasında, menfaat dengesi açısından, bir ayırım yapılmaması esas alınmıştır⁵⁴³.

THD'nin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de Avrupa Birliği hukukunda tüketici tarafından cayma hakkı süresi boyunca yapılan kullanımlardan dolayı, tüketicinin bir tazminat ödemekle mükellef tutulup tutulamayacağı meselesi tartışılmıştır. ABAD bu meseleyi 2009 yılında verdiği *Pia Messner* kararında incelemiştir⁵⁴⁴.

Karara konu olayı ABAD'ın önüne ön sorun (*preliminary ruling*) olarak getiren Alman yerel mahkemesi, esasında; cayma hakkı süresi boyunca yapmış olduğu kullanımdan kaynaklı olarak tüketiciyi, bu kullanımının karşılığında bir tazminat ödeme borcu altına sokacak iç hukuk kuralının, mülga MSD m. 6⁵⁴⁵ hükmüne aykırı olup olmadığını sormuştur⁵⁴⁶. Bu kararında ABAD, öncelikle, mülga MSD m. 6 hükmü çerçevesinde, mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin tazmin borcunun, sadece malın iadesi halinde doğacak doğrudan gönderim masraflarına

⁵⁴² Steennot, s. 111; Ben-Sharar/Posner, s. 119.

⁵⁴³ Çilenti Konuralp s. 2743.

⁵⁴⁴ ABAD, C-489/07, T. 03.09.2009, (<https://curia.europa.eu> – Erişim Tarihi: 01.08.2022). Bu kararın özeti için ise bkz. Hans-W. Micklitz / Betül Kaş, “Overview of Cases Before the CJEU on European Consumer Contract Law”, **European Review of Contract Law**, Ed: Stefan Grundmann, C. 10, S. 1, De Gruyter Publications, 2014, s. 50-53.

⁵⁴⁵ Karş. THD m. 14.

⁵⁴⁶ C-489/07, P. 17.

(*direct cost of returning*) yönelik olması gerektiğini ortaya koymuştur⁵⁴⁷. Devamında ise, tüketicinin malı elinde bulundurduğu süre boyunca, onu sadece gözden geçirmek ve incelemek için yapacağı kullanımlardan sorumlu tutmanın, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkının tanınması amacı ile ters düşeceğini, zira bu sözleşmelerde tüketiciye bu hakkın tanınmasının altında, tüketicinin malı önceden inceleyemiyor ve gözden geçiremiyor olmasının yattığını ifade etmiştir⁵⁴⁸.

Ancak ABAD *Pia Messner* kararında, yukarıda açıkladığımız hususları ortaya koyduktan sonra, mülga MSD çerçevesinde tüketiciye tanınan bu korumanın ve cayma hakkının kullanılmasından dolayı tüketicinin herhangi bir tazminat yükümlülüğünün olmadığına yönelik kuralın; cayma hakkının etkinliğini sağlamak adına var olduğunu ve bu kapsamda, cayma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına halel getirmemek kaydı ile üye devletlerin, tüketiciler tarafından hukuka ve iyi niyete aykırı veya tüketicinin sebepsiz zenginleşmesine sebebiyet verecek kullanımları sonucu, tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmesine yönelik iç hukuk düzenlemelerinin, MSD m. 6 hükmüne aykırı olmayacağını belirtmiştir⁵⁴⁹.

THD'nin yürürlüğe girmesinden önce ABAD tarafından verilmiş bu karar ile mesafeli sözleşme çerçevesinde tüketiciye teslim edilen malın sadece denenmesine yönelik bir kullanım ile gerçekten kullanılması arasında bir ayrım yapılması gerektiği ifade edilmiştir; nitekim görülmektedir ki Avrupa Birliği kanun koyucusu da buna uygun şekilde hareket ederek THD m. 14/2 düzenlemesini getirmiştir⁵⁵⁰.

İşte meseleye, Türk hukuku açısından da bu doğrultuda bakmak gerekir. Öğretide de mutlak kullanım kavramının Türk hukukunda, MSY m. 13/2 hükmünün lafzında belirtildiği gibi değil, yukarıda açıklananlar dâhilinde dar şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁵¹. Aksi hali, mesafeli sözleşmelerde tüketici ile satıcı arasındaki menfaat dengesini esaslı şekilde bozacağı gibi⁵⁵²; bu

⁵⁴⁷ C-489/07, P. 18-21.

⁵⁴⁸ C-489/07, P. 24.

⁵⁴⁹ C-489/07, P. 26.

⁵⁵⁰ Steennot, s. 111; Luzak, s. 95: Zira yazara göre Avrupa Birliği kanun koyucusunun tüketiciye tanınan cayma hakkının işlevi, tüketicilerin mesafeli sözleşme ile elde edilen malın tabiatına ve işlevselliğine yönelik bir aşinalık yaratmaktır.

⁵⁵¹ Yıldırım, *Mesafeli Sözleşmeler*, s. 258; Baş Süzel, *Cayma*, s. 297; Çilenti Konuralp, s. 2743;

Dönmez, s. 375; Gezder, *Erzurumlu Şerhi*, s. 184-185; Yücedağ Göztepe, s. 679.

⁵⁵² Yücedağ Göztepe, s. 679.

sözleşmeler açısından tüketicinin korunması amacıyla da ters düşecektir⁵⁵³. Zira bu halde, tüketicinin teslim aldığı malı cayma hakkı süresi boyunca kullanarak ondan beklediği menfaati alması ve sonra cayma hakkını kullanarak, satıcıya malı iade etmesinin önü açılmış olacaktır⁵⁵⁴. Hâlbuki mutat kullanım kavramı, tüketicinin elde ettiği malı cayma hakkı süresince istediği gibi kullanmasından sonra, iade masraflarını dahi ödemesine gerek kalmadan mesafeli sözleşmenin yükümlülüklerinden kurtulmasına imkân verecek şekilde yorumlanmamalıdır⁵⁵⁵.

Biz de TKHK m. 48/4 kapsamında bahsi geçen “mutat kullanım” kavramının, dar şekilde yorumlanması gerektiğine yönelik öğreti görüşüne katılmaktayız. Bu kapsamda da MSY m. 13/2’deki ifadenin, malın gözden geçirilmesi ve incelenmesi kapsamında, “işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun” şekilde kullanımlarından dolayı malda bir bozulma veya değer azalması olması halinde, tüketicinin bundan sorumlu olmayacağı şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Tüketici, kendisine teslim edilen mal üzerinde yapacağı mutat kullanımın, malı gözden geçirmesi ve muayene etmesi ile sınırlı olmasına özen göstermelidir⁵⁵⁶. Buna göre, dar yorum yapılarak, mesafeli sözleşmenin tarafı olan tüketici, kendisine teslim edilen malı; sanki mağazada satın alıyormuş gibi incelemeli ve gözden geçirmelidir, zira bunun aşan bir kullanımda bulunması halinde MSY m. 13/2 çerçevesinde, satıcıyı tazmin etme yükümlülüğü doğabilecektir. Buna karşın, tüketicinin malın işleyişini, kalitesini ve özelliklerini anlamak amacıyla yapacağı gözden geçirme ve inceleme kapsamında yapacağı kullanımlardan ise sorumluluğu doğmayacaktır.

Mutat kullanım kavramının sınırlarını belirlerken bir meseleye daha değinmek gerekir. Bu da tüketiciye mesafeli sözleşme çerçevesinde teslim edilen malın ambalajının tüketici tarafından açılması halinde, bu durumun, MSY m. 13/2 (ve THD m. 14/2) çerçevesinde mutat kullanım kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine yöneliktir. Burada da esasında ilk olarak, tüketiciye mesafeli sözleşme çerçevesinde teslim edilen malın, mağazada satışa sunulduğu hali

⁵⁵³ Çilenti Konuralp, s. 2745.

⁵⁵⁴ Bu kapsamda verilen gelinlik örneği için bkzn. Eidenmüller, s. 21.

⁵⁵⁵ Gezder, *Erzurumlu Şerhi*, s. 184-185.

⁵⁵⁶ Gezder, *Erzurumlu Şerhi*, s. 184-185, Marco B. M. Loos, “Rights of Withdrawal” **Centre for Study of European Contract Law Working Paper Series**, S. 2009/04, (<http://ssrn.com/abstract=1350224> – Erişim Tarihi: 01.08.2022), s. 25.

ölçüt almak gerekir. Eğer ki o mal, mağazada ambalajlı değil de açık bir şekilde satışa sunuluyor veya tüketicinin mağazada malı inceleyebilmesi için ambalajını açması gerekiyor⁵⁵⁷ ise artık tüketicinin; mesafeli sözleşme çerçevesinde kendisine teslim edilen malın ambalajını açması halinde, bu fiilin mutlak kullanım çerçevesinde kalacağını kabul etmek gerekir⁵⁵⁸. Ayrıca, her ne kadar mesafeli sözleşmeye konu mal; mağazada satışa sunulurken ambalajlı bir şekilde sunuluyor olmasına karşın tüketicinin, kendisine teslim edilen malın ambalajını açması halinde, eğer ki ambalajı tahribata uğramamış ve salt olarak ambalajın açılması da malda bir değer azalmasına veya bozulmaya sebebiyet vermiyorsa; veya malın tekrardan ambalajlanarak – ikinci el ürün statüsüne düşmemesi kaydıyla – tekrardan satışa sunulması mümkün ise⁵⁵⁹, artık bu halde de tüketicinin tazminat sorumluluğunun doğmayacağını ifade etmek gerekir⁵⁶⁰.

Öğretide, iade edilecek malın ambalajının açılması meselesi ile ilgili olarak, bahsedilmesinde önem olduğunu düşündüğümüz bir duruma daha değinilmiştir. Uygulamada, mesafeli sözleşme hükümlerine veya ön bilgilendirme kapsamında verilen bilgilere, tüketicinin malın ambalajını açması halinde cayma hakkını kullanamayacağına yönelik hükümlerin konulduğu görülmektedir. Açıktır ki bu tarz hükümler, tüketicinin cayma hakkı korumasından faydalanmasını, MSY m. 13/2 hükümlerine aykırı olarak, sınırlandıracağı için “haksız şart” olarak değerlendirilmesi kuvvetle muhtemeldir⁵⁶¹.

Ayrıca, iadesi sağlık ve hijyen açısından uygun olmayan mallar ile; maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin mesafeli sözleşmeler söz konusu olması halinde, bu ürünlerin ambalajının açılması ile tüketicinin MSY m. 5/1 (ç) ve (e) bentleri uyarınca, cayma hakkını kaybedeceğini hatırlatmak isteriz.

⁵⁵⁷ Çilenti Konuralp, s. 2744.

⁵⁵⁸ Stennot, s. 111; Rott, **Harmonising Different Rights of Withdrawal**, s. 1128.

⁵⁵⁹ Baş Süzel, **Cayma**, s. 298

⁵⁶⁰ Loos, s. 24: Yazara göre, ambalajı açılan malın iade edilmesi halinde, iade edilen ürünün bir başkasına satılmadığı hallerde dahi, tüketicinin ambalajı açmasından sorumlu tutulmaması düşünülmelidir. Ancak yazar bu halde, açık bir şekilde sınırı çizerek, tüketicinin ambalajı açarak yapacağı kullanımın malı test etme amacı ile değil de; kullanmaya yönelik olması halinde cayma hakkının sona ereceğinden bahsetmiştir. Belirtmek gerekir ki yazar bu görüşünü, THD’nin yürürlüğe girmesinden önce, öğretilde belirtmiştir. Kanımızca yazarın bu görüşünü, cayma hakkının sona ermesi şeklinde değil; THD m. 14/2 hükmünün açık lafzı karşısında, tazminat sorumluluğunun doğacağı şeklinde anlamak gerekir.

⁵⁶¹ Yücedağ Göztepe, s. 679; Çilenti Konuralp, s. 2745; Baş Süzel, **Cayma**, s. 298.

Son olarak, 18.12.2019 tarihli Resmi Gazete yayımlanan ve 28.05.2022 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 2019/2161/EU Direktifi ile eklenen m. 14/2a hükmüne göre tüketici, kendisine teslim edilen dijital içerik veya sağlanan dijital hizmet ile ilgili olarak, cayma hakkını kullanması halinde bu içerik veya hizmetlerden yararlanmayı veya bunların üçüncü kişilerce kullanılmasını sağlamaktan imtina etmekle yükümlü tutulmuştur.

2- Malda Değer Azalması Olması

Yukarıda, mutata kullanım kavramının kapsamı belirlenmiştir. Buna göre, yapılan dar yorum çerçevesinde, tüketicinin hangi fiillerinin mutata kullanımı aşan çerçevede olduğu açıklanmıştır. Ancak, sadece mutata kullanımın aşılması, MSY m. 13/2 kapsamında tüketicinin sorumluluğunun doğması için yeterli değildir. Açıktır ki tüketicinin mutata kullanımı aşan fiilinden dolayı bir de malın değerinin azalması gerekir. Eğer ki iade edilen mal üzerinde, tüketicinin mutata kullanımı aşan fiillerinden dolayı bir değer azalması veya bozulma meydana gelmedi ise, satıcı nezdinde katlanılması gereken bir maliyet ortaya çıkmayacağından, tüketicinin tazminat sorumluluğundan da bahsedilemeyecektir. Bu kapsamda MSY m. 13/2 (THD m. 14/2) çerçevesinde düzenlenen tazminat sorumluluğunun, kullanımdan kaynaklanan bir tazminat sorumluluğu değil; satıcıya iade edilen maldaki değer azalmasından kaynaklanan bir tazminat sorumluluğu olduğunu söylemek gerekir⁵⁶².

Peki, bu değer azalması neye göre tespit edilecektir ve bu kapsamda tüketicinin sorumluluğu hangi kıstasa göre belirlenecektir? MSY m. 13/2 açısından, bir mal üzerinde değer azalmasından bahsedilebilmesi için, o malın artık yeni veya kullanılmamış olarak tekrardan piyasaya sürülemiyor olması gerekir⁵⁶³. Bir malın yeni veya kullanılmamış olarak kabul edilememesi, onun ikinci el ürün olarak nitelendirilmesi anlamına gelir. Bu kapsamda ise maldaki değer azalması, ürünün değeri ile iade sonrası ürünün ikinci el satış değeri arasındaki farktır⁵⁶⁴. Bununla beraber bu farkı belirlerken, ürünün değerinin neye göre belirlenmesi gerektiği noktasında öğretide görüş birliği mevcut değildir. Öğretideki bir görüşe göre,

⁵⁶² Luzak, s. 111.

⁵⁶³ Çilenti Konuralp, s. 2749.

⁵⁶⁴ Çilenti Konuralp, s. 2749.

maldaki değer azalmasını tespit ederken, o malın piyasadaki objektif değeri nazara alınmalı iken⁵⁶⁵; bir diğer görüşe göre, özel olarak mesafeli sözleşme bedeli nazara alınmalıdır⁵⁶⁶.

Bahsettiğimiz ilk görüşe göre, maldaki değer azalması bir ürünün objektif piyasa değeri nazara alınarak belirlenecek satış değeri ile ürünün belirlenen ikinci el fiyatı arasındaki farktır⁵⁶⁷. Tüketicinin, MSY m. 13/2 çerçevesindeki tazminat sorumluluğu da bu farka yönelik olmalıdır. Burada önemli olan nokta, değer azalması belirlenirken tüketicinin malı satın aldığı bedelin değil; malın objektif bedelinin nazara alınmasıdır. Bu kapsamda ise örneğin, mesafeli sözleşme bedelinin indirimli bir bedel olması halinde, bu indirim durumu, tüketicinin tazminat sorumluluğunun belirlenmesinde nazara alınmayacaktır⁵⁶⁸. Zira burada tüketicinin sorumluluğuna yol açan şey, mutlak kullanımı aşan şekilde kullanılmış malın; artık iadesi ile ikinci el mal kategorisine girmesi ve satıcının, bundan dolayı uğradığı zararların tazminidir. İkinci görüş ise, THD'nin Giriş kısmındaki 50 numaralı açıklamadan da yola çıkarak, maldaki değer azalmasını tespit ederken, öncelikli olarak malın mesafeli sözleşme çerçevesinde belirlenen bedelinin nazara alınması gerektiğini; bununla beraber tüketici tarafından, sözleşme bedelinin aşırı olduğunu ileri sürmesi halinde, malın piyasadaki değerinin de nazara alınabileceğini ifade etmektedir⁵⁶⁹.

Biz de bu noktada ikinci görüşün, tüketicinin lehine yorum ilkesi gereği, daha sağlıklı sonuçlar ortaya koyacağı kanaatindeyiz. Ancak bununla beraber bu noktada, her olay için genel geçer bir kural koymanın da doğru olmayacağını, maldaki değer azalmasını belirlerken, mesafeli sözleşme tarafları arasındaki menfaat dengesinin de nazara alınarak her somut olay özelinde değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmek isteriz.

⁵⁶⁵ Yücedağ Göztepe, s. 680; Çilenti Konuralp, s. 2749.

⁵⁶⁶ Baş Süzel, **Cayma**, s. 297.

⁵⁶⁷ Çilenti Konuralp, s. 2749.

⁵⁶⁸ Yargıtay'ın, eski tarihli de olsa bu yönde vermiş olduğu bir içtihadı mevcuttur. Bknz. Yargıtay 13. HD. T. 03.07.2000, E. 2000/6249, K. 2000/6518.

⁵⁶⁹ Baş Süzel, **Cayma**, s. 297.

3- Tüketicinin Mutat Kullanımı Aşan Hallerde Sorumlu Olabileceğine Yönelik Ön Bilgilendirmenin Yapılmış Olması

THD m. 14/2 (c. 2) hükmü, MSY m. 13'de olmayan bir düzenlemeye sahiptir. Bu hükme göre tüketicinin, mutat kullanımı aşan kullanımlarından kaynaklanan değer azalmaları ile ilgili olarak bir tazminat sorumluluğunun doğması için, buna yönelik olarak, THD m. 6/1 (h) çerçevesinde önceden bilgilendirilmiş olması, zorunludur⁵⁷⁰.

Türk hukuku açısından ise böyle açık bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Ancak bununla beraber öğretide, tüketicinin MSY m. 13/2 çerçevesinde tazminat sorumluluğunun doğması için, tıpkı THD uygulamasında olduğu gibi, buna yönelik (MSY m. 5/1 (g) dahilinde) ön bilgilendirmenin satıcı/sağlayıcı tarafından yapılmış olması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁷¹. Biz de bu öğretideki bu görüşe katılmaktayız. Zira tüketiciye, kendisine teslim edilen mal üzerinde, cayma hakkını kullanana kadar geçen süre içerisindeki mutat kullanımı aşan kullanımlarından sorumlu olacağına yönelik bir ön bilgilendirmenin yapılmaması halinde, zayıf ve karanlıkta olan tüketicinin; malı mutat kullanımı aşacak şekilde kullanması kuvvetle muhtemeldir⁵⁷². Bu kapsamda, MSY m. 5/1 (g) çerçevesinde önceden cayma hakkının varlığı hakkında bilgilendirilmemiş tüketici; sakın kafa ile düşündükten sonra gerçekten ihtiyaç duymadığını anladığı malı iade etme hakkının varlığını bilmediğinden, malı sırf kullanmak için bile kullanmaya başlayabilecektir veya kullanmak yerine onu çöpe atabilecektir⁵⁷³. Böyle bir durum ise, tüketicilere en başta cayma hakkı koruması sağlanması ile tamamen ters sonuçlara sebebiyet verecektir. Ayrıca böylesine bir durum, ön bilgilendirme yükümlülüğünü mevzuata uygun şekilde yerine getirmeyen satıcının, bundan sorumlu olması gerekirken; bir nevi ödüllendirildiği bir sonuca da sebebiyet verecektir. Halbuki ön bilgilendirmeyi yapması gerektiği gibi yapmayan satıcının, böylesine bir durumun sonuçlarına da katlanıyor olması gerekir⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ Stennot, s. 111; Rott, s. 95; Abril/Blazquez/Evora, s. 42.

⁵⁷¹ Topaloğlu, s. 47; Baş Süzel, **Cayma**, s. 298; Dönmez, s. 375; Çilenti Konuralp, s. 2748; Bozbel/Atalı, s. 473; Yücedağ Göztepe, s. 680.

⁵⁷² Baş Süzel, **Cayma**, s. 298.

⁵⁷³ Rott, **Harmonising Different Rights of Withdrawal**, s. 1127.

⁵⁷⁴ Baş Süzel, **Cayma**, s. 298.

Nitekim öğretide, MSY m. 13/2 ve THD m. 14/2 çerçevesinde öngörülen hukuki müessesenin –yani cayma hakkı korumasına rağmen tüketicinin mutata kullanımı aşan fiillerinden dolayı maldaki değer azalmalarını tazmin etme yükümlülüğünün - etkinliğini sağlamak ve bunun tüketiciler açısından cayma hakkını kullanmalarından imtina etmesine sebebiyet verecek bir durum yaratmasının önüne geçilebilmesi adına, yapılacak ön bilgilendirmenin önemli bir rol oynadığı, ifade edilmektedir⁵⁷⁵. Yukarıda belirttiğimiz üzere, mutata kullanım kavramı mümkün olduğunca dar yorumlanması gereken bir kavramdır. Bununla beraber, bu kavramın dar yorumlanması, tüketicilerin sorumluluk rizikosunu artıracaktır. Buna karşın, satıcıların/sağlayıcıların MSY m. 13/2 (ve THD m. 14/2) çerçevesinde doğan sorumluluk rizikosunun kısıtlı tutulduğu hallerde, mallarını mesafeli şekilde satmaktan imtina edecekleri de açıktır⁵⁷⁶. İşte mesafeli sözleşme tarafları arasındaki hassas menfaat dengesinin sağlanabilmesi adına, tüketiciye bu yönde yapılacak ön bilgilendirme etkili rol oynar. Kendisine etkin bir şekilde ön bilgilendirme yapılmış tüketici, malı teslim aldıktan sonra cayma hakkını kullanma gayesi içerisinde ise, o malı mutata kullanımı aşar şekilde kullanması halinde, tazminat sorumluluğunun doğacağını bilecektir ve buna göre davranacaktır⁵⁷⁷. Böylelikle satıcı da, cayma hakkının kullanılması ile artık almaktan imtina edemediği mal üzerinde, bir değer azalması meydana gelmeden iade alacak ve iade alınan bu malı tekrardan piyasaya sunmaya hazır hale getirebilecektir. Buna karşın, artık kullanımın sonuçları hakkında bilgilendirilmiş tüketicinin ise, bu ön bilgilendirmeye rağmen mutata kullanımı aşarak iade edilen mala verdiği değer azalmalarından sorumlu tutulması ise, hakkaniyete uygun düşecektir.

Yukarıda belirtilenler ışığında, bizim de katıldığımız bu görüş çerçevesinde, MSY m. 13/2 uyarınca tüketicinin mutata kullanımı aşan fiillerinden dolayı iade edilen mal üzerindeki değer azalmalarından sorumluluğunun doğması için MSY m. 5/1 (g) çerçevesinde, bu yönde ön bilgilendirilmiş olması gerekir. Buna karşın, mutlak bir kural olarak, ön bilgilendirmenin yapılmaması karşısında artık tüketicinin hiçbir şekilde MSY m. 13/2 çerçevesinde tazminat yükümlülüğünün doğmayacağını

⁵⁷⁵ Rott, *Harmonising Different Rights of Withdrawal*, s. 1126-1127.

⁵⁷⁶ Çilenti Konuralp, s. 2746.

⁵⁷⁷ Rott, *Harmonising Different Rights of Withdrawal*, s. 1129: Hatta yazara göre THD m. 6/1 (h) – MSY m. 5/1 (h) çerçevesinde yapılacak ön bilgilendirmeye, malın mutata kullanımı aşar şekilde kullanılması halinde tazminat sorumluluğunun doğacağı hususunun yanında, öngörülen tazminat miktarının da yazılmasının yerinde olacaktır.

söylemek de mümkün değildir. Bu noktada, her ne kadar tüketici ön bilgilendirilmemiş olsa da tüketicinin dürüstlük kuralın aykırı şekilde malı kullanması halinde, bundan sorumlu olması gerekir⁵⁷⁸.

4- İspat Yükü

Gerek MSY m. 13 çerçevesinde gerekse de THD m. 14 çerçevesinde, tüketicinin bu tazminat yükümlülüğü ile ilgili olarak ispat yükünün, mesafeli sözleşmenin hangi tarafında olacağına yönelik bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bu halde, medeni hukukta genel ispat kuralı olan TMK m. 6 hükmü uyarınca, ispat yükünün hangi tarafta olduğunu tespit etmek gerekir. TMK m. 6 hükmüne göre, bir hakkının mevcut olduğunu iddia eden taraf; aksine bir kanun hükmü bulunmadığı müddetçe, bu iddiasını ispat ile mükelleftir. Açıktır ki tüketici cayma hakkını kullandıktan sonra satıcıya malı iade edecektir ve satıcı; bundan sonra iade aldığı mal üzerinde inceleme yapacak ve bir değer azalmasının varlığını iddia ediyorsa, bu iddiasını ispat ile mükellef olacaktır. Satıcının bu ispat yükü hem tüketicinin malı mutaat kullanımının dışında – yani malın gözden geçirilme ve inceleme amacını aşar şekilde – kullanıldığına yönelik olmalıdır hem de iade edilen mal üzerinde bir değer azalması gerçekleştiğine yönelik olmalıdır.

Kaldı ki bu kapsamdaki ispat yükünü satıcıya değil de tüketiciye yüklemek, tüketiciye tanınan cayma hakkının ileri sürülmesi ile ilgili olarak etkinliğini de azaltacaktır. Nitekim yukarıda bahsettiğimiz *Pia Messner* kararında ABAD, bu ispat yükünü satıcıdan alarak, tüketiciye yükleyen iç hukuk kurallarının, cayma hakkının etkinliğini zarara uğratacağını ve tüketicinin etkin biçimde korunması ilkesi ile ters düşeceğini belirtmiştir⁵⁷⁹.

C. THD m. 14/3 Hükmü Uyarınca Hizmet Ediminin İfasına Başladıktan Sonra Cayma Hakkının Kullanılması Halinde Tüketicinin, İfa Edilmiş Kısım ile Ölçülü Tazminat Ödeme Yükümlülüğü

Cayma hakkının kullanılmasının tüketici açısından sonuçları ile ilgili olarak, Türk hukukunda bulunmayan ancak THD’de düzenlenen bir yükümlülük daha

⁵⁷⁸ Dönmez, s. 375.

⁵⁷⁹ C-489/07, P. 27.

mevcuttur. Tüketicinin bu yükümlülüğü, sadece hizmet edimine ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından gündeme gelecektir. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında daha detaylı açıklanacağı üzere, mesafeli sözleşmenin hizmet ediminin ifasına ilişkin olması halinde eğer ki hizmet ediminin ifası, on dört günlük cayma hakkı süresi içerisinde ifa edilecekse ve tüketici, hizmet ediminin ifasına açık rızasını verdi ise, MSY m. 15/1 (h) hükmüne göre edimin ifasına başlanması ile THD m. 16/1(a) hükmüne göre ise hizmet ediminin ifasının tamamlanması ile artık tüketici, cayma hakkını kullanamayacaktır.

THD m. 16/1 (a) açısından tüketicinin bu halde cayma hakkını kullanamamasının sebebi ise artık ifası tamamlanmış bir hizmet ediminin, cayma hakkı kullanılarak sağlayıcıya iadesinin mümkün olmamasından kaynaklanır. Ancak, MSY m. 15/1 (h) ve hatta mülga MSD m. 6/3'ten farklı olarak THD m. 16/1 (a)'da, cayma hakkı istisnasının oluşması için, hizmet edimi ifasının tamamlanmış olması gerekir. Hâlbuki MSY m. 15/1 (h) ve mülga MSD m. 6/3 hükümleri açısından, tüketicinin cayma hakkını kaybetmesi için, açık rızası ile beraber hizmet ediminin ifasının başlaması yeterli idi. İşte THD m. 16/1 (a)'nın farklı düzenlemesi karşısında, her ne kadar tüketicinin açık rızası ile cayma hakkı süresi içerisinde hizmet ediminin ifasına başlanmış olsa da tüketici, eğer ki edimin ifası tamamlanmamış ise cayma hakkını kullanabilecektir⁵⁸⁰.

Ancak THD m. 16/1 (a) düzenlemesi karşısında, artık hizmet ediminin ifasına başladığı an ile tüketicinin cayma hakkını kullandığı ana kadar geçen sürede, kısmen ifa edilmiş hizmet edimin de iadesi mümkün olmayacaktır. Lakin açıktır ki böylesine bir halde, tüketiciye bedel iadesi sağlarken; sağlayıcıya, tüketicinin açık rızasına dayanarak ifasına başladığı kısma katlanmasını beklemek de adil olmayacaktır. Kaldı ki cayma hakkının kullanılması ile beraber mesafeli sözleşmenin tarafları, sözleşmenin kurulmasından evvelki bulundukları duruma geri getirilmelidir ve bu çerçevede sözleşme kapsamında elde ettikleri faydaları geri temin etmelerdir⁵⁸¹. İşte bu noktada THD m. 14/3 hükmü ile artık, cayma hakkı süresi içerisinde hizmet ifasına başlanmasına bizzat kendisinin açık rıza vermesine karşın, cayma hakkını kullanan tüketicinin, sağlayıcı tarafından yerine getirilmiş hizmet

⁵⁸⁰ Steennot, s. 112.

⁵⁸¹ Abril/Blazquez/Evora, s. 39.

edimi ile ölçülü olacak şekilde sağlayıcıya tazminat ödeme yükümlülüğü öngörülmüştür.

THD m. 14/3 hükmü uyarınca tüketicinin tazminat ödeme yükümlülüğünden bahsedebilmek için öncelikle tüketicinin cayma hakkı süresi içerisinde hizmet ediminin başlanmasına yönelik sağlayıcıya açık bir talepte bulunması gerekir. Bu, THD m. 8/8 hükmünün gereğindendir. THD m. 8/8 hükmüne göre, tüketicinin cayma hakkı süresi içerisinde hizmet ediminin ifasına başlanmasını sağlayıcıdan talep etmesi halinde sağlayıcı; hizmet ediminin ifasına başlamadan önce tüketiciden, bu isteğini içeren açık talebini, ve bunun yanında, hizmet ediminin ifasının tamamlanması ile beraber artık cayma hakkı korumasından faydalanamayacağını belirten kabulünü oluşturmamasını tüketiciden istemek zorundadır. Sağlayıcı, tüketiciden bu talebini yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı marifetiyle sunmasını istemek zorundadır⁵⁸². Eğer ki sağlayıcı, tüketiciden bu açık talebi istemeden hizmet ediminin ifasına başlarsa, THD m. 14/4 hükmü gereğince, herhangi bir tazminat ödeme borcu doğmayacaktır. Ayrıca, yine THD m. 14/4 hükmü gereği, tüketicinin THD m. 14/3 hükmünde bahsi geçen tazminat ödeme borcundan bahsedebilmek adına sağlayıcının tüketiciyi, cayma hakkının varlığı ve kullanılma usulü hakkında (THD m. 6/1(h)) ve cayma hakkı süresi içerisinde hizmet ifasının başlamasına yönelik açık talebini oluşturmamasından sonra cayma hakkını kullanması halinde, makul ve ölçülü tazminat ödeme yükümlülüğünün olacağına yönelik önceden bilgilendirmesi gerekir. Aksi halde yine, tüketici THD m. 14/3 hükmünde bahsi geçen tazminatı ödemekle yükümlü tutulamayacaktır⁵⁸³.

THD m. 14/3 hükmüne göre tüketicinin ödemekle yükümlü olacağı ölçülü tazminat belirlenirken, mesafeli sözleşmede hizmet ediminin tamamı için taraflarca üzerinde anlaşılmış sözleşme bedel, esas alınır ve buna göre ifası gerçekleşmiş kısma denk gelecek şekilde tazminat yükümlülüğü belirlenir. Bununla beraber THD m. 14/3 hükmünün son cümlesinde, mesafeli sözleşmede hizmet ediminin tamamı için anlaşılan sözleşme bedelinin aşırı yüksek olma ihtimalinde, o hizmetin piyasadaki fiyatının esas alınarak tazminatın hesaplanmasının de önü açılmıştır. Böylelikle bu tarz hizmet edimine ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin korunma kapsamı, her iki tarafın da menfaatleri de göz önünde tutularak, genişletilmiştir.

⁵⁸² Howells/Twigg-Flesner/Wilhelmsonn, s. 120.

⁵⁸³ Steennot, s. 112.

Gerçekten de yetenekli ve işinin ehli bir sağlayıcının, tüketicinin zayıf ve karanlıkta kalan konumunu kullanarak, aşırı yüksek fiyatlardan tüketiciyi hizmet almaya ikna etmesi mümkündür. Böylesine yetenekli ve işinin ehli bir sağlayıcının, tüketiciyi hizmet ediminin ifasına başlanmasını talep etmesine ikna etmesi de zor olmaz. Böylesine bir noktada, tüketicinin cayma hakkını kullanmak istemesi halinde, o ana kadar ifa edilmiş hizmet edimine karşılık gelen tazminatı, hali hazırda aşırı yüksek meblağdan belirlenmiş sözleşme bedeli esas alarak hesaplamak; yine tüketicinin korunması amacıyla çelişecektir. THD m. 14/3 hükmünün son cümlesi, bu tarz art niyetli sağlayıcı uygulamalarını ve taktiklerini önlemek adına yerinde olmuştur. Ayrıca, belirtmek gerekir ki THD m. 14/3 hükmünde bahsi geçen tazminat miktarının hesaplanmasında, istisnai olarak da olsa, dikkate alınacak piyasa fiyatı; o hizmet ediminin, mesafeli sözleşme kurulurken, diğer sağlayıcılar tarafından hangi bedel üzerinden yerine getirildiği nazara alınarak belirlenecektir⁵⁸⁴.

IV-Cayma Hakkının Kullanılmasının Satıcı/Sağlayıcı Açısından Sonuçları

Mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde satıcının/sağlayıcının bundan kaynaklanan yükümlülüklerinin ne olduğu Türk hukuku açısından MSY m. 12 hükmü altında; Avrupa Birliği mevzuatı açısından ise THD m. 13 hükmünde düzenlenmiştir. MSY m. 12/1 hükmüne göre satıcı/sağlayıcı; tüketicinin cayma bildiriminin kendisine ulaştığı andan sonra on dört gün içerisinde, tüketicinin mesafeli sözleşme kapsamında kendisine yaptığı bütün ödemeleri tüketiciye iade etmekle yükümlüdür. THD m. 13/1 hükmü de paralel bir düzenleme içermektedir. Bununla beraber THD m. 13/1 çerçevesinde açık bir şekilde, cayma bildiriminin THD m. 11'e uygun şekilde oluşturulmuş olması gerekliliği de belirtilmiştir. MSY m. 12/1 açısından böylesine açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Lakin bunun belirtilmesine gerek olmadığı da aşıkardır. Nitekim Yargıtay bir içtihadında, cayma hakkının sonuçlarının doğması ile ilgili olarak öncelikle cayma bildiriminin süresi içerisinde yapılıp yapılmadığının Mahkemece öncelikli olarak araştırılması gerektiğini ortaya koymuştur⁵⁸⁵. Ayrıca, MSY m. 12/1'de belirtilen on dört günlük sürenin işlemeye başlaması için, cayma bildiriminin bizzat satıcı tarafından öğrenilmiş olması gerekmez; cayma bildiriminin satıcının/sağlayıcının hâkimiyet alanına girmiş olması yeterlidir.

⁵⁸⁴ Steennot, s. 112.

⁵⁸⁵ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 20.09.2018 T. 2016/11586 E. 2018/8174 K. (www.lexpera.com.tr – Erişim tarihi: 01.08.2022)

Aşağıda öncelikle, satıcının bedel iade yükümlülüğünün neleri kapsadığı, sonrasında bu yükümlülüğün nasıl yerine getirilmesi gerektiği ve en sonunda ise yerine getirilmemesi halinde hukuki müeyyidenin ne olduğuna yönelik açıklamalar yer alacaktır.

A. Satıcının/Sağlayıcının Bedel İade Yükümlülüğü

MSY m. 12/1 hükmü incelendiğinde görülmektedir ki tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde, satıcının/sağlayıcının bedel iade yükümlülüğü, sadece mesafeli sözleşme konusu malın veya hizmetin bedeli ile sınırlı değil; aynı zamanda taşıma masrafları dâhil tüketiciden alınmış her türlü bedelin iadesine yöneliktir⁵⁸⁶. Bu halde eğer ki satıcı/sağlayıcı, tüketiciden bir taşıma ücreti aldı ise bu halde cayma halinde bu taşıma ücretinin de tüketiciye iadesi yükümlülüğü doğacaktır⁵⁸⁷. Öğretide tüketicinin bu hakkı için, “ödediği bedeli geri alma garantisi” tabiri kullanılmaktadır⁵⁸⁸. Ayrıca eğer ki tüketici, MSY m. 19’da bahsi geçen ilave ödemelerde bulundu ise, artık bunun da tüketiciye iade edilmesi gerekir. Kısacası, mesafeli sözleşme tahtında tüketici tarafından, satıcıya/sağlayıcıya ödenmiş bütün bedellerin, tüketiciye iade edilmesi sağlanmalıdır.

THD m. 13/1 (ilk paragraf) hükmü de MSY m. 12/1 hükmü ile paralel mahiyettedir. THD’nin bu hükmüne göre satıcı/sağlayıcı, kendisine mesafeli sözleşme çerçevesinde tüketici tarafından ödenmiş bütün bedelleri, buna tüketici tarafından malın teslimi için ödenmiş teslimat bedeli de dahil olmak üzere, tüketiciye iade etmekle mükelleftir. Mülga MSD döneminde üye ülkelerin, tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde, malın teslimat masraflarının tüketiciye bırakılacağına yönelik iç hukuk düzenlemeleri mevcut idi⁵⁸⁹. Ancak ABAD, 2010 yılında verdiği

⁵⁸⁶ Zevkliler/Özel, s. 330.

⁵⁸⁷ Aksi yönde bkz. Çabri, s. 888: Yazara göre, mesafeli sözleşme çerçevesinde tüketicinin ödemiş olduğu taşıma ücretinin de satıcının/sağlayıcının iade yükümlülüğüne dahil edilmesi yerinde değildir. Zira tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesi için herhangi bir sebebe veya satıcının/sağlayıcının kusuruna gerek yoktur. İşte bu sebepten dolayı da yazara göre taşımadan veya teslimattan kaynaklanan masraflara, cayma halinde satıcının/sağlayıcının değil; tüketicinin katlanması daha doğru olacaktır.

⁵⁸⁸ Akipek, s. 53.

⁵⁸⁹ Bknz. ABAD C-511/08 “Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV” (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0511> – erişim tarihi 09.07.2022), P. 32-34.

bir kararında, malın tüketiciye teslimatından kaynaklanan masrafların; cayma hakkının kullanılmasını müteakip tüketiciye bırakılmasına yönelik iç hukuk uygulamalarının mülga MSD m. 6 hükmüne aykırı olduğunu hüküm altına almıştır⁵⁹⁰.

MSY açısından, mesafeli sözleşme çerçevesinde tüketici tarafından yapılan taşıma veya teslimat masraflarının, cayma hakkının kullanılması ile tüketiciye iade edileceği kuralının istisnasına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak görülmektedir ki THD açısından, yukarıda açıkladığımız kuralın bir istisnası mevcuttur. THD m. 13/2 hükmüne göre tüketici, malın kendisine teslimini sağlayacak taşıyıcıyı belirlerken, satıcının/sağlayıcının kendisine sunduğu en ucuz (standart) taşıma bedelli taşıyıcıyı değil; ondan başka, daha pahalı taşıma ücreti olan bir taşıyıcıyı seçmiş ise artık satıcının, tüketicinin daha pahalı taşıyıcıyı seçmesinden kaynaklanan ek masrafları (*supplementary costs*) tüketiciye iade yükümlülüğü yoktur. Tüketici de bu ek masrafları talep edemez. Ancak belirtmekte fayda vardır ki THD m. 13/2 hükmü çerçevesinde satıcının iade etmekle yükümlü olmadığı ek masraflar; satıcının sunduğu standart taşıyıcı bedeli ile tüketicinin tercih ettiği daha pahalı taşıyıcı bedelinin arasındaki farktır⁵⁹¹. Yoksa böylesine bir halde, satıcının hiçbir taşıma masrafını iade ile sorumlu olmadığını söylemek mümkün olmayacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, THD m. 13/2 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi ve satıcının/sağlayıcının ek taşıma masraflarından (*supplementary costs*) sorumlu olmaması için, standart taşıyıcı dışındaki teslimat seçiminin tüketici tarafından bilinçli şekilde yapması gerekir⁵⁹². Bir başka deyişle tüketici, daha pahalı hizmet bedeli öneren taşıyıcı tarafından yapılacak teslimatı, bilerek ve isteyerek seçmesi halinde, oluşacak ek masrafların iadesini satıcıdan/sağlayıcıdan talep edemeyecektir. Bu kapsamda örneğin, internet üzerinden mesafeli sözleşme kurarken, standart taşıyıcı değil de daha pahalı taşıma hizmeti veren taşıyıcı; varsayılan (*default*) olarak seçilmiş ise, artık tüketiciyi bu ek masraftan sorumlu tutmak doğru olmayacaktır.

⁵⁹⁰ ABAD C-511/08, P. 59.

⁵⁹¹ THD Giriş kısmı 46 numaralı paragraf.

⁵⁹² Baş Süzeli, **Cayma**, s. 290: Yazara göre, her ne kadar MSY çerçevesinde THD m. 13/2'deki gibi bir düzenleme bulunmasa da Türk hukuku açısından da böyle bir uygulamaya gidilmelidir. Bu kapsamda yazara göre, MSY m. 12/1 çerçevesinde bahsi geçen "teslim masrafları" tabirinden, olağan teslim masraflarının anlaşılması gerekmektedir. Aksi halinin, menfaatler dengesine aykırı sonuç doğuracağı belirtilmektedir.

Sonuç olarak, THD m. 13/2 benzeri bir açık düzenleme de MSY m. 12 çerçevesinde yer almadığından, Türk hukuku açısından tüketicinin cayma hakkını MSY'ye uygun bir şekilde kullanması ile satıcı/sağlayıcı; tüketicinin kendisine mesafeli sözleşme ile ilgili olarak ödediği bütün bedelleri iade etme yükümlülüğü altındadır. Satıcının/sağlayıcının bedel iade yükümlülüğünün neleri kapsadığını ortaya koyduktan sonra, bu bedel iade yükümlülüğünün nasıl yerine getirilmesi gerektiğine yönelik MSY m. 12/2 hükmünü de değerlendirmek gerekir.

MSY m. 12/2 hükmü incelendiğinde görülmektedir ki satıcının/sağlayıcının, bedel iade yükümlülüğünü yerine getirirken dikkat etmesi gereken üç husus mevcuttur. Bunlar, bedel iadesi yükümlülüğünün, (i) tüketicinin mesafeli sözleşme çerçevesinde kullandığı ödeme aracına uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi; (ii) tek seferde yerine getirilmesi; ve (iii) bu iade yükümlülüğü yerine getirilirken tüketici nezdinde herhangi bir masraf veya yükümlülük oluşturmamasıdır. Bu kapsamda satıcı/sağlayıcı, mesafeli sözleşme çerçevesindeki bedel ödeme yükümlülüğünü hangi ödeme yöntemi ile gerçekleştirdi ise satıcı/sağlayıcı da bu ödeme yöntemine uygun olarak bedel iade yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Örneğin, eğer ki tüketici mesafeli sözleşmeden kaynaklanan bedel ödeme yükümlülüğünü kredi kartı kullanarak yerine getirdi ise bu halde artık satıcının/sağlayıcının da bedel iadesini, tüketicinin kredi kartına (veya kredi kartının bağlı olduğu banka hesabına) yapması gerekir. Bununla beraber tüketicinin kredi kartı ile ödeme yapması halinde satıcının/sağlayıcının iade yükümlülüğünü nakit ödeme ile gerçekleştirebilmesini de kabul etmek gerektiği, zira nakit iade sağlamanın her daim tüketicinin daha lehine olacak bir yöntem olduğu, öğretilde ifade edilmiştir⁵⁹³. Ancak bu halde dahi tüketicinin özel bir sebebi olması halinde, iade yükümlülüğünün nakit ile değil de kredi kartına iade şeklinde yapılmasını talep etmesinin mümkün olması gerekir.

Mesafeli sözleşmeler uygulamasında, zaman zaman bazı satıcıların/sağlayıcıların tüketicinin cayma hakkını kullanması karşısında bedel iade yükümlülüğünü hediye çeki veya kendisinin sunduğu mal ve hizmetlerin satın alınmasını sağlayan, elektronik cüzdan uygulamalarına bakiye aktarımı ile yerine getirdiği gözlemlenmektedir. Açıktır ki MSY m. 12/2 hükmünün açık lafzı

⁵⁹³ Topaloğlu, s. 46.

karşısında, böyle bir uygulamanın MSY'ye uygun olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

Satıcının/sağlayıcının bedel iade yükümlülüğünü, tüketicinin kullandığı ödeme yöntemine uygun yapılması zorunluluğu, mehzaz düzenleme olan THD m. 13/1 hükmünde de mevcuttur. Bununla beraber, THD m. 13/1 (ikinci paragraf) hükmünün ikinci cümlesinde, MSY m. 12 kapsamında bulunmayan bir hüküm getirilmiştir⁵⁹⁴. THD'nin bu hükmüne göre, tüketiciye ayrıca bir masraf yüklememesi ve tüketicinin açık rızasının bulunması halinde satıcının/sağlayıcının, tüketicinin kullandığı ödeme yönteminden başka bir yöntem ile de tüketiciye bedel iadesi yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda her ne kadar MSY m. 12 çerçevesinde, THD m. 13/1 (ikinci paragraf, son cümledeki) gibi bir açık düzenleme olmasa da tüketicinin buna yönelik açık rızası ve ek bir masraf çıkmaması halinde, satıcının/sağlayıcının başka yöntemlerle de iade yükümlülüğünü yerine getirebileceğinin kabulü gerekir⁵⁹⁵. Bununla beraber, buradaki tüketicinin rızasının açık olması önemlidir. Öğretide haklı olarak tüketicinin, pasif davranışları çerçevesinde, farklı bir ödeme yöntemi ile bedel iadesinin yapılmasına açık rıza verdiğinden bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir⁵⁹⁶. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki mesafeli sözleşme içeriğine veya onun eklerine konulan ve tüketicinin kullandığı ödeme yönteminden farklı bir yöntem ile tüketiciye bedel iadesi yapılacağına yönelik sözleşme şartları dâhilinde, tüketicinin önceden açık rızasının alınması mümkün olmamalıdır⁵⁹⁷. Zira ekseriyetle tüketicinin böylesine bir şartı müzakere etmesi mümkün olmayacaktır ve tüketicinin üzerinde müzakere imkânı olmadığı şartların, TKHK m. 5/2 çerçevesinde haksız şart olarak değerlendirilmesi gerekir⁵⁹⁸. Bize göre de böylesine bir hukuki sakıncanın vuku bulmaması adına, cayma hakkının kullanılmasından sonra tüketiciden alınacak açık rızaya değer verilmesi gerekir. Zira tüketici, ancak cayma hakkını kullandıktan sonra bedel iadesinin, kullanılan ödeme yönteminden farklı bir yöntemle yapılmasına

⁵⁹⁴ Yücedağ Göztepe, s. 677.

⁵⁹⁵ Çilenti Konuralp, s. 2741.

⁵⁹⁶ Baş Süzel, **Cayma**, s. 290: Örneğin, satıcının/sağlayıcının; tüketiciye atacağı bir e-posta ile bedel iadesini, tüketicinin kullandığından başka bir yöntemle yapılacağını ve tüketicinin, varsa buna itirazını satıcıya/sağlayıcıya iletmesi gerektiğini belirtmesi halinde, tüketicinin açık rızasının alındığından bahsedilemeyecektir.

⁵⁹⁷ Çilenti Konuralp, s. 2741: Yazar haklı olarak, böylesine bir yöntem dahilinde tüketiciye yapılacak hediye çeki ile iadenin, tüketiciyi alışverişe zorlayacağı ve bu durumun da tüketicinin ekonomik menfaatine aykırı sonuçlar doğuracağının altını çizmiştir.

⁵⁹⁸ Şebnem Akipek Öcal, "Hukukumuzda Haksız Şartlar ve Sonuçları", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayı**, C. 7, S. 2, İstanbul, 2015, s. 207-208.

yönelik sağlıklı ve artık hukuki düzence özel olarak korunmasına gerek olmayan rızasını ortaya koyabilecektir.

Satıcının/sağlayıcının, bedel iade yükümlülüğünü nasıl yerine getirmesi gerektiği ile ilgili olarak belirtilmesi gereken son husus ise, bedel iadesinin tek seferde ve tüketici nezdinde herhangi bir masraf veya yükümlülüğe sebebiyet vermeyecek şekilde yapılmasıdır. Bu kapsamda, satıcının/sağlayıcının bedel iade yükümlülüğünü kısmi ödemeler şeklinde yerine getirmesi hukuken mümkün değildir. Açıktır ki bu durum, tüketici tarafından satıcıya/sağlayıcıya ödemelerin taksitler şeklinde gerçekleştirilmiş olduğu haller için de geçerlidir. Bu halde de satıcı/sağlayıcı, tüketici tarafından taksitler halinde ödenmiş bedeli, tek seferde iade etmekle yükümlüdür. Ayrıca, satıcı/sağlayıcı tarafından bedel iadesi yapılırken; tüketici nezdinde herhangi bir masraf ve yükümlülüğe de sebebiyet verilmemelidir. Bu kapsamda satıcı/sağlayıcı, tüketiciye bedel iadesini yaparken kullandığı ödeme yönteminden kaynaklanan masrafları - örneğin havale masrafını, sair banka veya işleme koyma masraflarını, idari masrafları - tüketiciden talep edemez; bunlara kendisi katlanmak zorundadır⁵⁹⁹. Buna karşın, tüketicinin mesafeli sözleşme çerçevesinde ödeme yaparken katlandığı havale masraflarını, bedel iadesi yükümlülüğü kapsamında satıcıdan/sağlayıcıdan talep edemeyeceği ifade edilmektedir⁶⁰⁰. Ayrıca son olarak, THD m. 13/1 (ikinci paragraf) hükmü çerçevesinde tüketicinin, başka bir ödeme yöntemiyle bedel iadesinin yapılmasına yönelik açık rızası olması halinde dahi satıcının/sağlayıcının; bedel iadesinden kaynaklanan masrafları tüketiciden talep edemeyeceğini tekrar belirtmek gerekir.

Peki tüketicinin cayma bildiriminin, satıcının/sağlayıcının hakimiyet alanına girmesinden itibaren on dört gün içerisinde satıcının/sağlayıcının bedel iade yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ne olacaktır? Satıcının/sağlayıcının, on dört gün içerisinde bedel iade yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, bu yükümlülüğünden kaynaklanan borcuna, kanundan dolayı (*ex lege*)⁶⁰¹ ve herhangi bir ayrıca ihtar veya merasime gerek olmaksızın⁶⁰² gecikme faizi işlemeye başlayacaktır⁶⁰³. TKHK ve MSY hükümleri çerçevesinde, işlenecek gecikme faizinin

⁵⁹⁹ Karakocalı / Kurşun, s. 164; Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, s. 186; Çabri, s. 888-889.

⁶⁰⁰ Yücedağ Göztepe, s. 677.

⁶⁰¹ Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, s. 187.

⁶⁰² Çabri, s. 888.

⁶⁰³ Çabri, s. 888.

niteliğine ve kapsamına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmadığından, bu noktada genel hükümlere göre ilerlenecektir⁶⁰⁴. Ancak, önemle altını çizmek gerekir ki satıcının/sağlayıcının, bedel iadesi yükümlülüğünü yerine getirmekle mükellef olduğu on dört günlük süre boyunca, bedel iade yükümlülüğüne faiz işlemeye başlamayacaktır ve satıcının/sağlayıcının da bu süre için gecikme faizi ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁰⁵. Özellikle, satıcının/sağlayıcının iade yükümlülüğünün kapsamını belirlerken, tüketicinin cayma hakkını herhangi bir sebebe dayanmadan kullanabiliyor olması hususu da nazara alınmalıdır; bu kapsamda ise satıcının/sağlayıcının kusurlu bir davranışta bulunmadığı müddetçe, onu cezalandıracak uygulamalara da başvurulmamalıdır. Halbuki, on dört günlük iade süresi içerisinde satıcı/sağlayıcı aleyhine gecikme faizi uygulamak, satıcının/sağlayıcının cezalandırılmasına ve böylelikle mesafeli sözleşmedeki menfaat dengesine aykırı sonuçlar verir⁶⁰⁶. Ayrıca, açıktır ki satıcının/sağlayıcının iade borcunu zamanında yerine getirmemesi halinde eğer ki tüketici bundan dolayı bir zarara uğramış ise, satıcının/sağlayıcının bu zararları da tazmin etme yükümlülüğü söz konusu olacaktır⁶⁰⁷.

THD çerçevesinde de satıcının/sağlayıcının, süresi içerisinde bedel iade yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde uygulanacak hukuki müeyyidelerin ne olduğuna yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Avrupa Birliği hukuku açısından, on dört günlük sürenin geçmesi ile beraber satıcı/sağlayıcı aleyhine uygulanacak hukuki müeyyidelerin, üye ülkelerin iç hukukuna göre belirlenecektir⁶⁰⁸.

B. Satıcının Malın İadesi Masraflarına Katlanması

Yukarıda, tüketicinin cayma hakkını kullanması ile beraber satıcının/sağlayıcının; tüketici tarafından mesafeli sözleşme ilişkisi dahilinde kendisine yapılmış her türlü ödemeyi tüketiciye iade yükümlülüğünden bahsettik. Ancak, tüketicinin cayma hakkını kullanması sonucu satıcının/sağlayıcının

⁶⁰⁴ Gezder, *Erzurumlu Şerhi*, s. 187.

⁶⁰⁵ Yücedağ Göztepe, s. 677: Yazara göre aksine bir değerlendirme, cayma hakkını kullanma noktasında herhangi bir sebebe dayanmak zorunda olmayan tüketici karşısındaki satıcının/sağlayıcının cezalandırılmasına yol açacak bir uygulamaya sebebiyet verecektir.

⁶⁰⁶ Akipek, s. 54.

⁶⁰⁷ Aydoğdu/Kahveci, s. 282.

⁶⁰⁸ Steennot, s. 110; ayrıca bkz. THD'nin "Giriş" kısmında bulunan (48) numaralı paragraf.

yükümlülüğü ve sorumluluklarının kapsamı, bedel iadesinden ibaret değildir. Esasında satıcı/sağlayıcı, tüketicinin cayma hakkını kullanması ile beraber oluşan masrafların hepsinden sorumludur⁶⁰⁹. Bu kapsamda ise satıcının MSY m. 12/1 hükmü çerçevesindeki bedel iade yükümlülüğünün yanında; bir de MSY m. 12/3 hükmü uyarınca, malın tüketici tarafından iadesinden kaynaklanan masraflardan da kural olarak sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

Çalışmamızda da belirttiğimiz üzere, mesafeli sözleşmelerin kurulmasından önce satıcının/sağlayıcının, tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu ön bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı ise MSY m. 5 kapsamında düzenlenmektedir. MSY m. 5/1 (g) bendinde ise ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında, satıcının/sağlayıcının; iade halinde tüketicinin hangi taşıyıcı vasıtası ile iade yükümlülüğünü yerine getireceğine yönelik bilgilendirmeyi yapması gerekir. İşte tüketicinin, kendisine MSY m. 5/1 (g) çerçevesinde yapılan ön bilgilendirme dâhilinde belirtilen taşıyıcıyı kullanarak, malı iade etmesi halinde; malın iade masraflarından tüketici değil; satıcı sorumlu olacaktır. Satıcının, bu iade masraflarından sorumluluğu MSY m. 5/1 (g) çerçevesinde iade için herhangi bir taşıyıcı belirlemediği ve bu noktada tüketiciyi bilgilendirmediği hallerde de mevcuttur. Böylesine bir halde tüketici, dilediği taşıyıcı ile malı iade edebilecektir ve satıcı/sağlayıcı, iade masraflarından sorumlu olacaktır.

Buna karşın, bir ihtimalde tüketicinin iade masraflarından sorumlu olacağını da belirtmek gerekir. Kanımızca, satıcının ön bilgilendirme çerçevesinde iade için belirttiği taşıyıcıdan başka bir taşıyıcı ile tüketicinin malın iadesini sağlamayı tercih etmesi halinde; artık bu iade masraflarından satıcının sorumlu tutulması yerinde olmayacaktır. Bu halde artık, başka bir taşıyıcı ile malın iadesi yükümlülüğünü yerine getirmeyi tercih eden tüketicinin iade masraflarından sorumlu olması gerekir. Gerçekten de MSY m. 12/3 hükmünün son cümlesinde, satıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında iade için belirlediği taşıyıcının bir şubesinin tüketicinin bulunduğu yerde bulunmadığı halde dahi satıcının, ilave hiçbir masraf talep etmeksizin malı bizzat tüketiciden alma yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Ez cümle, tüketicinin bulunduğu yerde, satıcı tarafından belirlenen taşıyıcının şubesi

⁶⁰⁹ H. Tamer İnal, **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku: Doktrin ve Yargıtay İçtihatları**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 932.

bulunmadığı halde bile iade masraflarından satıcı sorumludur. Böylesine bir halde dahi satıcı iade masraflarından sorumlu iken; tüketicinin, satıcı tarafından kendisine bildirilmiş taşıyıcıyı değil de bir başka taşıyıcı ile mal iadesini sağlamak istemesi halinde, artık bundan tüketicinin sorumlu olması ve iade masraflarının tüketiciye yükletilmesi gerekir. Bu belirtilenler ışığında kanımızca Türk hukuku açısından, malın iade masraflarından genel kural olarak satıcı; sadece bir istisnai halde ise tüketici sorumlu olur.

THD açısından ise MSY m. 12/3 hükmündekine benzer bir düzenleme bulunmamaktadır zira THD m. 14/1 (ikinci paragraf) hükmüne göre tüketici, cayma hakkını kullanması sonucu malın doğrudan iade masraflarından (*direct costs*), genel kural olarak, sorumlu olacaktır. Buna göre Avrupa Birliği hukuku açısından, satıcının malı tüketiciye gönderirken yapılan teslimat masrafları ile tüketicinin malı satıcıya iade ederken oluşan teslimat masrafları arasında bir ayrım yapıldığı ve bunların, mesafeli sözleşmenin farklı taraflarına yükletildiği görülmektedir⁶¹⁰. Bu kapsamda, Avrupa Birliği hukukundaki düzenlemeler açısından, malın iade masraflarından satıcının sorumlu olması halinde, tüketicilerin cayma hakkını kötüye kullanabilecekleri ve ayrıca, satıcının kendi nezdinde oluşacak bu iade masraflarını, satışa sunduğu ürünlerin bedeline eklemek yolu ile en nihayetinde tüketiciye de yükletileceği, böylelikle de, cayma hakkını kullanmayacak olan tüketicilerin aleyhine bir durumun oluşacağı ifade edilmektedir⁶¹¹. Görülmektedir ki Türkiye ile Avrupa Birliği düzenlemeleri arasında, farklı hukuk politikası tercihi mevcuttur. THD m. 14/1 hükmüne göre satıcı ancak, satıcının malın iade masraflarından bizzat sorumlu olacağına yönelik bir kabulü varsa veya cayma hakkının kullanılması halinde tüketicinin iade masraflarından sorumlu olacağına yönelik ön bilgilendirmede bulunmadı ise, malın iade masraflarından sorumlu olacaktır. Bunun haricinde THD uygulaması açısından genel kural olarak, tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde malın doğrudan iadesinden kaynaklanan masraflardan tüketici sorumlu olur.

C. Satıcının Malı İade Almaktan Kaçınmama Yükümlülüğü

Mülga eTKHK ve MSHY düzenlemeleri çerçevesinde, cayma hakkının kullanılması ile beraber, tüketicinin malı iade yükümlülüğü değil; satıcının malın geri

⁶¹⁰ Steennot, s. 110.

⁶¹¹ Yücedağ Göztepe, s. 675-676.

alınmasını sağlama yükümlülüğü bulunmakta idi. Bu çerçevede ise öğretide, tüketicinin malı iade etmek istemesi halinde satıcının bunu reddetmemesi gerektiği ifade edilmekte idi⁶¹². TKHK ve MSY düzenlemeleri ile beraber ise artık, tüketicinin malı iade yükümlülüğü getirilmiştir ve cayma hakkından faydalanan taraf olan tüketiciye aktif olarak davranma yükümlülüğü getirilmiştir. Her ne kadar MSY m. 13/1 hükmü çerçevesinde, genel kural olarak, malın iade yükümlülüğünün tüketicide olduğu düzenlenmiş ise de satıcının da malı iade almaktan imtina etmemesi gerekir. Bu kapsamda ise satıcı, tüketicinin cayma hakkını kullanmasını engelleyecek veya bu hakkın ileri sürülmesini zorlaştıracak davranışlarda bulunamaz⁶¹³. Bu kapsamda örneğin, tüketicinin cayma hakkını kullanmasını müteakip sözleşme konusu malı iade etmesi halinde, satıcının bu iadedden imtina etmesi mümkün olamaz⁶¹⁴.

V- Tarafların Karşılıklı İade Borçlarını Yerine Getirmesinde Öncelik

Tüketicinin cayma hakkını kullanması ile sözleşmenin tasfiyesi gündeme gelir. Bu tasfiye ilişkisi çerçevesinde ise tüketici ile satıcı/sağlayıcının, karşılıklı iade borçları doğar. Mesafeli sözleşmenin taraflarının ortaya çıkan bu karşılıklı iade borçlarını ifa sırası ile ilgili olarak, bir önceliğin olup olmadığı meselesini de ortaya koymak gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki AB hukuku açısından THD m. 13/3 hükmünün açık düzenlemesi ile mesafeli sözleşmenin taraflarının iade borçları arasında ifa sırası açısından bir öncelik belirlenmiş iken Türk hukukunda MSY çerçevesinde buna yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

THD m. 14/1'e göre mesafeli sözleşmelerde tüketici, cayma hakkını kullandıktan sonra on dört gün içerisinde mal iadesi; satıcı/sağlayıcı ise cayma bildiriminin kendisine ulaşmasından itibaren on dört gün içerisinde bedel iadesi borcunu yerine getirmelidirler. Görülmektedir ki Türk hukukundakinin aksine; THD açısından tarafların karşılıklı iade borcu için öngörülen süre aynıdır. THD m. 13/3 hükmünde, tarafların karşılıklı iade borçlarının hangisinin önce ifa edileceğine veya bir başka ifadeyle, hangi tarafın TBK m. 97'deki "*daha sonra ifa etme hakkı*" gibi bir hakka sahip olduğunu düzenlenmiştir. THD m. 13/3'e göre, iade edilecek malın bizzat satıcı tarafından alınacağına yönelik bir teklifin bulunduğu haller ayrı olmak

⁶¹² Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, s. 187.

⁶¹³ Yargıtay 13. HD. 2012/5440 E. 2012/8014 K. 26.03.2015 T.

⁶¹⁴ H.T. İnal, s. 924.

üzere tüketici, kendi iade borcunu yerine getirmeden veya malın iade edilmesi amacıyla taşıyıcıya verildiğini gösterir bir delil sunmadan, satıcıdan bedel iade borcunu ifa etmesini talep edemeyecektir. Görülmektedir ki THD m. 13/3 ile AB kanun koyucusu, tarafların karşılıklı iade borçları arasında bir öncelik sırası belirlemiştir, ve bu çerçevede, satıcının/sağlayıcının, tüketici iade borcunu yerine getirmediği veya malı taşıyıcıya teslim ettiğine yönelik bir delil sunmadığı müddetçe, *daha sonra ifa hakkı* bulunmaktadır⁶¹⁵. Bir başka ifade ile satıcının/sağlayıcının, mesafeli sözleşmenin tasfiyesinden doğan karşılıklı iade borçlarının yerine getirilmesinde, henüz iade borcunu yerine getirmeyen tüketiciye karşı def'i hakkı vardır⁶¹⁶.

Türk hukuku açısından ise mesafeli sözleşme taraflarının karşılıklı iade borçlarını yerine getirmede, hangi iade borcunun öncelikli olarak ifa edilmesi gerektiğine yönelik bir düzenleme, MSY çerçevesinde mevcut değildir. Bununla beraber MSY m. 13/1 hükmü ile, tüketicinin malı iade borcunu cayma hakkını kullanmasından itibaren on gün; MSY m. 12/1 hükmünde ise, satıcının/sağlayıcının iade borcunu cayma bildiriminin kendisine ulaşma tarihinden itibaren on dört gün içerisinde yerine getirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu noktada THD'den ayrılarak, ifa süreleri açısından farklı bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Ancak buna karşın, iade borçlarının hangisinin öncelikli olarak ifa edileceğine yönelik THD m. 13/3'deki düzenlemeye benzer bir düzenleme MSY çerçevesinde mevcut olmadığından meseleyi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifa sırasının belirlenmesini düzenleyen TBK m. 97 çerçevesinde değerlendirmek gerekecektir.

TBK m. 97 hükmüne göre “*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir*”. Bu halde TBK m. 97 hükmüne göre, eğer varsa, tarafların karşılıklı borçlarının ifasında önceliğin olup olmadığını tespit ederken öncelikle, sözleşmenin koşullarına ve özellikleri nazara alınmalıdır, ve bir tarafın, daha sonra ifa etme hakkı

⁶¹⁵ Yücedağ Göztepe, s. 678: Yazar satıcının/sağlayıcının bu hakkı için “*kaçınma hakkı*” tabirini kullanmıştır.

⁶¹⁶ Mesut Serdar Çekin, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmelere Dair Düzenlemelerin AB Hukukuyla Uyumluluğu, Uygulamada Yaşanan Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 161, İstanbul, Ocak 2018, s. 47.

olup olmadığını tespit etmek gerekir. Eğer tespit edilemiyor ise bu halde bir taraf, kendi borcunu ifa etmeden veya ifaya hazır olmadan; karşı tarafın ifada bulunmasını talep edemeyecektir.

Yukarıda bahsedildiği üzere, MSY m. 13/1'e göre, satıcı/sağlayıcı malı kendisinin geri alacağına yönelik bir teklifte bulunmadığı müddetçe, tüketici malı iade borcu için öngörülen süre on gün iken; MSY m. 12/1 hükmüne göre satıcının/sağlayıcın bedel iadesi borcu için öngörülen süre on dört gündür. Bilindiği üzere, bu bahsi geçen hükümler mesafeli sözleşmeler için emredici niteliktedir ve bu sebeple de artık sözleşmenin koşullarından sayılması gerekir. Bu noktada, THD m. 13/1 ve m. 14/1 düzenlemesindeki sürelerden ayrılarak; tüketici için daha az ifa süresi öngörülmesi, ve tüketici için öngörülen on günlük sürenin daha evvel başlaması karşısında⁶¹⁷, tasfiye ilişkisinin koşulları dâhilinde, karşılıklı iade borçlarının yerine getirilmesinde, satıcının/sağlayıcının iade borcunu *daha sonra ifa etme hakkının* bulunduğu şeklinde bir yorum yapılabilir.

Buna ilaveten, mehzaz düzenlemedeki, karşılıklı iade borçları açısından öncelik sırası getiren THD m. 13/3 hükmü de nazara alınmalıdır. THD m. 13/3 düzenlemesi, mesafeli sözleşmenin tasfiyesi noktasında tarafların menfaat dengesini nazara alarak bir düzenleme getirmiştir⁶¹⁸. Ayrıca, Türk hukukunda, THD uygulamasından farklı olarak, satıcının bedel iade borcuna; malın iadesinden kaynaklanan giderlerin de dahil olacağı nazara alınmalıdır. Bu ise, satıcının iade borcunun kapsamının belirlenmesi için, öncelikle, tüketicinin malın iadesine hareketlerine başlamış olması ve bundan iadede kaynaklanacak masrafların belirli olması gerektiği anlamına gelir. Tüm bu hususlar beraber değerlendirildiğinde ise artık mesafeli sözleşmenin (ve sözleşmeden cayılması ile oluşan cayma ilişkisinin) özellikleri nazara alındığında, karşılıklı iade borçlarının ifa sırasını belirlerken, satıcının/sağlayıcının bedel iadesi borcunu; tüketicinin malın iadesi borcuna göre daha sonra ifa etme hakkının bulunduğu şeklinde değerlendirilmesi gerekir. Buna göre TBK m. 97 çerçevesinde bahsi geçen, *“sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına*

⁶¹⁷ Tüketici için öngörülen on günlük sürenin başlaması cayma bildiriminin tüketicinin hakimiyet alanından çıkması ile başlayacaktır. Satıcı/sağlayıcı için öngörülen on dörtlük süre ise bu cayma bildirimi, satıcının/sağlayıcının hakimiyet alanına girmesi ile başlayacaktır. Yani, sürelerin başlaması anında da tüketicinin ifayı sağlaması gereken süre, daha erken başlayacaktır.

⁶¹⁸ Çekin, s. 46-47.

ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı”, mesafeli sözleşmelerde satıcıların/sağlayıcıların bedel iadesi borcu için mevcuttur.

Yapılan bu değerlendirme ışığında mesafeli sözleşmelerde, karşılıklı iade borçlarının yerine getirilmesi meselesi ile ilgili olarak; Türk hukukunda da tüketicinin öncelikli olarak iade borcunu yerine getirmesi gerektiği şeklinde değerlendirme yapılmalıdır⁶¹⁹. Buna göre Türk hukukunda da tıpkı THD m. 13/3’deki gibi değerlendirme yapılmalıdır ve tüketici, kendi iade borcunu yerine getirmeden veya malı, iadesi amacıyla taşıyıcıya teslim ettiğine yönelik bir delil sunmadıkça, satıcıdan/sağlayıcıdan bedel iadesi yapmasını talep edemeyecektir. Açıktır ki satıcının/sağlayıcının, malı bizzat kendisinin geri alacağına dair bir teklifinin bulunduğu haller ayırdır.

VI-Cayma Hakkı Kullanılmasının Yan Sözleşmelere Etkisi

Yukarıda mesafeli sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde, mesafeli sözleşmenin tarafları açısından ortaya çıkan sonuçların ne olduğu ortaya konulmuştur. Bununla beraber, MSY m. 14 hükmünde, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde, özel olarak ortaya çıkan bir hukuki sonuç daha düzenlenmiştir.

Mülga MSDY çerçevesinde bulunmayan⁶²⁰ ve MSY ile ilk defa Türk hukukunda düzenleme alanı bulan MSY m. 14 hükmüne göre, tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde, TKHK m. 30/3 hükmünde düzenlenen “bağlı kredi sözleşmeleri” için öngörülen hal hariç, yan sözleşmeler de kendiliğinden sona erecektir. Buna göre, bir mesafeli sözleşme ile beraber veya bu mesafeli sözleşme ile ilgili olarak, tüketicinin bağlı kredi sözleşmesi dışında, bir yan sözleşme de

⁶¹⁹ Benzer yönde, Baş Süzel, **Cayma**, s. 292; Çekin, s. 46; Yücedağ Göztepe, s. 678. Yücedağ Göztepe’ye göre bu meseleyi çözmek adına TBK m. 97’ye başvurmayla gitmeye gerek yoktur. Yazara göre tüketicinin daha önce ifa zorunluluğu, MSY m. 12/1 ve m. 13/1 çerçevesinde, iade borçları için, THD düzenlemesinden ayrılarak öngörülen farklı (on ve on dört günlük) sürelerin, amaca uygun şekilde yorumlanması ile ortaya çıkar.

⁶²⁰ Uzun Kazmacı, s. 2808:..Belirtilmesinde fayda vardır ki MSY m. 14 hükmündeki gibi kapsamlı bir düzenleme mülga MSDY’de bulunmamakta idi. Bununla beraber, MSY m. 14 hükmündekine sonuca benzer bir düzenleme, mesafeli sözleşmelerle bağlantılı kredi sözleşmeleri için mevcut idi. Mülga MSDY m. 7/5 hükmü şu şekildedir: “Tüketicie, borcunun tamamen veya kısmen ifası için, satıcı veya sağlayıcı veya onunla işbirliği içinde olan bir üçüncü kişi tarafından kredi verildiği mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin bu maddedeki hükümler dâhilinde cayma hakkını kullanması durumunda kredi sözleşmesi de herhangi bir tazminat veya cezai şart ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaksızın sona erer. Ancak bunun için cayma bildiriminin kredi verene de yazılı olarak iletilmesi gerekir. Tarafların karşılıklı iade yükümlülükleri saklıdır.”

akdetmesi halinde, tüketicinin cayma hakkını kullanmasıyla beraber bu bahsi geçen yan sözleşmeler de kendiliğinden sona erer.

Yan sözleşme tabirinin tanımı, MSY m. 4/1 (1) hükmünde yapılmıştır. Bu hükümde yapılan tanıma göre yan sözleşme, *“bir mesafeli sözleşme ile ilişkili olarak satıcı, sağlayıcı ya da üçüncü bir kişi tarafından sözleşme konusu mal ya da hizmete ilave olarak tüketiciye sağlanan mal veya hizmete ilişkin sözleşmeyi”* ifade etmektedir. Bu tanımdan hareket edildiğinde, genel itibarıyla tüketici sözleşmelerinin hedef alındığını söylemekte bir sakınca olmayacaktır. Ayrıca yapılan tanımdan da anlaşılmaktadır ki bir sözleşmenin yan sözleşme olarak tanımlanabilmesi adına, zamansal bir sınırlama yapılmamıştır. Eş deyişle, yan sözleşme mesafeli sözleşmenin kurulma anıyla beraber yapılabileceği gibi, mesafeli sözleşmenin kurulmasından sonra da kurulabilecektir.

MSY m. 14 düzenlemesinde, önemle dikkat edilmesi gereken iki husus; tüketicinin, yan sözleşmelerin sona erdiğine yönelik herhangi bir ayrı cayma beyanında bulunmasına gerek olmaması ve mesafeli sözleşmenin sona ermesine yönelik oluşturduğu cayma bildiriminin, daha geniş bir etki alanı bularak, doğrudan doğruya bağlı kredi sözleşmeleri hariç yan sözleşmeleri de sona erdiriyor olmasıdır. MSY m. 14/2 hükmüne göre, satıcı veya sağlayıcı, mesafeli sözleşmenin yanında akdedilen yan sözleşmelerin sona erdiğini, bu yan sözleşmelerin tarafı olan üçüncü kişilere bildirmekle yükümlüdür. Satıcının/sağlayıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı, yan sözleşmenin tarafı olan kişilerin herhangi bir zarara uğraması halinde bu zararı tazmin borcu da satıcı veya sağlayıcıdadır⁶²¹. Bu noktada, satıcının/sağlayıcının cayma bildirimini üçüncü kişilere bildirmemesi halinde dahi, yan sözleşmelerin kendiliğinden sona ermiş olacağını belirtmekte yarar vardır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, mesafeli sözleşmeden süresi içerisinde cayan tüketicinin, bağlı kredi sözleşmeleri dışındaki yan sözleşmeler için bildirimde bulunma yükümlülüğü yoktur. Bu bildirim yükümlülüğünün, çoğu zaman yan sözleşmenin tarafı olmayacak satıcının/sağlayıcının üzerine bırakılması ise ilgi çekicidir. MSY m. 14/2 hükmü çerçevesinde bahsi geçen bildirimin satıcı/sağlayıcı tarafından, yan sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişiye zamanında yapılmaması

⁶²¹ Çabri, s. 887; Yücedağ Göztepe, s. 682.

halinde satıcının/sağlayıcının sorumluluğunun doğması ise, satıcının/sağlayıcının; tarafı dahi olmadığı sözleşme ilişkisinden sorumluluğunun doğması meselesini ortaya çıkarmaktadır.

Mesafeli sözleşmeden cayılması ile beraber yan sözleşmeler de kendiliğinden hükümsüz olur; bu noktada yan sözleşmeler için de tüketicinin, kural olarak, herhangi bir tazminat veya cezai şart ödemesi söz konusu olamaz, bunun aksi yönünde gerek mesafeli sözleşmeye gerek ise yan sözleşmeye hüküm konulamaz. Bununla beraber açıktır ki, eğer cayma hakkını kullanan tüketici, malı olağan kullanımı aşacak şekilde kullandı ve bu kapsamda mal üzerinde değer azalması meydana geldi ise, tüketici bundan sorumlu olacaktır⁶²². Tüketicinin, mesafeli sözleşmeden cayması halinde doğrudan sona erecek yan sözleşmeler nezdinde doğacak iade borcu için, MSY m. 13 hükmünde öngörülen süreler uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda tüketicinin, yan sözleşmelerden kaynaklanan iade borcunu, on günlük süre içerisinde yerine getirmekle mükellef olduğunu belirtmek gerekir⁶²³.

MSY m. 14/1 hükmündeki düzenleme, mehzaz düzenleme olan THD m. 15/1 hükmünde de mevcuttur. THD m. 15/1 hükmüne göre, 2008/48/EC sayılı Direktifin m. 15 hükmünde düzenlenen “tüketici kredi sözleşmeleri” hariç olmak üzere, mesafeli sözleşmeden THD m. 9 ila 14 hükümlerine uygun şekilde cayma hakkının kullanılması halinde, diğer bütün yan sözleşmeler de sonlandırılmış sayılacaktır.

Bu açıklamalardan sonra, MSY m. 14 hükmü çerçevesinde istisna kılınan, TKHK m. 30’da düzenlenen “bağlı kredi sözleşmelerini” ve neden bu sözleşmenin istisna bırakıldığı meselesini kısaca değerlendirmek gerekir. Mesafeli sözleşmenin yanında TKHK m. 30’da düzenlenmiş olan “bağlı kredi sözleşmesinin” de akdedilmesi halinde, sadece mesafeli sözleşmeden cayıldığına yönelik tüketici cayma bildirimi ile “bağlı kredi sözleşmesi” sona ermeyecektir. Bunun sebebi ise, TKHK m. 30/3 hükmünde yer alan özel düzenlemedir. TKHK m. 30/3 hükmüne göre *“Tüketicinin mal veya hizmet tedarikine ilişkin sözleşmeden cayması ve buna ilişkin bildirimin cayma süresi içinde ayrıca kredi verene de yöneltilmesi hâlinde, bağlı*

⁶²² Avcı Braun, s. 40; Ayrıca MSY m. 14/1, son cümle: *“Bu durumda tüketici, 13 üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen haller dışında herhangi bir masraf, tazminat veya cezai şart ödemekle yükümlü değildir.”*

⁶²³ Çabri, s. 887.

kredi sözleşmesi de herhangi bir tazminat veya cezai şart ödeme yükümlülüğü olmaksızın sona erer". Bu noktadan sonra, bu hükmün açık lafzı gereği, tüketicinin mesafeli sözleşmeden süresi içerisinde cayma hakkını kullandığını ayrıca kredi verene bildirmesi gerekir ki tarafı olduğu "bağlı kredi sözleşmesi" sona ersin ve tüketicinin "bağlı kredi sözleşmesi" kapsamında, ayrıca bir tazminat veya cezai şart ödeme yükümlülüğü doğmasın. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki "bağlı kredi sözleşmesinin" tarafı olan kredi verene TKHK m. 30/3 hükmü kapsamında tüketici tarafından yöneltilecek cayma bildiriminin, mesafeli sözleşme için öngörölmüş cayma hakkı kullanım süresi içerisinde yöneltilmesi gerekir. Eğer ki tüketici bu cayma beyanını, mesafeli sözleşme için öngörölmüş cayma hakkı kullanım süresi içerisinde yöneltmez ise bu halde bağlı kredi sözleşmesi, geçerliliğin/i devam ettirecektir⁶²⁴.

Bu çerçevede mesafeli sözleşme ile beraber veya bu sözleşme ile ilgili olarak, TKHK m. 30 çerçevesinde düzenlenen "bağlı kredi sözleşmesi" akdedilmesi halinde TKHK m. 30/3 hükmü uygulama alanı bulacaktır ve tüketici cayma bildirimini aynı zamanda kredi verene de bildirecektir ki bağlı kredi sözleşmesi de sona ersin; "bağlı kredi sözleşmesi" dışında diğer tüketici sözleşmelerinin akdedilmesi halinde ise MSY m. 14 hükmü uygulama alanı bulacaktır ve mesafeli sözleşmeden cayılması ile yan sözleşme kendiliğinden sona erecektir⁶²⁵.

VII- Cayma Hakkının Tanınmadığı Mesafeli Sözleşmeler

Tüketicieye tanınan cayma hakkı, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasını sağlayan en önemli hukuki müesseselerden biridir. Ancak her mesafeli sözleşme açısından tüketiciye cayma hakkı tanımak, her zaman adil ve mesafeli sözleşme üzerindeki menfaat dengesine uygun sonuçlar yaratmaz. Bu sebeple de MSY m. 15 ve THD m. 16 hükümleri çerçevesinde, birtakım mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin cayma hakkının istisnaları düzenlenmiştir. İstisna kapsamında yer alan mesafeli sözleşmelerde tüketici, cayma hakkını ileri süremeyecektir.

Cayma hakkına istisna getirilmesinin çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Bazı hallerde, tüketicinin cayma hakkını kullanması sonucu iade edilen mal,

⁶²⁴ Çabri, s. 887.

⁶²⁵ Uzun Kazmacı, 2808.

satıcı/sağlayıcı için artık herhangi bir ekonomik değer taşımayacaktır. Buna örnek olarak MSY m. 15/1 (b) ve THD m. 15/1 (c) kapsamında düzenlenen, tüketicinin isteklerine veya kişisel ihtiyaçlarına göre özel olarak hazırlanmış mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmeler gösterilebilir. Böylesine bir halde satıcı/sağlayıcının katlanması makul olarak beklenemeyecek bir durum söz konusudur. Bazı hallerde ise artık cayma hakkının kullanılması sonucu iade borcunun yerine getirilmesi mümkün değildir. Buna örnek olarak, MSY m. 15/1 (h) ve THD m. 16/1 (a) çerçevesinde, hizmet ediminin ifasına başlandığı (AB hukuku açısından hizmet ediminin ifasının tamamlandığı) haller gösterilebilir. Böylesine hallerde artık tüketicinin cayma hakkını kullanarak menfaat sağladığı edimi iade etmesi mümkün değildir. Bazı hallerde ise iade mümkün olsa ve hatta salt olarak iade, satıcıyı/sağlayıcıyı doğrudan bir ekonomik kayba uğratmasa da tüketicinin, mesafeli sözleşme kurulduktan ve fakat cayma hakkını kullanmadan önceki süre içerisinde, mesafeli sözleşmenin konusu edimden sağlayacağı faydayı tamamen elde ettikten sonra cayma hakkını kullanıp edimi iade etmesi, ve böylelikle de, bir ücret veya bedel ödemeden satıcının sunduğu mallardan faydalanma imkanının bulunmasından dolayı, cayma hakkı istisnası düzenlenmiştir. Buna örnek olarak, MSY m. 15/1 (e) hükmü altında düzenlenen mesafeli sözleşmeler örnek gösterilebilir. Bu halde tüketici, kendisine teslim edilen kitap veya dijital içeriği teslim aldıktan sonra, bunları kopyalayabilir ve sonra cayma hakkını kullanarak malın iadesini sağlayabilir. Hâlbuki tüketici bunları artık kopyalayarak, edimden sağlayacağı faydayı sağlamıştır ve bir bedel ödemesine gerek kalmadan bundan faydalanabilecektir. İşte bu tarz adil olmayan hallerin önüne geçilebilmesi adına da cayma hakkı istisnası tanınmıştır.

Evleviyetle belirtmek gerekir ki MSY m. 15 ya da THD m. 16 kapsamında belirtilen mesafeli sözleşmelerde tüketiciye, tarafların anlaşması ile cayma hakkı koruması sağlanabilecektir⁶²⁶. Bu durum MSY m. 15/1 hükmünde açık şekilde belirtilmiştir. Ayrıca bu noktada, gerek MSY m. 5/1 (h) gerekse de THD m. 6/1 (k) hükmü gereği, tüketicinin MSY m. 15 ya da THD m. 16 çerçevesinde cayma hakkını kullanamayacağına yönelik ön bilgilendirilmesi gerekir. Aksi halde tüketici, istisna kapsamında değerlendirilecek bir mesafeli sözleşmeye taraf olsa dahi cayma hakkından faydalanmalıdır. Son olarak, cayma hakkı istisnasından bahsedilen

⁶²⁶ Uzun Kazmacı, s. 2809.

mesafeli sözleşmeler açısından tüketici, şartlarının oluşması halinde ayıplı teslim veya hizmet ediminden kaynaklanan haklarını ileri sürebilecektir⁶²⁷.

A. Tüketicinin Onayı İle İfasına Başlanmış Hizmete İlişkin Mesafeli Sözleşmeler

Hem Türk hukukunda hem de AB hukukunda, mesafeli sözleşmenin mal teslimine ilişkin olması ile hizmet ifasına ilişkin olması, özellikle cayma hakkının kapsamı açısından farklılıklar yaratmaktadır. Bu farklılıklar esasında, mal teslimi edimi ile hizmetin edimi arasındaki, nitelikleri itibarıyla oluşan farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Örneğin, MSY m. 9/2 (THD m. 9/2) hükmüne göre tüketicinin on dört günlük cayma hakkı süresi, mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde malın tüketiciye (veya onun yetkilendirdiği üçüncü kişiye) teslim ile başlarken; hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde mesafeli sözleşmenin kurulması ile başlar. Bu farklılık ise hizmet sözleşmelerinde tüketicinin, mal tesliminde olduğu gibi, bir inceleme ve gözden geçirme yapma imkânının bulunmamasından ileri gelir.

Mal teslimi edimi ile hizmetin edimi arasında, edimlerin nitelikleri itibarıyla ortaya çıkan farklılıklardan önemli bir tanesi de hizmet ediminin ifası (veya ifaya başlanması) ile artık hizmet ediminin iadesinin veya geri alınmasının mümkün olmamasıdır⁶²⁸. Hâlbuki mal teslimi ediminde ifa tamamlanmış olsa da iadesi mümkündür.

Çalışmamızda incelediğimiz üzere, cayma hakkının kullanılması ile beraber hem tüketicinin hem de satıcının/sağlayıcının karşılıklı iade borçları doğar. Ancak, hizmet ediminin ifasına başlanması (veya tamamen ifası) ile artık bir daha iadesi mümkün olmamasından dolayı, on dört günlük cayma süresi içerisinde ifasına başlanan (veya tamamen ifa edilen) hizmet edimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin cayma hakkının akıbetini değerlendirmek gerekir. Buna ilişkin hem MSY m. 15/ (h) bendinde hem de THD m. 16/1 (a) bendinde düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler aşağıda ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

⁶²⁷ Sariaçalı, s. 159; Uzun Kazmacı, s. 2810.

⁶²⁸ Baş Süzel, **Cayma**, s. 279.

1- THD m. 16/1 (a) Kapsamında Cayma Hakkı Süresi İçerisinde Hizmet İfası Tamamen Yerine Getirilmiş Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı İstisnası

THD m. 16/1 (a) hükmüne göre, sağlayıcı tarafından tüketicinin, (i) hizmet ediminin ifa edilmesine yönelik önceden alınmış açık onayının (*prior express consent*) bulunması; (ii) ifanın tamamlanmasıyla cayma hakkını kaybedeceğini açık bir irade beyanıyla kabul etmesi (*acknowledgement that he/she will lose his/her right of withdrawal*); ve (iii) hizmet ediminin tamamen ifa edilmesi halinde, on dört günlük cayma süresi içerisinde olursa dahi artık tüketici, cayma hakkını kullanamayacaktır⁶²⁹.

Önemle belirtmek gerekir ki THD m. 16/1 (a) çerçevesinde cayma hakkının istisnasının oluşması için, hizmet ediminin ifasının tamamlanmış olması gerekir. Bu hükmün mefhumu muhalifinden, tüketicinin ifaya açık rıza vermiş olmasına rağmen, ifa tamamlanıncaya kadar cayma hakkını kullanabileceği anlamı çıkmaktadır. Hizmet ediminin ifası henüz tamamlanmadan cayma hakkını ileri sürmesi halinde tüketici; THD m. 14/3 hükmü uyarınca, o ana kadar ifa edilmiş kısım oranında, mesafeli sözleşme bedeli üzerinden hesaplanacak tazminatı sağlayıcıya ödemekle yükümlü olacaktır. Ancak önemle altını çizmek gerekir ki tüketicinin, THD m. 14/3’de bahsi geçen tazminatı ödemekle yükümlü tutulabilmesi için, sağlayıcının THD m. 6/1 (j) hükmü çerçevesinde bilgilendirmiş olması gerekir⁶³⁰. Bu çerçevede tüketicinin açık rızasını alınarak cayma hakkı süresi içerisinde hizmet ediminin ifasına başlanacağı hallerde sağlayıcı; tüketici açık rızasını oluşturmada önce hem edimin ifasının tamamlanması ile cayma hakkının kullanılamayacağına yönelik hem de ifa tamamlanmadan evvel cayma hakkının kullanılması halinde ölçülü tazminat ödeme yükümlülüğünün doğacağına yönelik tüketiciyi bilgilendirmesi gerekir.

⁶²⁹ Steennot, s. 113.

⁶³⁰ Esasında THD m. 14/3 hükmü incelendiğinde, tüketicinin tazminat ödeme yükümlülüğünün doğması için THD m. 8/8 atfı gereğince sağlayıcının, tüketiciden hizmet ediminin ifasına başlanmasına yönelik açık talepte (*express request*) bulunmasını sağlaması gerektiği düzenlenmiştir. Dahası tüketici tarafından yapılacak bu talebin, aynı zamanda cayma hakkının kullanılması halinde, o ana kadar yerine getirilmiş hizmet edimine denk gelecek ölçüde tazminat ödeme borcuna yönelik kabulü de içermesi gerekir. Görülmektedir ki THD m. 16/1 (a) hükmü uyarınca cayma hakkının istisnası oluşması için tüketicinin açık rızasından (*express consent*); THD m. 14/3 hükmüne göre tüketicinin tazminat ödeme yükümlülüğünün doğması için ise tüketicinin açık talebinden (*express request*) bahsedilmektedir. Bununla beraber, kanımızca tüketicinin hizmet ifasına yönelik açık rızasını (*express consent*) ortaya koyduğu hallerde tüketicinin ayrıca hizmet ifasını açıkça talep etme (*express request*) zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu çerçevede, THD m. 16/1 (a) hükmünde bahsedilen açık rızanın ve kabulün sağlandığı hallerde, THD m. 8/8 hükmünde bahsi geçen şartların da sağlandığını kabul etmek gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki THD m. 16/1 (a) hükmüne, 18.12.2019 tarihli Resmi Gazete yayımlanan ve 28.05.2022 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 2019/2161/EU Direktifi ile bir ekleme yapılmıştır. Bu eklemeye göre, sağlayıcının tüketiciden hizmetin ediminin ifasına başlanmasına yönelik açık rıza ve ifanın tamamlanması ile beraber cayma hakkını kaybedeceğine yönelik açık kabulünü alma zorunluluğu, sadece tüketicinin hizmet edimi karşılığı bir bedel ödeme zorunluluğu bulunan mesafeli sözleşmeler açısından geçerlidir⁶³¹.

2- MSY m. 15/1 (h) Kapsamında Cayma Hakkı Süresi İçerisinde Hizmet İfasına Başlanmış Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı İstisnası

MSY m. 15/1 (h) hükmüne göre, *“tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmelerde”* cayma hakkı süresi içerisinde olursa dahi tüketici, artık cayma hakkının korumasından yararlanamayacaktır. Bu bent kapsamında cayma hakkı istisnasının oluşması için tüketicinin, MSY m. 9 (veya cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmaması halinde MSY m. 10) çerçevesinde belirlenecek cayma hakkı süresi içerisinde hizmet ediminin ifasına başlanmasına onay vermiş olmasının yanında sağlayıcının, verilen bu onay çerçevesinde, hizmet ediminin ifasına başlamış olması da gerekir. Tüketicinin, hizmet ifasına başlanmasına onay vermesi ile beraber, bir nevi cayma hakkından feragat ettiği ifade edilmektedir⁶³². Belirtmek gerekir ki aynı meseleyi düzenleyen THD m. 16/1 (a) hükmünde ise cayma hakkı istisnasının oluşması için ifanın başlamış olması yetmez; hükümdeki diğer şartların yanında, ifanın tamamlanmış olması da gerekir. Ancak görülmektedir ki Türk hukukunda, hizmet ediminin ifasına başlanmış olması, cayma hakkının istisnasını oluşturmak için yeterlidir. Mülga MSD döneminde de cayma hakkının istisnasının oluşması için ifanın başlaması yeterli idi⁶³³. Bu kapsamda öğretide, MSY m. 15 hükmü düzenlenirken THD’nin değil mülga MSD’nin temel alınarak düzenlemenin oluşturulduğu ifade edilmektedir⁶³⁴. Bununla beraber öğretide, MSY m. 15/1 (h) hükmü açısından amaca uygun yorum yapılarak, tıpkı THD m. 16/1 (a) düzenlemesinde olduğu gibi, hizmet ediminin ifasının

⁶³¹ 2019/2161/EU Direktif Giriş, P. 42.

⁶³² Çabri, s. 890.

⁶³³ Steennot, s. 113.

⁶³⁴ Yücedağ Göztepe, s. 684.

tamamlanması halinde cayma hakkının istisnasının oluşacağını kabul edilmesi gerektiğini söyleyen görüş de mevcuttur⁶³⁵. Zira bu görüşe göre, her zaman hizmet ediminin ifasına başlanması ile edimin artık geri alınmasının mümkün olmayacağını kabul etmek, her durum için yerinde olmayacaktır⁶³⁶. Kanımızca, MSY m. 15/1 (h)'nin açık lafzı karşısında, böylesine bir yoruma gitmek mümkün gözükmemektedir.

THD m. 16/1 (a) hükmündeki detaylı düzenlemenin aksine, MSY m. 15/1 (h) hükmünde, sadece tüketicinin hizmet ifasına onay vermesinden bahsedilmiştir. Hâlbuki THD m. 16/1 (a) hükmüne göre, tüketici hizmet ediminin ifasına yönelik “açık rızasını” ve ifanın tamamlanması ile birlikte “cayma hakkını kaybedeceğine yönelik açık kabulünü” de ortaya koymalıdır. Türk hukuku açısından da amaca uygun yorum yapılarak, MSY m. 15/1 (h) bendindeki “*tüketicinin onayı*” tabirinden, tüketicinin hizmet ediminin ifasına yönelik oluşturduğu “*açık rızasını*” anlamak gerekir⁶³⁷. Bu kapsamda, kanımızca tüketicinin hizmet ediminin ifasının başlamasına yönelik verdiği zımni onayın, cayma hakkının istisnasını oluşturmayacağını kabul etmek gerekir.

Tüketicinin, hizmet ediminin ifasına başlanmasına yönelik “açık rıza” vermesinin yanında, ifaya başlanması ile cayma hakkını kullanamayacağına yönelik önceden bilgilendirilmiş olması da gerekir⁶³⁸. Her ne kadar MSY m. 15/1 (h) hükmünde, bu bilgilendirmeye yönelik açık bir düzenleme olmasa da MSY m. 5/1 (h) hükmü uyarınca sağlayıcı, açık rızasını vermesi ve hizmet ediminin ifasına başlanması ile cayma hakkını kaybedeceğine yönelik tüketiciyi bilgilendirmek

⁶³⁵ Baş Süzel, **Cayma**, s. 280: Yazara göre bazı hallerde sağlayıcının, ifanın başlamasına yönelik tüketiciyi ikna etmesi mümkündür. Böylesine bir halde, ifa tamamlanana kadar tüketicinin cayma hakkı korumasından faydalananı olması gerekir. Bu kapsamda ise MSY m. 15/1 (h) hükmü uyarınca ifaya başlanması ile cayma hakkının kaybedilmesinin, ancak ifaya başlanması ile hemen yerine getirilmiş olan hizmet edimlerine yönelik olacak şekilde yorumlamak gerekir. Bunun dışında zamana yayılan hizmet edimleri için cayma hakkı, ancak edimin tamamen yerine getirilmesi ile ortadan kalkmalıdır. Edim tamamlanmadan tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde de tıpkı THD m. 14/3 hükmünde olduğu gibi, yerine getirilmiş kısma denk gelen ve dürüstlük kuralı çerçevesinde hesap edilecek bir tazminatın, tüketici tarafından sağlayıcıya ödenmesi gerekecektir.

⁶³⁶ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü**, s. 346.

⁶³⁷ Baş Süzel, **Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü**, s. 346.

⁶³⁸ Yücedağ Göztepe, 684; Baş Süzel, **Cayma**, s. 279: Yazara göre açık rıza kavramını dar şekilde yorumlamak gerekir ve bu çerçevede, tüketicinin MSY m. 15/1 (h)'de bahsi geçen onay beyanının; mesafeli sözleşmenin genel işlem koşullarında yer aldığı veya, internet ortamında kurulan sözleşmeler bakımından, internet sitesinde bulunan bir kutucuğun varsayılan şekilde seçili olarak sağlandığı hallerde, tüketicinin açık rızasının alındığından bahsedilemeyecektir. Açık rızanın varlığı için, tüketicinin aktif hareketi gerekir. Biz de bu yorumlara katılmaktayız.

zorundadır⁶³⁹. Ayrıca, sağlayıcının MSY m. 5/1 (h) bendindeki ön bilgilendirmeyi yapmaması halinde, MSY m. 10/1 hükmü gereği cayma hakkı süresi uzayacaktır ve tüketici, hizmet edimini içerir mesafeli sözleşme kurulduktan itibaren bir yıl boyunca cayma hakkını, hizmet ediminin ifası tamamlanmış olsa dahi, kullanabilecektir. Buna göre, tüketicinin MSY m. 15/1 (h) bendinde bahsi geçen onayının, tüketicinin MSY m. 5/1 (h) çerçevesinde bilgilendirilmesi sonucunda oluşturulmuş “açık rıza” şeklinde ele alınması gerekir⁶⁴⁰. Aksi halde tüketici, cayma hakkı korumasından faydalanabilecektir⁶⁴¹.

Peki, tüketicinin MSY m. 5/1 (h) uyarınca bilgilendirilmeden veya açık rızası alınmadan hizmet ifasına başlanması (veya ifanın tamamlanması) halinde, tüketici tarafından cayma hakkının ileri sürülmesi halinde ne olacaktır? Yukarıda belirttiğimiz üzere, hizmet edimlerinin ifasına başlanması veya tamamlanması ile bu edimin geri alınması veya iadesi mümkün olmayacaktır. Mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde olduğunun aksine, tüketicinin kısmen dahi olsa hizmet edimini iade etmesinden bahsedilemeyecektir.

Evvela, tüketicinin hizmet edimini iade edemiyor oluşunun, mesafeli sözleşme çerçevesinde sağlayıcıya ödemiş olduğu bedelin iadesini talep etmesine engel olmayacağını belirtmek gerekir⁶⁴². Peki, tüketici, artık kısmen dahi olsa faydalanma imkânı bulduğu hizmet edimine karşılık bir bedel (veya tazminat) ödeme borcu ile yükümlü tutulabilecek midir? Bu halde, tüketiciyi bir bedel (veya tazminat) ödemekle yükümlü tutmak, mümkün olmamalıdır; zira bu ihtimalde tüketici, cayma hakkını kaybedeceğine yönelik bilgilendirilmemiştir veya sağlayıcı, tüketicinin açık rızasını almadan hizmetin ifasına başlamıştır. Böylesine bir ihtimalde tüketiciyi, bir bedel (veya tazminat) ödemekle yükümlü tutmak, sağlayıcının MSY uyarınca izlemesi gereken usule aykırı davranmasını ödüllendirmek anlamına gelecektir. Bu sebeplerle de hizmet ediminin ifasına yönelik açık rızası alınmamış veya ifaya başlanmasına yönelik açık rızasını vermekle artık cayma hakkını kaybedeceğine yönelik bilgilendirilmemiş tüketiciden, cayma hakkını kullanması ile (kısmen dahi

⁶³⁹ Çilenti Konuralp, s. 2753.

⁶⁴⁰ Baş Süzel, **Cayma**, s. 279.

⁶⁴¹ Benzer yönde bkz. Çilenti Konuralp, s. 2753; Dönmez, s. 375.

⁶⁴² Yücedağ Göztepe, s. 684.

olsa) yerine getirilmiş hizmet edimi karşılığında bir bedel (veya tazminat) talep edilmesi mümkün olmamalıdır⁶⁴³.

Yukarıda açıklananlar ışığında, tüketicinin cayma hakkını kullanmasına rağmen bir bedel (veya tazminat) ödemekle yükümlü tutulmamasının, artık bir bedel ödemedi hizmetten faydalandığı ve bunun da en nihayetinde sebepsiz zenginleşmeye sebebiyet vereceği, akıllara gelebilir. Ancak bu hali, sağlayıcının hukuka aykırı fiillerine binaen maruz kalması gereken bir özel hukuk yaptırımı olarak ele almak gerekir⁶⁴⁴. Bu halde sağlayıcı, hukuk aykırı fiillerinden dolayı bila bedel hizmet edimi sağlamış olmasına katlanmak zorunda tutulmalıdır. Nitekim THD m. 14/4 hükmünde, tüketicinin önceden açık rızasının alınmadan veya ilgili hususta bilgilendirilmeden⁶⁴⁵ cayma hakkı süresi içerisinde hizmet edimin ifasına başlanması halinde, cayma hakkını kullanmasından dolayı herhangi bir bedel ödemeyeceğine yönelik açık düzenleme getirilmiştir.

B. MSY m. 15 ve THD m. 16'da Düzenlenen Diğer Cayma Hakkı İstisnası Halleri

Yukarıda, hizmet edimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde Türk hukuku açısından tüketicinin açık rızası ile edimin ifasına başlanması ve AB hukuku açısından ifanın tamamlanması ile artık hizmet ediminin iadesinin mümkün olmamasından dolayı cayma hakkı istisnasının oluştuğundan bahsettik. Ancak, tüketicinin cayma hakkı korumasından faydalanamayacağı birtakım sair mesafeli sözleşmeler de mevcuttur.

1- Fiyatı Finansal Piyasalardaki Dalgalanmalara Göre Değişen ve Satıcının/Sağlayıcının Kontrolünde Olmayan Mal veya Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler

MSY m. 15/1 (a) ve THD m. 16/1 (b) hükümlerine göre, mal veya hizmet ediminin fiyatı finansal piyasalardaki dalgalanmalara göre değişen ve bu değişimin

⁶⁴³ Baş Süzel, **Cayma**, s. 281.

⁶⁴⁴ Baş Süzel, **Cayma**, s. 280-281.

⁶⁴⁵ Belirtmek gerekir ki THD m. 14/4 (a)(i) hükmünde tüketicinin, cayma hakkının varlığına ve kullanımına (THD m. 6/1 (h)) ya da hizmet ifasının tamamlanmasından önce cayma hakkını kullanması halinde, yerine getirilen edimle ölçülü şekilde hesaplanacak makul tazminat ödeme yükümlülüğüne (THD m. 6/1 (j)) ilişkin hususlarda bilgilendirilmemesi halinde tüketicinin bir bedel ödememesinden bahsedilmektedir.

satıcının/sağlayıcının kontrolünde olmayan mesafeli sözleşmelere taraf olan tüketici, cayma hakkı korumasından faydalanamayacaktır. Bu tarz mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı tanınmamasının sebebi, esasında mesafeli sözleşmeye konu edimin, cayma hakkının kullanılması sonucu satıcıya/sağlayıcıya iade edilmesi ihtimalinde, artık satıcının/sağlayıcının mal veya hizmetin fiyatındaki dalgalanmalardan dolayı ciddi zararlara uğrama ihtimali ve bu çerçevede cayma hakkının varlığının mesafeli sözleşmedeki menfaat dengesini ölçüsüz şekilde bozuyor olmasından kaynaklanmaktadır. Bir başka ifadeyle, tüketicinin cayma hakkını kullanması ile satıcının/sağlayıcının, ekonomik açıdan ciddi risklere maruz kalacak olmasından dolayı, bu tarz mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı tanınmamaktadır⁶⁴⁶. Bu tarz mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciye cayma hakkı tanınmaması, fiyatların oluşturulması noktasında belirsizliği (*volatilite*) yüksek olan ya da pazarlarda mal ve edim satın alacak olan tüketicilerin, cayma hakkını kullanarak kar elde etmesini engelleyecek olması açısından yerindedir⁶⁴⁷.

Bununla beraber MSY m. 15/1 (a) ve THD m. 16/1 (b) çerçevesinde cayma hakkı istisnasının oluşması için, fiyatlardaki dalgalanmaların satıcıdan/sağlayıcıdan kaynaklanmıyor oluşu veya onların kontrolünde olmayan dalgalanmalardan kaynaklanmıyor oluşu önemlidir. Aksi halde, tüketicinin cayma hakkı korumasından faydalanıyor olması gerekir⁶⁴⁸.

Ayrıca belirtmek gerekir ki MSY m. 15/1 (a) ve THD m. 16/1 (b) hükümleri arasında, hükümlerin lafzından kaynaklı bir farklılık daha göze çarpmaktadır. Bu farklılık, THD m. 16/1 (b) hükmünde, fiyatlardaki dalgalanmaların tüketicinin cayma hakkı süresi içerisinde gerçekleşme ihtimalinin gerektiğinin, özel olarak belirtilmesinden kaynaklanmaktadır. Hâlbuki MSY m. 15/1 (a) hükmü incelendiğinde, fiyattaki dalgalanmaların cayma hakkı süresi içerisinde gerçekleşme ihtimaline yönelik özel bir belirtme yapılmadığı görülmektedir. Ancak yine de Türk hukuku açısından da satıcıların/sağlayıcıların, kendilerini fazlaca koruyacak yaklaşımlarını ve hatta iyi niyete aykırı uygulamalarını önlemek adına, MSY m. 15/1

⁶⁴⁶ Baş Süzel, **Cayma**, s. 281.

⁶⁴⁷ Dickie, s. 224; Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, s. 178.

⁶⁴⁸ Öğretide, satıcının/sağlayıcının fiyattaki dalgalanmalardan kaynaklanan riskleri sigorta etme imkanı bulması halinde, artık satıcının/sağlayıcının menfaatinin ayrıca korunmasına gerek olmamasından dolayı, burada cayma hakkı istisnasının oluşmaması gerektiğini söyleyen bir görüş de mevcuttur. Bknz. Dickie, s. 224.

(a) hükmü açısından da amaca uygun yorum yapılmadığı ve fiyattaki dalgalanmaların; THD m. 16/1 (b)'deki gibi, cayma hakkı süresi içerisinde gerçekleşebilecek mahiyette olması aranmalıdır. Yoksa özellikle, ülkemizde son zamanlarda süre gelen yüksek enflasyondan kaynaklanan fiyat artışları da göz önünde tutulursa, cayma hakkı süresi nazara alınmadan değerlendirilecek fiyat dalgalanmaları, MSY m. 15/1 (a) hükmünün uygulama alanı bulmasına el vermemelidir.

2- Tüketicinin İstekleri veya Kişisel İhtiyaçları Doğrultusunda Hazırlanan Mallara İlişkin Sözleşmeler

MSY m. 15/1 (b) ve THD m. 16/1 (c) hükümlerine göre, tüketicinin istekleri veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda özel olarak hazırlanmış malların teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketiciye cayma hakkı tanınmaz. Bu sözleşmeler açısından tüketicilere cayma hakkı tanınmamasının ardında yatan sebep, tüketicinin cayma hakkını kullanması ihtimalinde, tüketiciye özel olarak kişiselleştirilmiş veya hazırlanmış malı iade alacak satıcı nezdinde, iade alınacak malın artık hiç değer taşımaması veya çok az değer taşıyacak olmasıdır⁶⁴⁹. Açıktır ki tüketicinin istekleri veya ihtiyaçları doğrultusunda özel olarak hazırlanmış veya üretilmiş bir malın, iade alınması halinde, diğer tüketicilerin ihtiyaçlarına veya isteklerine çoğu zaman uygun olmamasından dolayı, tekrardan satışa sunulması mümkün olmayacaktır. Ezcümle, böylesine özel hazırlanmış veya üretilmiş mallar için satıcının malı iade alması, onu ekonomik olarak zarara sokacaktır. Örneğin, tüketicinin isminin ve soy ismin yazılı olduğu bir ayakkabıyı veya formayı, iade etmesi halinde; satıcının iade alacağı bu ayakkabıyı veya formayı, artık başka tüketicilere satması makul ölçülerde beklenemeyecektir. Bu noktada, cayma hakkının ileri sürülmesinde satıcının bir kusurunun varlığının veya tüketicinin herhangi bir sebep göstermesinin aranmadığının da nazara alınması gerekir. İşte bu tip mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin cayma hakkını kullanması, taraflar arasındaki menfaatler dengesini temellendirilemeyecek şekilde bozacağından, bu halde tüketiciye cayma hakkı tanınmamaktadır.

⁶⁴⁹ Kişiselleştirme veya özel olarak hazırlanma talebinin tüketiciden gelmesi gerektiği, bunun dışında, satıcının yönlendirmesinin veya ikna çabalarının bir sonucu olarak malın tüketiciye göre kişiselleştirilmesi halinde cayma hakkı istisnasının oluşmayacağına yönelik bkz. Baş Sözel, **Cayma**, s. 282.

Buna karşın öğretide bir ayrıma gidilerek, MSY m. 15/1 (b) ve THD m. 16/1 (c) çerçevesinde cayma hakkı istisnasının oluşması için, tüketiciye özel olarak hazırlanmış veya üretilmiş mal iade edildiğinde, malın başka tüketicilere satılması zorluk arz ediyor veya malın değerinin düşüyor olmasının zorunlu olduğu; ancak eğer iade edilen malın başka tüketicilere satılması mümkün ise ve malın değerinde bir azalma meydana gelmiyor ise artık tüketicinin cayma hakkının kullanılabilirliği olması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁵⁰. Biz de öğretideki bu görüşe katılmaktayız. Zira burada önemli olan, cayma hakkının kullanılması ile taraflar arasındaki menfaat dengesinin ölçsüz bir şekilde bozuluyor olup olmamasıdır. Bu çerçevede, artık her ne kadar tüketicinin isteklerine ve ihtiyaçlarına göre özel olarak hazırlanmış mal teslimini içeren mesafeli sözleşmeler açısından, eğer ki o mal iade edildiğinde bir değer azalması oluşmadan yeniden başka tüketicilere satılması makul ise, tüketici cayma hakkını kullanabilecektir⁶⁵¹.

3- Çabuk Bozulabilen veya Son Kullanma Tarihi Geçebilecek Mallara İlişkin Mesafeli Sözleşmeler

MSY m. 15/1 (c) ve THD m. 16/1 (d) hükümlerine göre çabuk bozulabilen veya son kullanma tarihi hızlı şekilde sona erecek olan malların teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde tüketici, cayma hakkını kullanamayacaktır. Bu halde tüketicinin cayma hakkı korumasından faydalanamıyor oluşunun sebebi, on dört günlük cayma hakkı süresi içerisinde malın değerini, hızlı şekilde kaybediyor olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de böylesine bir halde tüketiciye cayma hakkı tanındığı ihtimalde, herhangi bir kusuru olmamasına rağmen malı iade almak zorunda alan satıcı, artık bozulmuş veya kullanma tarihinin geçmesi ile ekonomik değerini kaybeden malı başkalarına satamayacaktır. Bu sebeple de böylesine mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin cayma hakkını kullanamıyor olması yerindedir.

Bununla beraber, bu bent kapsamında cayma hakkı istisnasının oluşması için, mesafeli sözleşme konusu malın gerçekten çabuk bozulma veya son kullanma tarihinin geçme riskini taşıyor olması önemlidir⁶⁵². Bu çerçevede evleviyetle, cayma

⁶⁵⁰ Bozbel, s. 801; Çabri, 890; Yücedağ Göztepe, s. 687.

⁶⁵¹ Yücedağ Göztepe, s. 687.

⁶⁵² Baş Süzel, **Cayma**, s. 283.

hakkı süresinin sonuna kadar bozulacak veya son kullanma tarihi geçecek olan ürünlerin, bent kapsamına gireceği açıktır. Ancak örneğin, on dört günlük süre içerisinde cayma hakkının kullanılması ve bunu müteakip on günlük sürenin geçmesine rağmen, halen yakın gelecekte bozulma veya son kullanma riski söz konusu olmayan mallar için tüketici cayma hakkını kullanabilecektir.

4- Malın Koruyucu Unsurlarının Teslimden Sonra Açılmasıyla İadesi Sağlık veya Hijyen Açısından Uygun Olmayan Mallara İlişkin Mesafeli Sözleşmeler

MSY m. 15/1 (ç) ve THD m. 16/1 (e) hükümlerine göre mesafeli sözleşmeye konu malın, “*ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış*” olması halinde bunların iadesinin, sağlık veya hijyen açısından uygun olmaması halinde tüketici, cayma hakkı korumasından faydalanamayacaktır. Esasında, bu bent kapsamında da cayma hakkı tanınmasının sebebi, artık bu tarz malların iade alınması ile beraber satıcının, bu malları diğer tüketicilere satmasının zorluk arz edecek olmasıdır. Ancak ayrıca bu tarz malların, koruyucu unsurları açıldıktan sonra tekrardan satıcı tarafından piyasaya sürülmeleri ve başkaları tarafından kullanılması insan sağlığını tehlikeye düşürücü sonuçlara da sebebiyet verebilecektir⁶⁵³. İşte bu sebepten dolayı da MSY m. 15/1 (ç) ve THD m. 16/1 (e) kapsamında kalan mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı tanınmamaktadır. Burada ayrıca, kamu sağlığını koruma meselesi de gündeme gelmektedir.

MSY m. 15/1 (ç) ve THD m. 16/1 (e) hükümleri incelendiğinde görülmektedir ki cayma hakkı istisnasının oluşması için (i) malın teslim edilmiş olması, (ii) koruyucu unsurlarının açılmış olması ve (iii) iadesinin hijyen veya sağlık açısından uygun olmaması gerekir. Buna göre bu tarz mesafeli sözleşmeler açısından eğer ki tüketici malı henüz teslim almamış ise veya teslim almış olmasına rağmen henüz malın koruyucu unsurlarını açmamış ise cayma hakkı korumasından yararlanabilecektir. İadenin hijyen veya sağlık açısından uygun olmaması koşulunu net bir çerçevede dahilinde ortaya koymak ise mümkün değildir. Bu sebeple de her olayın somut özellikleri dâhilinde bu üçüncü koşulun var olup olmadığını değerlendirmek gerekir.

⁶⁵³ Çabri, s. 890.

5- Tesliminden Sonra Başka Ürünlerle Karışan ve Doğası Gereği Ayırıştırılması Mümkün Olmayan Mallara İlişkin Sözleşmeler

MSY m. 15/1 (d) hükmüne ve MSY m. 15/1 (f) hükmüne göre mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmeler ile sınırlı olacak şekilde, teslimden sonra başka mallar ile karışan ve artık karışmadan sonra geri ayırıştırılması mümkün olmayan mesafeli sözleşmeler için de tüketicinin cayma hakkı bulunmamaktadır. Bu halde tüketicinin cayma hakkı korumasından faydalanamayacak olmasının sebebi, mesafeli sözleşme konusu malın karışma ile beraber tüketicinin malvarlığına geçmesi ve artık ayırıştırılarak tüketicinin malvarlığından ayrılıp satıcıya iadesinin mümkün olmamasıdır. Burada, tüketicinin cayma hakkı sonucu yükleneceği iade borcunun fiilen imkânsız olması bahis konusudur.

Bu bentler kapsamında cayma hakkı istisnasının ortaya çıkması için öncelikle malın tüketiciye teslim edilmiş olması gerekir. Buna göre bu tarz mesafeli sözleşmeler açısından tüketici, mal henüz kendisine teslim edilmemiş ise cayma hakkını kullanabilecektir. Ayrıca açıktır ki teslim edilen malın, tüketicinin malvarlığına karışmış ve artık ayırıştırılarak iadesinin de mümkün olmaması gerekir. Bu çerçevede, mal teslim edilmiş olmasına rağmen eğer henüz, tüketicinin malvarlığına karışma gerçekleşmemiş ise de tüketici cayma hakkını ileri sürebilmelidir.

6- Koruyucu Unsurları Açılmış Olması Halinde Maddi Ortamda Sunulan Kitap, Dijital İçerik ve Bilgisayar Sarf Malzemelerine İlişkin Mesafeli Sözleşmeler

MSY m. 15/1 (e) hükmüne göre tesliminden sonra *“koruyucu unsurları açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin”* mesafeli sözleşmelerde tüketici cayma hakkı korumasından faydalanamayacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki MSY m. 15/1 (e) hükmü çerçevesindeki cayma hakkı istisnası, doğrudan doğruya bir bent olarak THD m. 16/1 çerçevesinde bulunmamaktadır. Görülmektedir ki burada THD m. 16/1 hükmünden ayrılarak bir cayma hakkı istisnası düzenlemesine gidilmiştir. Öğretide MSY m. 15/1

(e) hükmünün THD m. 16/1 (i) bendinde karşılığını bulduğu ifade edilmektedir⁶⁵⁴. Ancak bu her iki madde ayrı ayrı incelendiğinde, aşağıda açıklanacağı üzere, muhteviyatlarının tam olarak aynı olmadığı anlaşılmaktadır.

Her şeyden evvel, MSY m. 15/1 (e) kapsamında, maddi ortamda sunulan kitap ve dijital içerik ile, bilgisayar sarf malzemelerinin neden aynı bent altında düzenlendiğini anlamak pek de mümkün değildir. Zira koruyucu unsurları açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan kitap ve dijital içerikler açısından tüketiciye cayma hakkı tanınmamasının sebebi, bu malların çoğu zaman FSEK kapsamında korunan bir fikri hakkı içeriyor olması ve artık bunların koruyucu unsurlarının açılması ile beraber bu fikri içeriklerin kopyalanmaya ve hatta çoğaltılmaya açık hale geliyor olmasıdır. Bent kapsamındaki dijital içeriklere, müzik albümü veya bir yazılım programı örneği verilebilir. Gerçekten de maddi ortamda sunulan kitap ve dijital içeriklerin koruyucu unsurlarının açılması ile beraber tüketici, bunları kendince kopyalayabilir, başka bir mecraaya aktarabilir veya çoğaltabilir; daha sonra cayma hakkı koruması çerçevesinde bedel iadesi alarak, herhangi bir karşılık ödemesine gerek kalmadan bu içeriklerden faydalanmaya devam edebilir. Böylesine bir halde tüketiciye cayma hakkı tanınması, mesafeli sözleşmedeki menfaat dengesini satıcı aleyhine ölçüsüz şekilde bozacaktır. İşte belirtilen bu sakıncanın önüne, mümkün olduğunca geçilebilmesi adına, artık koruyucu unsurları açılmış maddi ortamda kitap ve dijital içeriklerin teslimini içerir mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciye cayma hakkı tanınmaması yerindedir.

Belirtmek gerekir ki koruyucu unsurları açılmış dijital içerikler açısından tüketicinin cayma hakkını kaybetmesini, THD m. 16/1 (i) hükmü çerçevesinde değerlendirmek mümkündür. Ancak yine önemle altını çizmek gerekir ki THD m. 16/1 (i) hükmü, koruyucu unsurları açılmış ses ve video kayıtları ile bilgisayar yazılımlarının tedarikini içeren mesafeli sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkını kaybedeceğini düzenlemektedir. THD m. 16/1 (i) çerçevesinde bahsi geçen dijital mallar, çoğu zaman MSY m. 15/1 (e) hükmünde bahsi geçen dijital içerikleri kapsayacaktır. Lakin muhteviyatları açısından, bu iki bendin birbirleri ile tam olarak örtüştüğünü söylemek mümkün değildir.

⁶⁵⁴ Baş Süzel, **Cayma**, s. 284.

Buna karşın, THD m. 16/1 (i) bendi kapsamında bahsi geçen, tesliminden sonra koruyucu unsurları açılmış ses ya da video kayıtlarına veya bilgisayar yazılımlarına ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketiciye cayma hakkı tanınmamasının sebebi, yukarıda MSY m. 15/1 (e) bendinde düzenlenen, tesliminden sonra koruyucu unsurları açılan maddi ortamda sunulmuş kitap ve dijital içeriklere ilişkin mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı tanınmaması sebebi ile aynıdır. Bunların teslimden sonra koruyucu unsurlarının açılması ile içeriklerin kopyalanması mümkün olacaktır.

Bununla beraber, MSY m. 15/1 (e) hükmüne neden “*bilgisayar sarf malzemelerinin*” de dâhil edildiğini anlamak, daha doğru bir ifadeyle, “*bilgisayar sarf malzemelerinin*” neden, koruyucu unsurları açılmış kitap ve dijital içeriklerle aynı hüküm altında düzenlendiğini anlamlandırmak, kanımızca pek mümkün değildir. Öncelikle, “*bilgisayar sarf malzemeleri*” tabiri oldukça geniş kapsamda değerlendirilebilecek ve bu tabirden ne anlaşılması gerektiğine yönelik herhangi bir açıklama da bulunmamaktadır. “*Sarf*” kelimesini TDK, “*harcama, tükenme, kullanma*” olarak tanımlamaktadır. Buna göre “*bilgisayar sarf malzemeleri*” tabirinden, kullanılması ile beraber tükenecek ve bilgisayarların kullanımı ile alakalı olan malzemeleri anlamak gerekir. Kanımızca, tesliminden sonra koruyucu unsurları açılmış bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı tanınmamasının sebebi, artık bunların iade edilmesiyle beraber satıcı tarafından maddi değerini büyük ölçüde kaybediyor olmasıdır. Bu çerçevede esasında, MSY m. 15/1 (e) bendi altında bahsi geçen maddi ortamda sunulan kitap ve dijital içeriklerle ilişkin mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkının tanınmaması sebebi ile, bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı tanınmamasının sebebi birbirinden farklıdır. Kanımızca, bunların iki ayrı bent dahilinde düzenleme altına alınması daha yerinde olurdu.

Gerek MSY m. 15/1 (e) gerekse de THD m. 16/1 (i) hükümleri incelendiğinde, cayma hakkı istisnasının oluşması için malın tesliminin gerçekleşmesi ve ayrıca malın koruyucu unsurlarının açılmış olması gerekmektedir. Buna göre, bu tarz mesafeli sözleşmeler açısından eğer ki mal teslimi henüz gerçekleşmemiş ise veya gerçekleşmiş olsa dahi henüz koruyucu unsurları açılmamış ise tüketici cayma hakkını kullanabilecektir.

Son olarak, öğretide bu tip mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı istisnasından bahsedilebilmesi için, teslim edilen malın koruyucu unsurlarının üzerinde, koruyucu unsurların açılması ile beraber tüketicinin cayma hakkını ileri süremeyeceğine yönelik uyarıların bulunması; aksi halde tüketicinin cayma hakkını ileri sürebileceği ileri sürülmektedir⁶⁵⁵. Ancak kanımızca böylesine bir sonuca varabilmek için satıcının, MSY m. 5/1 (h) bendinde düzenlenen tüketicinin cayma hakkını kaybedebileceğine yönelik ön bilgilendirmenin somut olarak yerine getirilip getirilmediğine de bakmak gerekir. Bu çerçevede, eğer ki satıcı mesafeli sözleşme kurulurken, buna yönelik ön bilgilendirme yaptı ise artık ayrıca teslim edeceği malın üzerine, koruyucu unsurların açılması ile beraber cayma hakkının ileri sürülemeyeceğine yönelik açık bir uyarıda bulunmasına gerek yoktur.

7- Abonelik Sözleşmesi Kapsamında Sağlananlar Dışında Süreli Yayınların Teslimine İlişkin Sözleşmeler

MSY m. 15/1 (f) ve THD m. 16/1 (j) hükümlerine göre, “*abonelik sözleşmesi kapsamında sağlananlar dışında, gazete ve dergi gibi süreli yayınların teslimine ilişkin*” mesafeli sözleşmelerde tüketici cayma hakkını kullanamayacaktır. Bu düzenleme ile bu tarz mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı tanınmamasının sebebi, cayma hakkı süresi içerisinde ilgili malların ekonomik değerini sağlayan güncelliğinin ortadan kalkıyor olmasıdır⁶⁵⁶. Ayrıca, hayatın olağan akışı dikkate alındığında, gazete ve dergi gibi süreli yayınlar açısından tüketicinin bunlardan sağlayacağı menfaat, kısa süreler içerisinde gerçekleşecektir. Ezcümle tüketici, bunlardan elde edeceği menfaati, çoğu zaman cayma hakkı süresi sona ermeden, çoktan sağlamış olacaktır. Bu çerçevede, satıcının gazete ve dergi gibi süreli yayınları iade alması halinde katlanmak zorunda olacağı durum ile tüketicinin cayma hakkını kullanması ile elde edeceği menfaat karşılaştırıldığında, denge ölçüsüz şekilde bozulacaktır⁶⁵⁷. Ayrıca, kitap ve dergi gibi süreli yayınların teslimine ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından tüketiciye cayma hakkı tanınmamasının ardındaki bir başka sebep olarak da, tıpkı MSY m. 15/1 (e) ve THD m. 16/1 (i) bendinde bahsi geçen, mesafeli sözleşmelerde olduğu gibi, tüketicinin artık süreli

⁶⁵⁵ Bozbel/Atalı, s. 464.

⁶⁵⁶ Bozbel/Atalı, s. 466; Gezder, **Erzurumlu Şerhi**, s. 177.

⁶⁵⁷ Baş Süzel, **Cayma**, s. 285.

yayının içeriğini kopyalayabiliyor ve çoğaltabiliyor olması da gösterilmektedir⁶⁵⁸. Kanımızca bu sebep varlığını, özellikle uzun süreli aralıklarla (örneğin yılda bir kere veya altı ayda bir) yayımlanan süreli yayınlarda kendisini göstermektedir. Zira bu tarz süreli yayınlar güncelliğini, örneğin haftalık yayımlanan bir dergiye nazaran, çok daha sonra yitirecektir.

Bu düzenlemeler açısından dikkat çeken iki nokta bulunmaktadır. Bunlardan ilki, süreli yayınların teslimine ilişkin sözleşmenin bir abonelik sözleşmesi çerçevesinde gerçekleşmemesi gerekliliğidir. Tüketicinin taraf olduğu abonelik sözleşmeleri, TKHK m. 52 ve THKH m. 52/7 uyarınca çıkarılan Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği kapsamında, ayrıca düzenlenmiştir. Bununla beraber, TKHK m. 52/2 hükmüne göre abonelik sözleşmelerinin, mesafeli olarak kurulması mümkündür. Bu çerçevede, mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmelerine TKHK m. 52 ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasının yanında TKHK m. 48 ve MSY hükümleri de uygulanacaktır⁶⁵⁹. Her ne kadar TKHK m. 52 ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği çerçevesinde tüketicinin cayma hakkına ilişkin özel bir düzenleme olmasa da mesafeli kurulan abonelik sözleşmeleri açısından TKHK m. 48 ve MSY uygulama alanı bulacağından, genel kural olarak, tüketicinin cayma hakkı korumasından faydalanacağını belirtmek gerekir. Buna göre, abonelik sözleşmesi çerçevesinde tüketiciye düzenli olarak teslim edilecek süreli yayınlara ilişkin mesafeli sözleşmelerde tüketici, cayma hakkı korumasından faydalanabilecektir⁶⁶⁰. Süreli yayınların abonelik sözleşmesi dâhilinde tüketiciye teslim edilmesi halinde cayma hakkı süresi, MSY m. 9/3 hükmü uyarınca, ilk süreli yayın tesliminin gerçekleşmesinden itibaren on dört gün içerisinde ileri sürülmelidir⁶⁶¹. Bu on dört günlük cayma hakkı süresinden sonra tüketici, cayma hakkını kullanamayacaktır.

Bu düzenleme açısından dikkat çeken ikinci nokta ise, cayma hakkı istisnasının oluşması için teslimin gerçekleşmesinin veya koruyucu unsurların açılmış olmasının aranmamasıdır. Bu halde, satıcının MSY m. 5/1 (h) bendinde düzenlenen, tüketicinin bu mesafeli sözleşme açısından cayma hakkını olmadığına yönelik ön bilgilendirme

⁶⁵⁸ Baş Süzel, **Cayma**, s. 285.

⁶⁵⁹ Bütün Yılmaz, s. 362.

⁶⁶⁰ THD uygulaması açısından da süreli yayınların teslimin, abonelik sözleşmesi dahilinde gerçekleşmesi halinde tüketicinin cayma hakkı sahibi olduğu yönünde bkz. Steennot, s. 113.

⁶⁶¹ Benzer yönde bkz. Bütün Yılmaz, s. 363.

yapıldığı müddetçe, mesafeli sözleşmenin kurulması ile artık teslimin gerçekleşmesi veya ambalajın açılması aranmadan, tüketici cayma hakkı koruma kapsamının dışında bırakılmaktadır.

8- Belirli Bir Tarihte veya Dönemde Yapılması Gereken Konaklama, Eşya Taşıma, Araba Kiralama, Yiyecek İçecek Tedariki ve Eğlence ya da Dinlenme Amacıyla Yapılan Boş Zamanın Değerlendirilmesine İlişkin Sözleşmeler

MSY m. 15/1 (g) ve THD m. 16/1 (l) hükümlerinde, madde kapsamında yer alan diğer istisna hallerinden farklı olduğu göze çarpan bir düzenleme yer almaktadır. MSY m. 15/1 (g) ve THD m. 16/1 (l) hükümlerinde, ilgili edimin, belirli bir tarihte veya dönemde ifa edilmesi şartıyla *“konaklama, eşya taşıma, araba kiralama, yiyecek içecek tedariki, eğlence veya dinlenme amacıyla boş zamanın değerlendirilmesi”* sektöründeki faaliyetler ile ilgili mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin cayma hakkı korumasından faydalanamayacağı düzenlenmiştir. Burada, MSY m. 15 ve THD m. 16’da düzenlenen diğer istisna hallerde olduğu gibi somut ve belirli hallere yönelik bir istisnadan değil; bent kapsamında bahsi geçen sektörlerden kaynaklanan bir istisnadan bahsedilmektedir⁶⁶². Buna göre, mesafeli sözleşmenin edimi ne olursa olsun, bu sektörlerdeki faaliyetlerle ilgili olması ve edimin, belirli veya kesin vade içerisinde ifa edilmesi kaydıyla tüketicinin, cayma hakkı bulunmamaktadır.

Bu alt başlık altında bahsi geçen mesafeli sözleşmeler, mülga MSD m. 3/2 hükmü altında, sadece cayma hakkı istisnası açısından değil; ön bilgilendirme yükümlülüğü (MSD m. 4), ön bilgilendirmenin yazılı olarak teyidi (MSD m. 5) ve mülga MSD m. 7/1’de düzenlenen otuz günlük ifa zorunluluğundan da istisna olarak tutulmakta idi. Bu eski mehzaz düzenlemeye paralel olarak mülga MSDY m. 2/3 (b)’de de aynı kapsam geçerli olacak şekilde istisna kapsamında bırakılmıştı. Ancak artık MSY m. 15/1 (g) ve THD m. 16/1 (l) düzenlemeleri karşısında, sadece cayma hakkı istisna dahilinde bırakılmıştır. Buradan hareketle, MSY m. 15/1 (g) ve THD m. 16/1 (l)’de bahsi geçen mesafeli sözleşmeler açısından, tüketicinin korunma kapsamı

⁶⁶² ABAD, Case C-336/03, ECLI:EU:C:2005:150 (Judgement), T. 10.03.2005, *EasyCar (UK) Ltd v. Office of Fair Trading*, I-1947, P. 28.

genişletilmiştir. Buna karşın burada, mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin korunması için getirilen cayma hakkı kurumunun konaklama, eşya taşıma, araba kiralama, yiyecek içecek tedariki, eğlence ve dinlenme amacıyla boş zamanın değerlendirilmesi sektörlerinde mal veya hizmet sağlayan satıcıları/sağlayıcıları ciddi ölçüde ve olumsuz şekilde etkileyeceği varsayılarak, cayma hakkı istisnası kapsamında tutulmaya devam ettiği görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki MSY m. 15/1 (g) ve THD m. 16/1 (l) hükümlerinde bahsi geçen cayma hakkı istisnasının oluşması için mesafeli sözleşme ediminin, “*belirli bir tarihte veya dönemde yapılması*” gerekir. Bu husus çok önemlidir, zira bu bent kapsamında, tüketicinin koruma kapsamının daraltılarak cayma hakkından mahrum bırakılmasının sebebi, tüketicinin bent kapsamında yer alan hizmetlerden faydalanması için, belirli bir tarihi veya dönemi önceden rezerve ederek, satıcının/sağlayıcının belirli işgücünü ve imkânlarını bu rezervasyona ayırmasına neden olmasıdır. MSY m. 15/1 (g) ve THD m. 16/1 (l) hükmünde bahsi geçen sektörlerde sağlanan tedarik veya hizmetler genel olarak incelendiğinde, ortak noktalarının, tüketicinin daha önceden belirli bir tarih veya dönem için rezervasyon yaparak, sözleşme konusu tedarik veya hizmeti kendisi için ayırtıyor olmasıdır⁶⁶³.

Satıcı/sağlayıcı, tüketicinin rezerve etmiş olduğu zaman aralığında taahhüt ettiği edimlerini yerine getirmek için önceden birtakım sair yükümlülükler altına girecektir. Örneğin, tüketici bir otelde konaklamak için mesafeli sözleşme dâhilinde kendisine bir oda tutması halinde satıcı/sağlayıcı, o odayı belirtilen tarihler boyunca tüketici için ayıracaktır ve hazır halde tutacaktır. İşte, tüketicinin mesafeli sözleşmeyi kurduktan ve satıcı/sağlayıcı da, tüketici tarafından yapılan rezervasyon dâhilinde, belirli işgücünü ve imkânlarını bu rezervasyonun yerine getirilmesi için ayırdıktan sonra; tüketicinin cayma hakkını kullanması, satıcıyı/sağlayıcıyı makul ölçütlerin dışında kalacak şekilde, zor duruma sokacaktır⁶⁶⁴. İşte bu durumun önüne geçilmek amacıyla, tüketicilerin belirli tarih veya dönemler için oluşturulan rezervasyonları çerçevesinde tedarik veya hizmet sağlayan sektörlerden olan; konaklama, eşya taşıma, araba kiralama, yiyecek içecek tedariki, eğlence ve dinlenme amacıyla boş zamanın değerlendirilmesine ilişkin mesafeli sözleşmelerde tüketici, cayma hakkı

⁶⁶³ ABAD, Case C-336/03, ECLI:EU:C:2004:716 (Opinion), T. 10.03.2005, *EasyCar (UK) Ltd v. Office of Fair Trading*, P. 40.

⁶⁶⁴ Case C-336/03, P. 40.

korumasından faydalanamayacaktır⁶⁶⁵. Bu bahsi geçen sakıncanın oluşması için ise, tüketicinin belirli bir tarih veya dönem boyunca geçerli olmak üzere, önceden rezervasyonda bulunması şarttır. Herhangi bir rezervasyon veya ayırtma söz konusu olmadığında, satıcı/sağlayıcı için bahsettiğimiz sakınca da var olmayacağından, MSY m. 15/1 (g) ve THD m. 16/1 (l) hükümlerinde, mesafeli sözleşmenin belirli bir tarih veya dönem için yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

9- Elektronik Ortamda Anında İfa Edilen Hizmetler veya Tüketicie Anında Teslim Edilen Gayri Maddi Mallara İlişkin Sözleşmeler

MSY m. 15/1 (ğ) hükmünde, mesafeli sözleşmenin konusunu elektronik ortamda anında ifa edilen hizmet edimi veya gayri maddi malların teslimi edimini içermesi halinde artık tüketicinin cayma hakkını kullanamayacağı belirtilmiştir. Hüküm incelendiğinde, bent kapsamında kalan mesafeli sözleşmeler açısından cayma hakkı istisnasının oluşması için “*anında ifa edilen*” tabiri kullanılmaktadır. Bu sebeple de haklı olarak, bent kapsamında kalan mesafeli sözleşmelerin henüz ifa edilmemesi halinde, edimin ifası gerçekleşene kadar tüketicinin cayma hakkı korumasından faydalanabileceği ifade edilmektedir⁶⁶⁶. Elektronik ortamda ifa edilecek hizmet veya gayri maddi mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde, edimin ifasının gerçekleşmesi ile beraber tüketicinin cayma hakkını kaybediyor olması yerindedir, zira tüketicinin; örneğin gayri maddi mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından, ifanın gerçekleşmesinden – yani satın alınan gayri maddi malın tüketicinin bilgisayarına indirmesinden – sonra kopyalaması mümkündür⁶⁶⁷. İşte böylesine bir halde tüketicinin, indirme işlemini gerçekleştikten sonra cayma hakkını kullanarak bedel iadesine kavuşmasına rağmen, sözleşme konusu gayri maddi maldan faydalanması mümkündür. Bu sebepten dolayı, artık tüketicinin elektronik ortamda kendisine sunulacak mal veya hizmet ediminden faydalanma imkânı bulması ile artık cayma hakkını kullanamaması, mesafeli sözleşmenin menfaatler dengesine uygun düşecektir.

Bununla beraber aynı istisnanın yer aldığı THD m. 16/1 (m) hükmünü de incelemek gerekir. Bu hükme göre ifasına başlanmış gayri maddi dijital içeriklerin

⁶⁶⁵ Case C-336/03, P. 41.

⁶⁶⁶ Sariaçalı, s. 158; Uzun Kazmacı, s. 2809.

⁶⁶⁷ Gezder, **Mukayeseli Hukuk**, s. 223; Uzun Kazmacı, s. 2809.

tedarikine ilişkin mesafeli sözleşmelerde (mal veya hizmet edimi ayrımı yapılmadan) tüketici cayma hakkı korumasından artık yararlanamayacaktır. Ancak THD m. 16/1 (m) hükmü, MSY m. 15/1 (ğ) hükmünde bulunmayan, tüketicinin cayma hakkını kaybetmesi için birtakım ek koşullar daha getirmiştir. Buna göre, ifasına başlanmış gayri maddi dijital içeriklerin tedarikine ilişkin mesafeli sözleşmelerde tüketici, cayma hakkını kaybetmesi için, (i) tüketicinin cayma hakkı süresi içerisinde gerçekleşecek edim ifasına açık rızasını vermiş olması; (ii) tüketicinin, edimin ifasına açık rızasını vermesi ile artık cayma hakkını kaybedeceğine yönelik kabulünün olması ve (iii) satıcının/sağlayıcının THD m. 8/7 çerçevesinde teyidinin alınması gerekmektedir. Bu kapsamda, ifasına başlanmış gayri maddi dijital içeriklerin tedarikine ilişkin mesafeli sözleşmelerde tüketici cayma hakkını kaybetmesi, esasında oldukça daha ağır koşullara bağlanmıştır⁶⁶⁸. Görülmektedir ki THD uygulaması açısından ifasına başlanmış gayri maddi dijital içeriklerin tedarikine ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin cayma hakkını kaybetmesi için, evleviyetle edimin ifasına açık rızasını vermesi zorunludur. Aksi halde tüketicinin cayma hakkından faydalanması mümkün olacaktır.

Hâlbuki Türk hukuku açısından, tüketicinin cayma hakkını kaybetmesi için THD m. 16/1 (m) (i, ii, iii)'dekine benzer ek koşulların varlığı aranmamaktadır. Bu çerçevede, tüketicinin edimin ifasına onay verip vermemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Türk hukuku açısından, örneğin elektronik ortamda gayri maddi malın teslimine ilişkin bir mesafeli sözleşmenin kurulması ile mevzu bahis gayri maddi mal, otomatik olarak tüketicinin bilgisayarına iniyorsa, artık tüketici cayma hakkını kullanamayacaktır. Öğretide, THD m. 16/1 (m)'de aranan ek koşulların MSY m. 15/1 (ğ) hükmünde aranmıyor oluşu, tüketicinin koruma alanının daraltılması sebebiyle eleştirilmiştir⁶⁶⁹. Bununla beraber kanımızca, en azından elektronik ortamda anında ifa edilen hizmet edimine ilişkin mesafeli sözleşmeler açısından, MSY m. 15/1 (h) hükmünün de uygulama alanı bulması gerekir. Böylelikle, her ne kadar MSY m. 15/1 (ğ) bendi altında değerlendirilecek, elektronik ortamda anında ifa edilen hizmet edimine ilişkin sözleşmeden bahsedilse de eğer ki MSY m. 15/1 (h) çerçevesinde; tüketicinin, önceden bilgilendirilmiş bir şekilde, cayma hakkı süresi içerisinde ediminin yerine getirilmesine yönelik açık rızası alınmamış ise, artık edim

⁶⁶⁸ Yücedağ Göztepe, s. 687.

⁶⁶⁹ Yücedağ Göztepe, s. 687.

anında ifa edilmiş olsa ve tüketici edimden faydalanma imkânı bulmuş olsa da artık, cayma hakkı korumasından faydalanabilecektir.

Son olarak altını çizmek gerekir ki MSY m. 15 (ğ) bendinde bahsi geçen istisnai durumun mevcut olması için malın gayri maddi şekilde teslimi önemlidir. Zira maddi ortamda teslim edilen dijital içeriklere ilişkin MSY m. 15/1 (e) hükmü, eğer ki diğer şartları da varsa, uygulama alanı bulacaktır.

10- THD m. 16'da Düzenlenen ve Ancak MSY m. 15'de Yer Almayan Diğer Cayma Hakkı İstisnaları

Cayma hakkının istisnaları ile alakalı olarak THD m. 16 hükmünde bahsi geçmesine karşın MSY m. 15 çerçevesinde yer almayan bazı hallerinde mevcut olduğu görülmektedir. Aşağıda kısaca bu hallerden bahsedilecektir.

THD m. 16/1 (g) kapsamında cayma hakkı istisnası olarak düzenlenen ve ancak MSY m. 15 kapsamında kendisine yer bulmayan hallerden ilki, alkollü içeceklerin mesafeli sözleşme dâhilinde satışı ile ilgilidir. Alkollü içeceğin teslimatının ancak mesafeli sözleşmenin kurulmasından otuz gün sonra teslim edilebilecek ve ancak bedelinin, mesafeli sözleşme kurulurken hali hazırda belirlenmiş olduğu hallerde, eğer ki bu süre boyunca alkollü içeceğin gerçek fiyatının, satıcının kontrolünde olmayan veya ondan kaynaklanmayan piyasadaki fiyat dalgalanmalarından etkileniyor olması halinde tüketicinin cayma hakkı bulunmamaktadır. MSY m. 15 kapsamında ise böyle bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Öncelikle Türk hukukunda alkollü içeceklerin uzaktan iletişim araçları dâhilinde mesafeli olarak satışı, 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamülleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanunu'nun m. 8/3 (k) hükmü çerçevesinde yasaktır. O sebeple de THD m. 16/1 (g)'de bahsi geçen istisnaya, MSY m. 15 çerçevesinde yer verilmiyor olması doğaldır. Ancak bir an için 4733 sayılı kanun kapsamındaki yasak olmasa dahi esasında, MSY m. 15/1 (a) hükmü uygulanarak, THD m. 16/1 (g)'de bahsedilen istisnai hal, kendisine Türk hukukunda yer bulabilecektir⁶⁷⁰.

⁶⁷⁰ Baş Süzel, **Cayma**, s. 281.

THD m. 16/1 (h) hükmünde, tüketicinin talep etmesi şartıyla, sağlayıcının tüketicinin yerini ziyaret ederek acil bakıma veya onarıma ilişkin hizmet edimini taahhüt ettiği mesafeli sözleşmelerde, tüketici cayma hakkını kullanamayacaktır. MSY m. 15 kapsamında ise böyle bir istisnaya rastlanmadığı görülmektedir. Ancak Türk hukuku açısından bu tarz sözleşmeler, zaten TKHK m. 48 ve MSY hükümleri çerçevesinde mesafeli sözleşme olarak değerlendirilmemektedir. Hangi sözleşmelerin MSY'nin uygulama kapsamında olmadığını düzenleyen MSY m. 2/2 (1) hükmünde, THD m. 16/1 (h)'de bahsi geçen “*talebin tüketiciden gelmesine*” ya da işin “*aciliyetine*” vurgu yapılmasa da, “*malların montaj, bakım ve onarımı*” ile ilgili sözleşmelere TKHK m. 48 ve MSY hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre Türk hukuku açısından malların montajına, bakımına veya onarımına ilişkin sözleşmeler, uzaktan iletişim aracıyla mesafeli olarak kurulmuş olsa da dahi teknik olarak mesafeli sözleşme sayılmayacaklardır.

THD m. 16/1 (h) hükmü, yerinde bir yaklaşım ile bir ayrıma gitmiştir. Buna göre her ne kadar tüketicinin talebi üzerine ve sağlayıcının, tüketicinin yerine giderek göreceği acil bakım ve onarım işleri ile ilgili ortada bir mesafeli sözleşme olsa da eğer ki sağlayıcı, tüketicinin talebinin dışına çıkarak ona bir mal satışında bulundu ise veya malın onarımı veya bakımı için gereken yedek parça dışında bir mal sattı ise artık satılan bu mallar için tüketicinin cayma hakkı, varlığını koruyacaktır.

THD m. 16'da yer almasına rağmen, MSY m. 15'de yer almayan hallerden bir diğeri ise THD m. 16/1 (k) hükmünde düzenlenen, halka açık – yani özel ve dışarıdan katılımın yasaklanmadığı – açık artırma usulü ile kurulan mesafeli sözleşmelere yöneliktir. Bu hükme göre tüketici, halka açık şekilde gerçekleştirilen açık artıma usulünün uygulandığı mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı korumasından faydalanamayacaktır. Belirtilmesinde fayda vardır ki THD m. 16/1 (k) hükmünde bahsi geçen açık artırmalara, *Ebay* gibi özel açık artırma sitelerinin girmediği ve bu kapsamda bu tarz özel platformlarda gerçekleştirilen mesafeli sözleşmelerde tüketicilerin cayma haklarının bulunduğu öğretide ifade edilmektedir⁶⁷¹.

⁶⁷¹ Steennot, s. 113; Baş Süzel, **Cayma**, s. 287-288.

SONUÇ

Mesafeli sözleşmeler, bir tarafın tüketici, diğer tarafın satıcı/sağlayıcı olduğu, sözleşmenin müzakere sürecinin yanında kurulma anı da dâhil olmak üzere, tarafların eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın uzaktan iletişim araçları ile, satıcı/sağlayıcı ya da üçüncü kişi aracı tarafından kullanılan uzaktan pazarlama sistemi dâhilinde kurulan mal teslimi ya da hizmet sağlama edimine ilişkin sözleşmelerdir.

Tüketicinin korunması hukukunda tüketiciler, genel olarak, satıcılara/sağlayıcılara nazaran daha güçsüz konumda kabul edilirler. Mesafeli sözleşmelerde ise tüketicinin, sözleşmeyi uzaktan iletişim araçları ile kurarken, satıcının/sağlayıcının mağazasına ya da iş yerine gitmesi söz konusu olmadığı için sipariş konusu malı veya hizmeti inceleme ya da gözden geçirme imkânı bulamaması; satıcı/sağlayıcı ile iletişiminin kısıtlı olması; ancak, evinden dahi çıkmasına gerek olmadan sözleşmeyi çok kolay şekilde ve çabuk kurabiliyor olması sebebiyle birtakım ek risklere maruz kaldığı kabul edilir. Artık satıcılar/sağlayıcılar, uzaktan iletişim araçlarının gelişmesi ile beraber uzaktan pazarlama yöntemlerini her gün çeşitlendirme ve geliştirme imkânına sahip olmuşlardır. Satıcıların/sağlayıcıların bu gelişen imkânlarını, tüketicileri sürekli satın alma eyleminde bulunmaya itmek için kullandıkları görülmektedir. Bunların bir sonucu olarak, tüketicinin ayrıca ve özel olarak korunması gerekir. Tüketicinin mesafeli sözleşmeler açısından korunması; mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce, tüketicinin ön bilgilendirilmesi ile; sözleşmenin kurulmasından sonra ise, tüketiciye, mesafeli sözleşmeyi herhangi bir sebebe veya cezai şarta bağlı olmadan sonlandırma imkanı sağlayan, cayma hakkı ile sağlanmıştır. Bu kapsamda tüketicinin ön bilgilendirilmesi ve cayma hakkı, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasını sağlayan ve etkileri itibarıyla birbirlerini tamamlayan en önemli iki müessesedir.

Mesafeli sözleşmeden bahsedebilmek için, sözleşmenin müzakere süreci başladığı andan, sözleşmenin kurulması anına kadar (bu an da dâhil olmak üzere); tarafların karşılıklı ve eş zamanlı fiziksel varlıklarının bulunmaması gerekir. Burada

önemli olan, sadece sözleşmenin kurulma anında değil; müzakere ve pazarlık sürecinde de tarafların karşılıklı eş zamanlı fiziksel varlıklarının bulunmamasıdır. Buna göre tarafların, satıcının/sağlayıcının mağazasında müzakerede bulundukları, ancak daha sonra uzaktan iletişim araçları ile sözleşmeyi mesafeli olarak kurdukları bir ihtimalde, mesafeli sözleşmenin varlığından bahsedilemez. Mamafih, TKHK m. 48'in madde gerekçesinde ve THD'nin "*Giriş*" kısmındaki (20) numaralı açıklamada da belirtildiği üzere, tüketicinin sadece bilgi almak için satıcının/sağlayıcının mağazasına ya da iş yerine gitmesi, daha sonradan sözleşmenin mesafeli olarak kurulmasına engel değildir. Tüketicinin korunması alanını genişletmesi açısından, böylesine bir yaklaşım yerindedir.

Tarafların, mesafeli sözleşmenin kurulması süreci boyunca aynı uzaktan iletişim aracını kullanma zorunlulukları bulunmamaktadır. Önemli olan, sözleşmenin müzakere süreci başladığı andan, sözleşmenin kurulması anına kadar (bu an da dâhil olmak üzere) uzaktan iletişim araçlarını kullanılıyor olmasıdır. Mesafeli sözleşmenin tarafları, sözleşmenin müzakere sürecinde farklı, kuruluş aşamasında farklı uzaktan iletişim araçlarını kullanabilirler. Buna karşın, bu süreç boyunca tarafların, uzaktan iletişim araçlarını kullanmayı bırakmaları ve fiziksel olarak bir araya gelmeleri halinde, mesafeli sözleşmenin varlığından bahsetmek mümkün değildir.

Amma velakin, bir sözleşmenin müzakere ve kurulma anı dâhil olmak üzere, tarafların eş zamanlı fiziksel varlıkları olmadan uzaktan iletişim araçları ile mesafeli şekilde kurulmuş olması, onun mesafeli sözleşme olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Aynı zamanda sözleşmenin, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik satıcı/sağlayıcı ya da üçüncü kişi aracı tarafından kullanılan bir sistem dâhilinde kurulması gerekir. İlgili düzenlemelerde, "*uzaktan pazarlama sisteminin*" açık bir tanımı yapılmamıştır. Buna karşın, her somut olay özelinde, meseleye tüketicinin bakış açısından bakıldığında, ortada malların uzaktan pazarlanmasına, tanıtımına ve satılmasına ilişkin satıcı/sağlayıcı organizasyonunun var olması gerektiği öğretide ifade edilmiştir. Bu halde, mal veya hizmetlerini sadece fiziksel olarak mağazasında tüketicilere sunan satıcının/sağlayıcının, sadece bir defaya mahsus veya istisnai olarak, uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla (örneğin telefonla) sipariş alması ve sözleşmenin kurulması halinde, ortada tüketicinin TKHK m. 48 veya THD çerçevesinde korunmasını gerektiren bir mesafeli sözleşmeden bahsetmek

mümkün değildir. Bununla beraber, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin koruma alanını mümkün olduğunca geniş tutabilmek adına, uzaktan pazarlama sisteminin varlığını mümkün olduğunca geniş ve tüketicinin lehine olacak şekilde yorumlamak gerekir.

Mesafeli sözleşme kavramı, tüketici sözleşmesinin içeriğine ilişkin değil; sözleşmenin kurulma yöntemin ilişkindir. Bu çerçevede, tipik veya atipik, birçok sözleşme mesafeli olarak kurulabilir. Buna karşın, Türk hukuku açısından MSY m. 2/2’de; AB hukuku açısından ise, THD m. 3/3’de belirtilen sözleşmelerin, uzaktan iletişim araçlarıyla mesafeli olarak kurulmuş olsa dahi, TKHK m. 48 ve THD çerçevesinde *mesafeli sözleşme* olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bunun yanı sıra, tarafların bir kamu memuru önünde eş zamanlı fiziksel varlığını gerektiren, resmi yazılı geçerlilik şekline tabi sözleşmelerin de *mesafeli sözleşme* olarak kurulması mümkün değildir. Bu çerçevede, motorlu araç satışları ile ilgili olarak ise, bir ayrıma gitmek gerekir. Karayolu Trafik Kanunu m. 20/2 (d) hükmüne göre, tescil edilmiş motorlu araçların satışının Noterde yapılması zorunludur. Burada tescil edilmiş motorlu araçların satışının geçerliliğine yönelik resmi yazılı şekil bulunduğundan, bu sözleşmelerin *mesafeli sözleşme* olarak kurulması mümkün değildir. Buna karşın, tescil edilmemiş motorlu araçların satışına ilişkin resmi yazılı şekil şartı bulunmadığından, bunların satışının *mesafeli sözleşmeye* konu edilmesi mümkündür. Adi yazılı şekle tabi sözleşmelerin ise, internet ortamında ve tarafların Elektronik İmza Kanunu m. 6 hükümlerine uygun güvenli elektronik imzaları ile imzalamaları halinde *mesafeli sözleşme* olarak kurulmaları mümkündür.

Tüketici ile satıcının/sağlayıcının, eş zamanlı fiziksel varlıklarının olmaması ve uzaktan iletişim araçlarını kullanarak sözleşmeyi kurmaları, hazır olmayanlar arasında kurulmuş sözleşmenin varlığına doğrudan işaret etmez. TBK m. 4/2 hükmüne göre, eğer ki mesafeli sözleşmenin müzakeresi ve kurulması için kullanılan uzaktan iletişim aracı, taraflar arasında doğrudan ve kesintisiz cereyan eden bir iletişim kurulmasını sağlıyor ise, artık ortada hazırlar arasında kurulmuş mesafeli sözleşmenin varlığından söz edilir. Örneğin, telefon ile kurulan mesafeli sözleşmelerde, taraflar arasında kesintisiz ve doğrudan cereyan eden bir iletişim söz konusu olduğundan, mesafeli sözleşme hazırlar arasında kurulmuş sayılır. Buna karşılık, elektronik posta ya da internet üzerinden kurulan mesafeli sözleşmeler,

ortada kesintisiz ve doğrudan cereyan eden bir iletişim olmadığından dolayı, hazır olmayanlar arasında kurulmuş sayılır.

Mesafeli sözleşmelerde tüketici, malı veya hizmeti fiziksel olarak inceleme ve gözden geçirme imkânı bulamadığı için, kendi deneyimleri ve muhakemesi çerçevesinde, o mal ya da hizmet hakkında yeterli bilgiye sahip olamaz; genel olarak (daha güçlü pozisyonda olan) satıcının/sağlayıcının kendisine sağladığı bilgiler ile yetinmek durumunda kalır. Tüketici, mesafeli sözleşmeye konu mal ya da hizmeti, diğerleri ile etkin karşılaştırma imkânı da bulamaz. Satıcının/sağlayıcının, sunduğu mal veya hizmetin satışını sağlamak adına, birtakım bilgileri gizlemesi de muhtemeldir. Bu ise tüketicinin, yoğun bilgi asimetrisi dâhilinde mesafeli sözleşmeyi kurduğu bir ortama sebebiyet verir. Bu açıdan, tüketicinin korunması ihtiyacı doğmuştur. Tüketicinin maruz kaldığı bu bilgi asimetrisini ortadan kaldırmak ya da en aza indirebilmek ve bunun sonucunda, tüketicinin rasyonel kaidelere uygun kararlar alabilmesini sağlayabilmek için satıcıya/sağlayıcıya; tüketiciyi mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Hem Türk hukuku hem de AB hukuku açısından da konu ile ilgili geçmiş düzenlemelere bakıldığında, ön bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamının genişletildiği ve tüketicinin korunma seviyesinin artırıldığı görülmektedir. Bunun sebebi, mehzaz kanun olan THD’de, mülga MSD’de kabul edilen *minimum uyum* yaklaşımının aksine; *maksimum uyum* yaklaşımının kabul edilmesidir. AB hukukundaki bu durum, Türk hukukuna da yansımıştır. Ön bilgilendirme yükümlülüğü dâhilinde tüketiciye sunulması gereken bilgilerin kapsamı, AB hukukunda THD m. 6 vd. hükümlerinde; Türk hukukunda ise MSY m. 5 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu iki düzenleme, içerikleri itibarıyla birbirlerine neredeyse paralellerdir. Bununla beraber, THD m. 6/1 hükmünde, MSY m. 5/1’de belirtilenden daha fazla bilginin tüketiciye sunulmasına ilişkin düzenlemenin bulunduğunu belirtmek gerekir.

MSY m. 6 ve THD m. 8 hükümlerinde, ön bilgilendirme yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda, ön bilgilendirme yükümlülüğünün, anlaşılabilir, okunabilir, sade ve açık bir dilde bilgilerin tüketiciye sunulmasıyla yerine getirilmesi gerekir. Ön bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirilirken, verilen

bilgilerin ve kullanılan dilin anlaşılabilirliği ve okunabilirliği, ortalama tüketici nazara alınarak değerlendirilmelidir. Ayrıca, tüketiciye yapılan ön bilgilendirmenin açık, sade, anlaşılabilir ve okunabilir kabul edilebilmesi için, tüketiciye gerekenden fazla bilginin verilmemesi önemlidir. Aksi hali, tüketiciyi korumaktan ziyade, onu risklere ve tehlikelere daha açık bir pozisyona sokabilecektir.

Türk hukukunda MSY m. 6/1 hükmüne göre, MSY m. 5/1’de bahsi geçen bilgilerin kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile sunulması gerekir. Bilgilerin kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye sunulacağı halde, bilgiler üzerinde daha sonrasında taraflarca herhangi bir değişiklik yapılması mümkün olmaksızın ve tüketicinin dilediği zaman bilgileri bakıp incelemesine imkân sağlanacak şekilde sunulması önemlidir. Bilgilerin yazılı şekilde sunulması halinde ise, MSY m. 5/6 hükmünde satıcıya/sağlayıcıya yüklenen ispat yükü de nazara alınarak, tüketicinin bilgilerin sunulduğu kâğıt üzerinde imzasının alınması suretiyle sunulması gerekir. AB hukuku açısından ise THD m. 8/1 hükmüne göre, bilgilerin tüketiciye kalıcı veri saklayıcısı ile sunulması yeterli sayılmıştır.

Mesafeli sözleşmeler açısından tüketicinin korunması noktasında, ön bilgilendirme yükümlülüğü önemli bir koruma yöntemi olsa da, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesine yönelik, Türk hukukunda ya da THD’de öngörülmüş genel bir yaptırım bulunmamaktadır. Her ne kadar, salt olarak ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, mesafeli sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyecek olsa da, ön bilgilendirmenin yapılmaması aynı zamanda, mesafeli sözleşmenin konusu malın veya hizmetin niteliğine, fiyatına ya da tüketicinin sorumlu olacağı ek ödeme yükümlülüklerine ilişkin şartların, tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmede yer alması sonucunu yaratıyor ve tüketici bu hususların müzakere edilmeden, siparişini oluşturma noktasında iradesini etkilediğini ileri sürüyorsa, artık TKHK m. 5’deki diğer şartların da varlığı halinde, bu durum *haksız şart* olarak değerlendirilebilecektir. Bu halde tüketici, ön bilgilendirmenin yapılmadığı bir ortamda, mesafeli sözleşmenin *kesin hükümsüz* olduğunu ileri sürebilir.

Her ne kadar hem Türk hukukunda hem de THD’de ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi haline yönelik genel bir yaptırım bulunmasa

da, MSY m. 5/3 hükmünde, MSY m. 5/1 (d) bendinde yer alan ek masraflara ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmaması halinde, tüketicinin ek masraflardan sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Bu durum, THD m. 6/6'da da paralel şekilde yer almaktadır. Buna ek olarak, THD m. 14/1 hükmünde, tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde doğrudan iade masraflarından tüketicinin sorumlu olacağına ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmadığı halde, tüketicinin iade masraflarından da sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Böylesine bir düzenleme TKHK m. 48 veya MSY'de bulunmamaktadır zira Türk hukukunda tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde iade masrafları hali hazırda satıcının üzerindedir. Ayrıca, MSY m. 5/1 (g), (ğ) ve (h) bentlerinde yer alan cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmaması halinde, MSY m. 10/1 hükmü uyarınca, tüketicinin on dört günlük cayma hakkı süresinin bir yıl daha uzayacağı düzenlenmiştir. THD m. 10/1 maddesinde ise, THD m. 6/1 (h) bendinde yer alan cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmaması halinde, tüketicinin on dört günlük cayma hakkı süresine, bir yıllık süre ekleneceği düzenlenmiştir.

Türk hukukunda ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi haline yönelik bir genel yaptırım bulunmasa da MSY m. 7 hükmünde, satıcının/sağlayıcının, tüketiciden olması gerektiği gibi ön bilgilendirmenin yaptığına yönelik teyit alınması yükümlülüğü getirilmiş; bu teyidin sağlanmaması halinde ise *“sözleşmenin kurulmamış sayılacağını”* düzenlemiştir. THD'de karşılığı bulunmayan, teyit yükümlülüğü ve yerine getirilmemesi haline özgü bağlanan sözleşmenin kurulmamış sayılması yaptırımı, öğretide uzun zamandır eleştirilmektedir. MSY m. 7 hükmünün lafzından hareketle öğretideki bir görüşe, teyit yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde mesafeli sözleşme *yok hükmündedir*. Bu öğreti görüşüne göre teyit yükümlülüğü, mesafeli sözleşmenin kurucu unsurlarındandır. Buna karşın, öğretideki bir başka görüşe göre teyit yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, mesafeli sözleşme *kesin hükümsüz* hale gelir. Bu ikinci öğreti görüşüne göre, teyit yükümlülüğü mesafeli sözleşmenin geçerlilik koşulu şeklinde ele alınmalıdır. Bizim de katıldığımız öğretideki bir başka görüşe ise, MSY m. 7'de öngörülen yaptırım, borçlar hukukunun genel ilkelerine aykırı bir düzenleme olmasından ve tüketicinin korunması amacıyla çelişmesinden dolayı, mesafeli sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyen bir düzen hükmü olarak ele alınmalıdır.

Satıcının/sağlayıcının, MSY m. 8/1’de düzenlenen ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ise tüketici, siparişi ile bağlı değildir. Burada öngörülen yaptırımı öğretinin, *tek taraflı bağlamazlık* ya da *sınırlı esnek hükümsüzlük* olarak ele aldığı söylenmelidir. Bu halde, satıcının/sağlayıcının MSY m. 8/1’de bahsi geçen ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması halinde dahi tüketici, dilerse sözleşmenin ifasını talep edebilecek iken bu durum, satıcı/sağlayıcı açısından mümkün değildir.

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin ön bilgilendirilmesi ile beraber, tüketiciyi koruyan diğer önemli kurum cayma hakkıdır. Mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı tanınarak, normal şartlarda sözleşme ile bağlılık ilkesi (*pacta sunt servanda*) gereği kurduğu sözleşmenin hüküm ve koşulları ile bağlı olması gereken tüketici; kolay bir şekilde ve herhangi bir sebebe dahi bağlı olmadan sözleşmeden kurtulmasına imkân verilmektedir.

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin yoğun bilgi asimetrisine maruz kalması, mesafeli sözleşme kurulurken tüketicinin, sözleşme konusu mal veya hizmeti önceden inceleyemiyor oluşu ve bundan dolayı edimin kendisi için olan gerçek değerini hesaplayamıyor oluşu ve ayrıca, artık mesafeli sözleşmelerin çok kolay şekilde kurulmasının mümkün olması, tüketiciye cayma hakkı tanınmasının esas sebeplerindendir.

Tüketiciye, mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı tanınarak ulaşılmak istenilen amaç ise şudur: Mesafeli sözleşme kurulduktan sonra, tüketiciye belirli bir süre için geçerli olacak şekilde, yukarıda üç noktada toplamış olduğumuz durumların olumsuz etkisinden kurtularak, kurmuş olduğu mesafeli sözleşme ile gerçekten bağlı olup olmak istemediğini anlaması ve bu çerçevede rasyonel bir karar verebilmesi için bir düşünme imkânı (*cooling-off period*) vermektir.

Cayma hakkının ileri sürülmesi ile mesafeli sözleşme, geriye etkili olacak şekilde sonlanır. Bu kapsamda cayma hakkı, kullanılması ile beraber, borçlandırıcı işlemin yanında, sözleşmedeki tasarruf işlemini de ortadan kaldıran bozucu yenilik doğuran bir hak mahiyetindedir. Bu hakkın kullanılması ile hakkını ileri süren taraf,

ayrıca başka bir işlem veya muameleye gerek olmaksızın hakkın sonuçlarına kavuşmuş olur. Bununla beraber, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınan cayma hakkının nitelendirilmesi ile ilgili olarak öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Buna karşın kanımca, tüketiciye tanınan cayma hakkının, aynı etkili dönme teorisi çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir dönme hakkı olarak ele almak gerekir. Zira ancak bu şekilde ele alındığında taraflar, sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde sadece ellerinde kalanı geri vermekle değil; daha adil bir sonuca sebebiyet verecek şekilde ve sebebe bağlılık ilkesi çerçevesinde, önceden verilen malın zilyetliğini iade etmekle yükümlü olacaktır.

Mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınan cayma hakkı, emredici niteliktedir ve tarafların aksi yönde anlaşması mümkün değildir. Ayrıca, cayma hakkının kullanılması, herhangi bir sebebin varlığına ya da cezai şart ödenmesine bağlanamaz. Tarafların, cayma hakkının var olmadığına yönelik ya da hakkın kullanılmasını herhangi bir sebebe bağlayan anlaşmaları, muteber olmayacaktır. Cayma hakkı kullanılmasının bir sebebe veya satıcının/sağlayıcının kusuruna bağlı olmamasının bir sonucu olarak, cayma hakkının kötüye kullanılmasından da bahsetmek ekseriyetle mümkün olmayacaktır.

TKHK m. 48/4, MSY m. 9/1 ve THD m. 9 hükümlerine göre, tüketici cayma hakkını on dört gün içerisinde kullanmalıdır. Bu on dört günlük süre, mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde, malın tüketiciye teslim edildiği andan itibaren başlarken; hizmet sağlanmasına ilişkin mesafeli sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasından itibaren işlemeye başlar. MSY m. 9/3 ve THD m. 9/2 (b) hükümlerine göre, (i) mesafeli sözleşmenin konusu mal teslimi ediminin tek siparişe ilişkin olmasına karşın birden fazla mal teslimini içermesi veya (ii) siparişin birden fazla parçadan oluşan malın teslimini içermesi halinde, on dört günlük cayma süresi, son teslimatın yapılması ile işlemeye başlar. Zira tüketici, ancak bütün teslimatın gerçekleşmesi ile malı gözden geçirme ve inceleme imkânı bulabilecektir ve bunun sonucunda mesafeli sözleşme ile bağlı olmak isteyip istemediğine karar verebilecektir. Buna karşın MSY m. 9/3 (c) ve THD m. 9/2 (b)(i) hükümlerine göre, mesafeli sözleşme ediminin, belirli cins veya parça malın belirli bir süre boyunca tüketiciye düzenli teslimini içermesi halinde ise on dört günlük cayma süresi, ilk mal tesliminin yapıldığı günden itibaren başlar. Zira bu halde tüketici, malın ilk

tesliminden sonra, sözleşme konusu malı inceleme ve gözden geçirme imkânı bulunmaktadır. Farklı cins veya nevideki malların, belirli süre boyunca düzenli teslimatı halinde ise MSY m. 9/3 (c) ve THD m. 9/2 (b)(i) uygulanmaz. Mesafeli sözleşmenin hem mal teslimine hem de hizmet sağlanmasına ilişkin olması halinde ise, MSY m. 9/5 hükmüne göre on dört günlük cayma hakkı süresi, mal tesliminden itibaren işlemeye başlayacaktır.

On dört günlük cayma süresinin başlaması için mal tesliminin, bizzat tüketiciye veya onun yetkilendirdiği taşıyıcı dışındaki üçüncü kişiye teslim edilmesi gerekir. Malın tüketicinin hâkimiyet alanına bırakılması halinde ise on dört günlük süre başlamaz, zira cayma süresinin, tüketicinin ancak malı gözden geçirme ve sakın kafa ile düşünme imkânı bulduktan sonra işlemeye başlaması gerekir. Ayrıca tüketici, on dört günlük cayma süresi başlamadan da cayma hakkını ileri sürebilir. Tüketicinin cayma beyanını, on dört günlük süre içerisinde satıcıya/sağlayıcıya yöneltmesi yeterlidir. Ayrıca bu beyanın on dört gün içerisinde satıcıya/sağlayıcıya bizzat ulaşmış olması aranmaz. Buna göre, tüketicinin cayma beyanının, satıcı/sağlayıcı tarafından kabul edilmesine bağlı olmayan ve tek taraflı yöneltilmesi ile yenilik doğuran bir irade beyanı olarak nitelendirilmek gerekir.

MSY m. 11/1 hükmüne göre tüketici, açık iradesini içeren cayma beyanını yazılı ya da kalıcı veri saklayıcısı ile satıcıya/sağlayıcıya iletmek zorundadır. MSY m. 11/1 düzenlemesinin, tüketicinin cayma beyanına yönelik bir geçerlilik şartı içerip içermediği öğretide tartışılmıştır. Bizim katıldığımız öğreti görüşüne göre, TKHK ile cayma hakkının kullanımına ilişkin bir geçerlilik şekil şartı öngörülmemiş iken MSY m. 11/1 hükmü ile bir geçerlilik şartı getirmek ve tüketicinin cayma hakkını kullanmasını zorlaştırmak mümkün değildir. Bu halde MSY m. 11/1 hükmünde yer alan cayma beyanının yazılı ya da kalıcı veri saklayıcısı ile iletilmesi şartını, MSY m. 11/4 hükmü de nazara alınarak, ispata yönelik şekil şartı olarak ele almak gerekir. AB hukuku açısından, THD m. 11/1 hükmündeki düzenlemeye göre, tüketicinin cayma beyanını yazılı ya da kalıcı veri saklayıcısı ile iletme zorunluluğu bulunmamaktadır. THD m. 11/1'e göre tüketici ya (i) THD'nin ekinde yer alan form aracılığı ile ya da (ii) mesafeli sözleşmeden caydığını tereddütte mahal vermeyecek şekilde ortaya koyan irade beyanı ile mesafeli sözleşmeden cayabilir. Görülmektedir ki THD m. 11/1 açısından tüketicinin cayma beyanı herhangi bir şekle

bağlanmamıştır. Kanımca, MSY m. 11/1 hükmü yer almasaydı, Türk hukuku açısından da THD uygulamasında olduğu gibi bir yaklaşım kabul edilebilirdi.

Satıcının/sağlayıcının tüketiciye cayma bildiriminde bulunması adına internet sitesinde imkân sunması ve tüketicinin bu şekilde cayma hakkını kullanması halinde; satıcı/sağlayıcı, MSY m. 11/2 uyarınca, tüketicinin cayma bildirimini aldığına yönelik derhal teyitte bulunmalıdır. Bunun sebebi, MSY m. 11/4 uyarınca cayma hakkının uygun şekilde kullanıldığına ilişkin tüketiciye yüklenen ispat yükünün yerine getirilmesinin kolaylaştırılmasıdır. Satıcının/sağlayıcının, bu derhal teyit yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, MSY m. 11/4’de bahsi geçen ispat yükü satıcıya/sağlayıcıya geçmelidir.

TKHK m. 48, MSY ve THD hükümleri incelendiğinde, cayma hakkının kullanılması ile mesafeli sözleşmenin hukuki akıbetinin ne olacağı ayrıca ve özel olarak düzenlenmemiştir. Çalışmamızda cayma hakkı için yapmış olduğumuz, *aynı dönme teorisi* çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir dönme hakkının söz konusu olduğu nazara alınır, tüketicinin süresi içerisinde cayma hakkını kullanması ile mesafeli sözleşme (borçlandırıcı işlem + tasarruf işlemi) geriye etkili olacak şekilde sona erecektir ve bu çerçevede, tüketiciye teslim edilmiş mal gerisin geri satıcıya dönecektir. Cayma hakkının kullanılması ile beraber sözleşme taraflarının, karşılıklı iade borçları ortaya çıkar. Esas olarak satıcının/sağlayıcının, tüketiciden aldığı ödemeleri iade borcu söz konusu iken; tüketicinin ise kendisine teslim edilen malı iade borcu söz konusu olur.

Türk hukuku açısından MSY m. 12 hükmüne göre satıcı, (i) tüketicinin edim için ödediği bedel, (ii) malın tüketiciye teslim edilmesi için tüketicinin taşımaya ilişkin ödediği bütün masraflar ve (iii) cayma hakkının kullanılması sonucu malın, iade edilmesi için gereken masraflar dâhil olmak üzere, sözleşme tahtında tüketiciden tahsil ettiği bütün ödemeleri; cayma beyanının kendisine (hâkimiyet alanına) ulaştığı andan itibaren on dört gün içerisinde; (iv) tüketicinin ilk olarak ödeme yaparken kullandığı ödeme aracına uygun bir biçimde, (v) tek seferde ve (vi) tüketici nezdinde herhangi bir masraf veya yükümlülüğe sebebiyet vermeyecek şekilde bedel iadesi yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir. Belirtilen bedel iadesi yükümlülüğünün kapsamı, AB hukuku için de hemen hemen geçerlidir ancak burada, Türk

hukukundaki durumdan ayırık, önemli birkaç farklılık vardır. Bunlardan ilki, THD m. 14/1 hükmüne göre, satıcının/sağlayıcının bizzat malı kendisinin iade alacağına yönelik teklifi bulunmadığı müddetçe, cayma hakkının kullanılması sonucu malın iade masraflarından satıcı/sağlayıcı değil; bizzat tüketici sorumlu olur. İkinci farklı hal ise, tüketiciye mal teslimi sağlanırken yapılan taşıma masraflarına ilişkindir. THD m. 13/2 hükmüne göre tüketici, malın kendisine teslimini sağlayacak taşıyıcıyı belirlerken, satıcının/sağlayıcının kendisine sunduğu varsayılan (*default*) olarak seçilmiş en ucuz (standart) taşıma bedelli taşıyıcıyı değil; ondan başka, daha pahalı taşıma ücreti olan bir taşıyıcıyı seçmiş ise artık satıcının, en ucuz taşıma bedeli ile tüketicinin seçimi sonucu ortaya çıkan taşıma bedeli arasındaki ek farkı (*supplementary costs*) tüketiciye iade yükümlülüğü yoktur.

Satıcının/sağlayıcının, on dört gün içerisinde bedel iade yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, bu yükümlülüğün kaynaklanan borcuna, kanundan dolayı (*ex lege*) ve herhangi bir ayrıca ihtar veya merasime gerek olmaksızın gecikme faizi işlemeye başlayacaktır.

MSY m. 13 hükmüne göre ise tüketici, cayma beyanını satıcıya/sağlayıcıya yönelttiği andan itibaren on gün içerisinde, kendisine teslim edilen malı satıcıya/sağlayıcıya iade yükümlülüğü bulunmaktadır. Bununla beraber eğer ki satıcı, ön bilgilendirme kapsamında veya tüketicinin cayma hakkını kullanmasını müteakip mesafeli sözleşme konusu malı bizzat kendisinin iade alacağını belirtti ise bu halde tüketicinin sadece on gün içerisinde malı iadeye hazır hale getirme yükümlülüğü vardır. Cayma bildiriminin internet sitesi üzerinden satıcıya/sağlayıcıya iletilmesi halinde ise on günlük süre, cayma bildiriminin kendisine ulaştığını ortaya koyan satıcı/sağlayıcı teyidinden itibaren başlar. Tüketicinin bu on günlük süre içerisinde, malın iadesi için taşıyıcıya vermesi yeterlidir, malın on günlük sürede bizzat satıcıya/sağlayıcıya ulaşması gerekmez. THD m. 14/1 hükmüne göre ise tüketicinin iade yükümlülüğü için öngörülen süre on günlük değil; on dört günlük bir süredir.

THD m. 13/3 hükmü uyarınca tüketici, malı iade etmedikçe veya malın iade edilmesi için taşıyıcıya teslim edildiğine ilişkin bir delil sunmadıkça, satıcıdan/sağlayıcıdan bedel iadesi talep edemez. Buna göre AB hukuku açısından, tüketicinin iade borcunu öncelikli olarak yerine getirmesi gerekir. Tarafların

karşılıklı iade borçlarına ilişkin, hangisinin önce yerine getirilmesine yönelik MSY’de var olan bir düzenleme ise yoktur. Bu halde TBK m. 97 hükmüne göre bir yorum yapmak gerekir. TBK m. 97 hükmünde, karşılıklı borç içeren sözleşmelerde bir tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre, kendi borcunu daha sonra ifa etme hakkı olması halinde *ödemezlik def’ini* ileri sürebileceği belirtilmiştir. MSY m. 13/1 hükmüne göre tüketicinin iade borcu için on günlük süre öngörülmesine karşın; MSY m. 12/1 hükmünde, satıcının/sağlayıcının iade borcu için on dört günlük süre öngörülmesi, ve satıcının bedel iadesi yükümlülüğünün kapsamı (yükümlülüğe tüketicinin malı iade masrafları da dâhil olduğundan hareketle) ancak iade masraflarının oluşması ile belirli olacağından, satıcının/sağlayıcının bedel iade borcunun, tüketicinin mal iadesi borcuna karşı daha sonradan ifa etme hakkı olduğu şeklinde yorum yapmak gerekir. Bu halde, tüketicinin mal iadesi borcunun, ifa sırasında önce olduğunu kabul etmek gerekir.

Mesafeli sözleşme ile tüketiciye teslim edilmiş malın, tüketici tarafından kullanılmış olması cayma hakkının ileri sürülmesine engel olmaz. Ancak tüketici, TKHK m. 48, MSY m. 13/2 ve THD m. 14/2 hükmü uyarınca, cayma hakkı süresi içerisinde malın mutata kullanımını aşan şekilde kullanılması sonucu ortaya çıkan değer azalmalarından sorumlu olacaktır. Her ne kadar MSY m. 13/2 hükmünde mutata kullanım kavramı, “*malı, işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun bir şekilde*” kullanmak şeklinde belirtilmiş olsa da; hükmün lafzı ile ilerlemek, tüketiciye cayma hakkı verilmesi ile uyuşmayan sonuçlara sebebiyet verir. Bu sebepten dolayı mutata kullanım kavramı, öğretide de ifade edildiği üzere, o malın fiziken mağazaya gidilerek satın alınması ihtimalinde, tüketiciye izin verilecek gözden geçirmenin ve incelemenin kapsamı ile sınırlı kullanım şeklinde ele alınması gerekir. Tüketicinin MSY m. 13/2 (ve THD m. 14/2) çerçevesinde mutata kullanımı aşan kullanımlarından sorumluluğunun doğması için, mesafeli sözleşme çerçevesinde kendisine teslim edilen mal üzerinde (i) mutata kullanımı aşan bir kullanımda bulunması; (ii) bu kullanımı sonucu, malda bir değer azalması (bozulma) olması ve son olarak da (iii) tüketicinin bu sorumluluğuna yönelik önceden bilgilendirilmiş olması gerekir.

Her ne kadar cayma hakkı mesafeli sözleşmelerde tüketiciyi koruyan en önemli kurumlardan olsa da, tüketicinin cayma hakkı tanınması sonucu yapacağı

satıcıya/sağlayıcıya yapacağı iade, ekonomik değer ifade etmeyecektir veya bazı tip mesafeli sözleşmelerde edimin iadesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır (örneğin hizmet ediminin iadesinin mümkün olmaması). Bu sebeple de bazı mesafeli sözleşmelerde tüketiciye cayma hakkı tanınmamıştır. Tüketicilere cayma hakkının tanınmadığı mesafeli sözleşmeler, MSY m. 15'te ve THD m. 16'da bentler halinde belirtilmiştir.



KAYNAKÇA

Abril, Patricia Sanchez / Oliva Blazquez, Francisco / Martinez Evora, Joan; “The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: A Comparative Analysis of American and European Law”, **Indret Review on the Analysis of Law**, C. 3, 2018, s. 1-56, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3260506 – Erişim Tarihi: 01.08.2022)

Acemoğlu, Daron / Scott, Andrew; “Consumer Confidence and Rational Expectations: Are Agents’ Beliefs Consistent with the Theory?”, **The Economic Journal**, C. 104, S. 422, Oxford University Press, Ocak 1994, s. 1-19, (<https://www.jstor.org/stable/2234671> - Erişim Tarihi: 01.08.2022).

Akçura Karaman, Ayşe Tuba; "Sona Ermiş veya Geçersiz Sözleşmelerde Tarafların İfa Etmiş Oldukları Edimlerin İadesi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1, İstanbul, Ocak 2018, s. 285-333.

Akipek, Şebnem; “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye’nin Durumu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 21, S. 4, Ankara, Aralık 2002, s. 44-66. (Mesafeli Sözleşmeler)

Akipek, Şebnem; “Madde 3: Tanımlar”, **Milli Şerh: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Editör: Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner, İstanbul, Aristo Yayınevi, Ekim 2016. (Milli Şerh)

Akipek, Şebnem; **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999. (Tüketici Kredisi)

Akipek Öcal, Şebnem; “Hukukumuzda Haksız Şartlar ve Sonuçları”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayı**, C. 7, S. 2, İstanbul, 2015, s. 201-217.

Akkurt, Sinan Sami; “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derneği**, C. 60, S. 1, Ankara, Mart 2011.

Altınışik, Ulvi; **Elektronik Sözleşmeler**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2003.

Altop, Atilla; “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, Özel Sayı (Türk-Avusturya Hukuk Haftası Özel Sayısı), İstanbul, Aralık 2004.

Antalya, O. Gökhan; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C: V/1,1, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2019.

Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, Eylül 2021.

Arslan, Merve; **Elektronik Ticaret ve Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2021.

Aslan, İsmail Yılmaz; **Tüketici Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, Mart 2021.

Atamer, M. Yeşim; “TKHK m. 9/A ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama ve Usul Esasları Hakkında Yönetmelik’in AB Mevzuatı Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 23, S. 1, Ankara 2005, s. 177-199.

Avcı Braun, Cihan; “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 2, Kasım 2016, s. 17-45.

Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan; **Tüketici Hukuku**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, Ocak 2021.

Baş Süzel, Ece; “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, C. 2, 2018, s. 339-370. (Ön Bilgilendirme)

Baş Süzel, Ece; “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 169-170, s. 257-307, (<https://jurix.com.tr/article/18126>). (Cayma)

Baş Süzel, Ece; “Mesafeli Yolla Motorlu Araç Satışı”, **9. Tüketici Hukuku Tebliğ Metni**, 1. Baskı, Aristo Yayıncılık, Ocak 2021. (Mesafeli Motorlu Araç Satışı)

Baysal, Başak; “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 75, S. 1, İstanbul, 2017, s.273-292.

Bellican, Cüneyt; “Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirilmesi”, **E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları**, Editör: Ali Suphi Kurşun/Hakan Tokbaş, İstanbul, Aristo Yayınevi, Ekim 2017.

Ben-Sharar, Omri / Posner, Eric A.; “The Right to Withdraw in Contract Law”, **The Journal of Legal Studies**, C. 40, S. 1, The University of Chicago Press, Haziran 2011, s. 115-148, (<https://www.jstor.org/stable/10.1086/658403> - Erişim Tarihi: 01.08.2022).

Berber, Keser; **İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, Ocak 2002.

Bozbel, Savaş; “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler – 97/7 Sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 3-4, 2003, s. 783-804.

Bozbel, Savaş / Atalı, Murat; “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, **AÜEHFD**, C.IX, S.1-2, 2005, s. 451-474.

Buz, Vedat; **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, 1998 Baskısından Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, 2014.

Bütün Yılmaz, Derya Gülsüm; “Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 69, S. 2, Ankara, Aralık 2020, s. 325-368, (<https://dergipark.org.tr/en/pub/auhfd/issue/58829/848563> - Erişim Tarihi: 01.08.2022).

Büyükcay, Yusuf; “İnternette Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, **E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, S. 24, Şubat 2004, (http://www.e-akademi.org/makaleler/ybuyukcay-7.htm#_ftnref1- Erişim Tarihi: 01.08.2022).

Çabri, Sezer; **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, Haziran 2021.

Çekin, Mesut Serdar; “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmelere Dair Düzenlemelerin AB Hukukuyla Uyumluluğu, Uygulamada Yaşanan Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 161, İstanbul, Ocak 2018, s. 37-58.

Çilenti Konuralp, Ayşen; “Elektronik Ürünler İçin Yapılan İnternet Satışlarında Cayma Hakkının Kullanılması ve Mutat Kullanım Kavramı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 4, Konya, 2021, s. 2729-2759.

Demir, Mehmet; **Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Turhan Kitabevi, Ocak 2003. (Kapıdan İşlemlerde Geri Alma)

Demir, Mehmet; “Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Ankara, Haziran 2003, s. 61-90. (Geri Alma)

Demir, Mehmet; **Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması**, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, Ocak 2004. (Mesafeli Sözleşme)

Dickie, John; “Consumer Confidence and the EC Directive on Distance Contracts”, **Journal of Consumer Policy**, C. 21, S. 2, Springer Publications, Haziran 1998, s. 217-229, (<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1006804517832> – Erişim Tarihi: 01.08.2022).

Dönmez, Zeynep; “2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukukuna Yansımaları”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2016, s. 351-380.

Eidenmüller, Horst / Faust, Florian / Grigoleit, Hans Christoph / Jansen, Nil / Wagner, Gerhard / Zimmermann, Reinhard; “Towards a Revision of the Consumer Acquis”, **Common Market Law Review**, C. 48, S. 4, Nisan 2011, s. 1077-1123, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1807943 – Erişim Tarihi: 01.08.2022).

Eidenmüller, Horst; “Why Withdrawal Rights?”, **European Review of Contract Law**, Ed: Stefan Grundmann, C. 7, S. 1, De Gruyter Publications, 2011, s. 1-24.

Eren, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, Ekim 2021.

Eren, Fikret; **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, Ekim 2021. (Özel Hükümler)

Erten, Alev; **Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler (Avrupa Topluluğu Mesafeli Sözleşmeler Direktifi ile Karşılaştırmalı Olarak)**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2009.

Falcığlu, Mete Özgür; **Karşılaştırmalı Hukuk (Amerikan Hukuku ve Viyana Anlaşması) Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2004.

Gezder, Ümit; , **Erzurumlu Şerhi**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basımevi, Mart 2006. (Erzurumlu Şerhi)

Gezder, Ümit; “Mesafeli Sözleşmeler”, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı**, Editör: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Mayıs 2015, s. 327-342. (Konferans)

Gezder, Ümit; “Mesafeli Sözleşmelerde Bilgi Verme Yükümlülüğü”, **2. Tüketici Hukuku Sempozyumu – Ses Çözümleri ve Makaleleri**, Editör: Hakan Tokbaş / Fehmi Üçışık, 1. Baskı, Ankara, Bilge Yayınları, Nisan 2013. (Sempozyum)

Gezder, Ümit; **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2004. (Mukayeseli Hukuk)

Gümüş, M. Alper; , **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Mayıs 2014.

Güneş, Zeynep Naz; **Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Temmuz 2018.

Howells, Geraint / Twigg-Flesner, Thomas / Wilhelmsson, Thomas; **Rethinking EU Consumer Law**, 1. Baskı, Londra, Routledge Press, Ağustos 2017.

İslamoğlu, Gülşah; Gülşah İslamoğlu, “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 145, Eylül 2018, s. 115-124.

İşleten, Mehtap İpek; “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, İstanbul, 2013, s. 111-136.

İnal, Emrehan; **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ocak 2005.

İnal, Emrehan; “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması ve Buna İlişkin Güncel Gelişmeler”, **Uluslararası Hukuk Sempozyumu Metinler Kitabı**, İstanbul, 2013. (Sempozyum)

İnal, H. Tamer; , **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku: Doktrin ve Yargıtay İçtihatları**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.

Kabaş, Esen; “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 3, Ankara, 2015, s. 73-100.

Kalpşüz, Turgut; **Ticari Satışta İfa Mahalli**, Ankara, 1960.

Kara, İlhan; **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, Ocak 2021.

Kara Kılıçarslan, Seda; “Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, Ankara, 2015, s. 183-222.

Karakocalı, Ahmet / Kurşun, Ali Suphi; **Tüketici Hukuku (6502 sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)**, 1. Baskı, İstanbul, Aristo Yayınevi, Kasım 2015.

Kırca, Çiğdem; “İnternette Sözleşme Kurulması”, **BATİDER**, C. 20, S. 4, Ankara, Aralık 2000, s. 99-119.

Kocasakal Özdemir, Hatice; , **Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ekim 2003.

Kocayusufpaşaoğlu, Necmi / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.

Küçükaydın, Emine Aslı; **Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2018.

Loos, Marco B. M.; “Rights of Withdrawal” **Centre for Study of European Contract Law Working Paper Series**, S. 2009/04, s. 1-31, (<http://ssrn.com/abstract=1350224> – Erişim Tarihi: 01.08.2022).

Luzak, A. Joasia; “Online Consumer Contracts”, **Journal of the Academy of European Law**, C. 15, S. 3, Springer Publications, Eylül 2014, s. 381-392 (DOI: <https://doi.org/10.1007/s12027-014-0356-x>). (Consumer Contracts)

Luzak, A. Joasia; “To Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking Into Account Its Behavioural Effects on Consumers”, **Journal of Consumer Policy**, C. 37, Springer Publications, 2014, s. 91-111, (SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2243645 – Erişim Tarihi: 01.08.2022).

Micklitz, Hans-W. / Kas Betül; “Overview of Cases Before the CJEU on European Consumer Contract Law”, **European Review of Contract Law**, Ed: Stefan Grundmann, C. 10, S. 1, De Gruyter Publications, 2014, s. 1-56.

Nomer, Haluk Nami / Engin, Baki İlkey; **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri**, C.1, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 19. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ekim 2021.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin; “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 1, Ankara, 2001, s. 55-90.

Özdilek, Ali Osman; **İnternet ve Hukuk**, 1. Baskı, İstanbul, Papatya Bilim Yayınevi, 2008.

Özel, Çağlar; **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2021.

Özel, Çağlar; **Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma**, 1. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999. (Geri Alma)

Özlük, Betül; “Akıllı Mesafeli Sözleşmelerde Bilgilendirme Yükümlülüğü”, **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Bilişim Hukuku Dergisi**, C.2, S.1, Mayıs 2020, s. 81-113.

Reisoğlu, Safa; **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, Eylül 2014.

Rott, Peter; “Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?”, **German Law Journal**, C. 12, S. 7, Cambridge University Press, 2006, s. 1109-1136. (Harmonising Different Rights of Withdrawal)

Rott, Peter; “Information Obligations and Withdrawal Rights”, **The Cambridge Companion to European Union Private Law**, Editör: Christian Twigg-Flesner, Cambridge University Press, 2010.

Sağlam, İpek; **Elektronik Sözleşmeler**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Kitabevi, Nisan 2007.

Sarıakçalı, Turgay; **İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Temmuz 2021.

Serozan, Rona; **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Yayına Hazırlayanlar: Başak Baysal/Kerem Cem Sanlı, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2019, (Borçlar Hukuku).

Sert Sütçü, Selin; **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerine Göre Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Mart 2019.

Sert Sütçü, Selin; **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı**, 1. Baskı, Ankara, Temmuz 2016.

Sirmen, Lale; “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi – Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, C. 8-3, Özel Sayı, İzmir, 2013, s. 2465-2476, (<https://dergipark.org.tr/en/pub/jyasar/issue/19146/203219> - Erişim Tarihi: 01.08.2022).

Smits, Jan M.; “The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law”, **Maastricht European Private Law Institute Working Paper**, S. 2011/01, 2011, s. 1-13, (<https://ssrn.com/abstract=1719104> – Erişim Tarihi: 01.08.2022).

Sözer, Bülent; **Elektronik Sözleşmeler**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, Mart 2002.

Steennot, Reinhard; “The Right of Withdrawal under the Consumer Rights Directive as a Tool to Protect Consumers Concluding a Distance Contracts”, **Computer Law and Security Review**, S. 29/2, Nisan 2013, s. 105-119, (<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2013.01.005> – Erişim Tarihi: 01.08.2022).

Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993.

Terzi, Sibel; , “Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Sonuçları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.12, S. 129, Mayıs 2017, s. 132-139.

Tokbaş, Hakan; **Tüketici Hukuku ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri**, İstanbul, Aristo Hukuk Yayınevi, 2015.

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

Topaloğlu, Mustafa; **Milli Şerh: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Editör: Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner, İstanbul, Aristo Yayınevi, Ekim 2016. (Milli Şerh)

Tunçomağ, Kenan; **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C.2, 3. Baskı, İstanbul, 1977.

Tutumlu, Mehmet Akif; **Tüketici Yargılaması Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2019.

Twigg-Flesner, Christian / Metcalfe, Daniel; “The Proposed Consumer Rights Directive – Less Haste, More Thought”, **European Review of Contract Law**, C. 5, S. 3, 2009, s. 368-391. (https://www.researchgate.net/publication/228245373_The_Proposed_Consumer_Rights_Directive_-_Less_Haste_More_Thought - Erişim Tarihi: 01.08.2022)

Uyumaz, Alper; “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 907-930.

Uzun Kazmacı, Özge; “İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, İstanbul, Aralık 2016, s. 2791-2818.

Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah; “Elektronik Sözleşme Mesafeli Sözleşme Ayrımı”, **E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları**, Editör: Ali Suphi Kurşun/Hakan Tokbaş, İstanbul, Aristo Yayınevi, Ekim 2017, s. 49-70.

Yıldırım, Abdülkerim; “Mesafe Satımı ile Mesafeli Satım Kavramları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1-2, Ankara, 2005, s. 127-152. (Mesafe Satımı)

Yıldırım, Abdülkerim; **Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2009. (Mesafeli Sözleşmeler)

Yılmaz, Oğuz Gökhan; “Tüketici Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 14, Ankara, Temmuz 2013, s.1011-1034.

Yücedağ Göztepe, Nafiye; “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 27, Ankara, Temmuz 2016, s. 667-690.

Yücer Aktürk, İpek; “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 2, Ankara, 2016, s. 103-128, (https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/20_2_5.pdf - Erişim Tarihi: 01.08.2022).

Zevkliler, Aydın / Özel, Çağlar; **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2016.

Waddington, Lisa; “Reading a Duty to Provide Accessible Pre-Contractual Information for Consumers with the Disabilities into EU Consumer Protection Law”, **Journal of Consumer Policy**, C. 45, S. 2, Springer Publications, Şubat 2022, s. 307-329, (<https://doi.org/10.1007/s10603-022-09513-8> - Erişim Tarihi: 01.08.2022).

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayan : Ata SITKI
Tez Başlığı : Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması: Ön
Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Cayma Hakkı
Savunma Tarihi : _____
Danışman : Doç. Dr. Ayşe Tuba AKÇURA KARAMAN

JÜRİ ÜYELERİ	İmza
1- Doç. Dr. Ayşe Tuba AKÇURA KARAMAN	_____
2- Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İŞLETEN	_____
3- Dr. Öğr. Üyesi Pelin İŞINTAN	_____

Prof. Dr. Ulun AKTURAN
Enstitü Müdürü