T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI

TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA MESAFELİ SÖZLEŞMELER (AVRUPA TOPLULUĞU MESAFELİ SÖZLEŞMELER DİREKTİFİ İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK)

DOKTORA TEZİ

Alev ERTEN

Tez Danışmanı : Prof.Dr.Lâle SİRMEN

Tez Jürisi Üyeleri

Prof. Dr. Lâle SİRMEN
Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU
Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR
Doç. Dr. Osman GÜRZUMAR
Doç. Dr. Vedat BUZ

Tez Sınavı Tarihi: 08.01.2007

TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA MESAFELİ SÖZLEŞMELER (AVRUPA TOPLULUĞU MESAFELİ SÖZLEŞMELER DİREKTİFİ İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK)

KISALTMALAR.....

GİRİŞ.....

§ 1. Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Hukukî Düzenleme.....4

§ 2. Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Hukukî Düzenleme.....8

§ 3. "Tüketici" Kavramı ve Tüketicinin Korunmasının Nedenleri.....10

I. Genel Olarak…….....10

II. Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasının Nedenleri.....15

I. BÖLÜM

AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKUNDA MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI.....

§ 4. 97/7/EG Sayılı ve 20.05.1997 Tarihli Tüketicinin Mesafeli Sözleşmelerde Korunmasına Yönelik Avrupa Topluluğu Direktifi (Direktif).....23

I. Genel Olarak……...23

II. Mesafeli Sözleşmelerin Direktif ile Düzenleniş Nedenleri.....26

III. Direktif Hükümlerinin Hukukî Niteliği ve Bu Hükümlerin Uluslararası Mesafeli Sözleşmeden Doğacak Hukukî Uyuşmazlıkta Uygulama Alanı Bulması…….....29

A. Genel Olarak…….....29

B. Direktif Hükümlerinin Hukukî Niteliği…….....30

1. Üye Devletlerce Benimsenmesi Açısından Direktif Hükümlerinin "Asgari Düzeyde Koruyucu Kurallar" (Mindestklauseln, Minimal Clause) Öngörmesi....30
2. Direktif Hükümlerinin Emredici Niteliği....31
3. Direktif Hükümlerinin Üye Devletlerce İç Hukuka Aktarılmaması Halinde Bir Mesafeli Sözleşme Üzerinde Uygulanabilirliği....31
C. Direktif Hükümlerinin Uluslararası Mesafeli Sözleşmeden Doğacak Hukukî Uyuşmazlıkta Uygulama Alanı Bulması....34
1. Genel Olarak....34
2. Topluluğa Üye Bir Ülkenin Tüketicisinin Üçüncü Bir Ülkedeki Girişimci ile Yaptığı Mesafeli Sözleşmede Uygulanacak Ülke Hukukunun Taraflarca Belirlenmemiş Olması Halinde, Direktif'in Uygulanabilirliği....37
3. Sözleşme Taraflarının Üçüncü Bir Ülke Hukukunu Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk Olarak Belirlemiş Olmaları....42
IV. Direktif Hükümleri Açısından Mesafeli Sözleşmeler....45
A. Genel Olarak....45
B. Direktif Hükümlerinin Uygulama Alanı İçinde Kalan Sözleşmeler....46
1. "Mesafeli Sözleşme" Kavramı....46
a. Mesafeli Sözleşmenin Tarafları....46
b. Uzaktan Haberleşme Araçları....47
c. Bir Organize Mesafeli İşletme ya da Hizmet Sisteminin Varlığı....50
2. Sözleşme Öncesi Tüketicinin Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü....52
a. Genel Olarak....52
b. Direktif'in 4. Maddesindeki "Tüketicinin Sözleşme Öncesi Bilgilendirilmesi" Yönündeki Düzenlemesi....53
c. Tüketiciye Verilecek Bilginin Sağlanmasındaki Şekil Şartları....55
d. "Bilginin Teyidinin Bir Belge ile Tüketiciye İletilmesi" (schriftliche Bestätigung der Informationen, Written Confirmation of Information)....57
e. Girişimcinin Bilgi Verme Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinin Yaptırımı....58
C. Direktif Hükümlerinin Uygulama Alanı Dışında Kalan Sözleşmeler....61
1.Direktif'in Tümüyle Uygulama Alanı Dışında Kalan Sözleşmeler....62
a. Mal Satışı Yapan Otomatların Kullanılmasıyla ya da Otomosyana Geçmiş Ticarî İşyerleriyle Kurulan Sözleşmeler....63
b. Halka Açık Telefonlerden Yararlanmak Suretiyle Telekomünikasyon Operatörleri ile Kurulan Sözleşmeler....64
c. Kira Hariç Taşınmazların İnşasına, Satımına ya da Taşınmazlara İlişkin Ayni veya Şahsi Haklara Dair Sözleşmeler....66

d. Açık Arttırma Yoluyla Kurulan Sözleşmeler.....67
2. Direktif'in Diğer Hükümleri Saklı Kalmak Kaydıyla, Direktif 4., 5., 6. ve 7/1. maddesinin Uygulama Alanı Bulmayacağı Sözleşmeler.....68
a. Tüketicinin Günlük İhtiyacını Karşılamak Üzere Gıda Maddelerinin, İçeceklerin ya da Başka Ev Eşyalarının Sürekli ya da Düzenli Olarak Teslimine Yönelik Sözleşmeler.....69
b. Vadesi Belirlenen ya da Belirli Bir Zaman Dilimi İçinde İfası Kararlaştırılan Yiyecek ve İçeceklerin Teslimine İlişkin Sözleşmeler ve Boş Zaman Organizasyonu Düzenlenmesine İlişkin Hizmet Sözleşmeleri.....71
3. Direktif'in 6. maddesinin Uygulama Alanı Bulmayacağı Sözleşmeler (Sözleşmeden Dönme Hakkının İstisnaları).....72
D. Tüketicinin Sözleşmeden Dönme Hakkı.....76
1. Kavram.....76
2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Süresi.....86
3. Sözleşmeden Dönme Hakkının Hukukî Sonuçları.....90
E. Mesafeli Sözleşmelerde İfa Zamanı.....93
F. Mesafeli Sözleşmelerde Kartla Ödeme.....96
G. Tüketici Tarafından Sipariş Edilmemiş Mal ya da Hizmetlerin Tüketiciye Gönderilmesi.....98

§ 5. Mesafeli Sözleşmelerle İlgili Diğer AT Direktifleri.....101

I. Genel Olarak.....101
II. Direktif m. 13/1'deki Düzenleme Yönünde Mesafeli Sözleşmelerle İlgili Diğer AT Direktifleri.....104
A. Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Bazı Hukuksal Yönleri ve Özellikle İç Pazarda Elektronik Ticaret Konusunda 08.06.2000 Tarih ve 2000/31/EG Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi (Elektronik Ticaret Hakkındaki Direktif) (ETHD).....104
B. Elektronik İmzalarla İlgili Ortak Çerçeve Koşulları Düzenleyen 13.12.1999 ve 99/93/EG Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi (Elektronik İmza Hakkındaki Direktif) (EİHD).....110
C. 90/619/EG, 97/7/EG ve 98/27/EG Sayılı Avrupa Konseyi Direktiflerinin Değiştirilmesine Yönelik Uzaktan Finansal Hizmetler Hakkındaki 23.09.2002 Tarihli ve 2002/65/EG Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi (Finansal Hizmetler Hakkındaki Direktif) (FHHD).....113

II. BÖLÜM

ALMAN HUKUKUNDA MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI.....

§ 6. Mesafeli Sözleşme Kavramı, Tarafları, Unsurları ve Kapsamı.....119

I. "Mesafeli Sözleşme" Tanımı.....119
II. Mesafeli Sözleşmenin Tarafları.....120
A. Genel Olarak.....120
B. "Tüketici" Kavramı.....121
C. "Girişimci" Kavramı.....130
III. Mesafeli Sözleşmenin Unsurları.....133
A. Sözleşmenin Kuruluşu Aşamasında "Sadece Uzaktan Haberleşme Araçlarının Kullanılması" Şartı ve Belirli Türden Uzaktan Haberleşme Araçlarının Reklam Amaçlı Kullanılmasına Yönelik Getirilen Sınırlama…..……..….133
B. Sözleşmenin "Organize Mesafeli İşletme ya da Hizmet Sistemi Varlığı Altında Kurulması" Şartı……..141
IV. Mesafeli Sözleşmenin Kapsamı.....…143
A. Mesafeli Sözleşmelerin Düzenlendiği BGB §§ 312b ff. Hükümlerinin Üzerinde Uygulama Alanı Bulamayacağı Sözleşmeler……...143
B. Sözleşmeden Dönme Hakkının Düzenlendiği BGB 312d Hükmünün Üzerinde Uygulama Alanı Bulmayacağı Sözleşme Türleri…….145
C. Gerek Mesafeli Sözleşmelerin İstisnalarının Düzenlenmesi Gerek Sözleşmeden Dönme Hakkının İstisnalarının Düzenlenmesi Bakımından BGB ile Direktif Hükümlerinin Birbirinden Ayrıldığı Noktalar……...146
1. Uzaktan Öğretime İlişkin Sözleşmeler.....147
2. Devre Mülk Sözleşmeleri.....148
3. Sigorta Sözleşmeleri.....148
4. Açık Arttırma Yoluyla Yapılan Sözleşmeler……...150

§ 7. Mesafeli Sözleşmenin Kurulması……...153

I. Genel Olarak…….153
II. Sözleşmenin Kuruluşunda Taraf İradeleri (İcap ve Kabul)…….156
A. Klasik Mesafeli Sözleşmelerin Kuruluşunda Taraf İradeleri……..156
1. İcap-İcaba Davet……...156
2. Kabul.....158
B. Elektronik Mesafeli Sözleşmelerin Kuruluşunda Taraf İradeleri……160
1. "Elektronik İrade Beyanları" ile "Otonom İrade Beyanları".....160
2. İcap-İcaba Davet……..162
3. Kabul……166

III. Tüketicinin Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü……..168
A. Genel Olarak…….....168
B. Klasik Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü…….170
1. Sözleşme Öncesi Tüketiciye Sağlanacak Bilgi Türleri……174
2. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Tüketiciye Sağlanacak Bilgi Türleri ("Bilginin Teyidinin Tüketiciye Metin Şeklinde İletilmesi" Yönündeki Düzenleme)……179
C. Elektronik Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirilmesi.....181
1. Siparişin Verilmesinden Önce Tüketiciye Sağlanacak Bilgi Türleri……..…….182
2. Girişimcinin Elektronik Sözleşmelerde Siparişin Verilmesinden Önce Bilgi Verme Yükümlülüğünün İstisnası…….186
3. Tüketiciye Sağlanması Gereken Diğer Bilgi Türleri……187
D. Girişimcinin Bilgi Verme Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinin Yaptırımı.....188
IV. Sözleşmenin Şekli.....191
A. Elektronik Şekil (BGB § 126a).....193
B. İmza Kanunu (SigG).....196
C. Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (ZPO).....197

§ 8. Tüketiciye Tanınan "Sözleşmeden Dönme Hakkı" ile "Geri Verme Hakkı" (Rückgaberecht).....199

I. Genel Olarak.....199
II. Sözleşmeden Dönme Hakkı ile Geri Verme Hakkı Arasındaki Fark ve Geri Verme Hakkının Alternatif Hak Olarak Düzenlenmesinin Nedeni.....201
III. Sözleşmeden Dönme Hakkı.....203
A. Sözleşmeden Dönme Hakkı Süresi.....204
1. Sözleşmeden Dönme Hakkı Süresinin İşlemeye Başlaması.....204
2. Girişimcinin, Bilgi Verme Yükümlülüğü ile Sözleşmeden Dönme Hakkının İhtarı Yükümlülüğünü İfası.....208
3. Sözleşmeden Dönme Hakkının Sona Ermesi.....209
B. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanıldığını Açıklayan İrade Beyanının Şekli.....214
IV. Geri Verme Hakkı.....215
A. Sözleşmeden Dönme Hakkının Yerine Geri Verme Hakkının Tanınabilmesinin Şartları.....215
B. Geri Verme Hakkının Kullanılması.....217
V. Sözleşmeden Dönme Hakkı ile Geri Verme Hakkının Hukukî Hüküm ve Sonuçları.....218
A. Genel Olarak.....218

B. Tarafların Sözleşmenin İfası Amacıyla Birbirlerine Verdikleri Şeylerin İadesi.....220
C. Zararlardan Sorumluluk……..223
D. Yararlardan Sorumluluk…….227
E. Masraflardan Sorumluluk……228
F. Diğer Sorumluluk Hallerinin Yokluğu……230
VI. Sözleşmeden Dönme ya da Geri Verme Hakkının Kullanılmasının "Ödünç Sözleşmeleri" Üzerindeki Etkisi…….231

§ 9. Mesafeli Sözleşmenin İfası……..234
I. Genel Olarak…….234
II. Girişimcinin Edimini İfası Zamanı……..234
III. Mal ya da Hizmetin Mevcut Olmamasından Dolayı Girişimcinin Edimini İfa Edememesi……..236
IV. Mal ya da Hizmetin Mevcut Olmaması Halinde Başka Bir Mal ya da Hizmetin Tüketiciye İfası…….239

§ 10. Mesafeli Sözleşmelerde Kartla Ödeme.....240
I. Genel Olarak.....240
II. Kartın Haksız Kullanımı Nedeniyle "Kullanma Tazminatı" Hakkı (BGB § 676h).....242
III. Kart Sahibini Koruma Altına Alan Sözleşme Hukukunun Diğer Genel Hükümleri.....244

§ 11. Tüketici Tarafından Sipariş Edilmemiş Mal ya da Hizmetlerin Tüketiciye Gönderilmesi.....246

III. BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI.....

§ 12. Mesafeli Sözleşme Kavramı, Tarafları, Unsurları ve Kapsamı.....254
I. "Mesafeli Sözleşme" Tanımı.....254
II. Mesafeli Sözleşmenin Tarafları.....255
A. "Tüketici" Kavramı…….255
B. "Satıcı ya da Sağlayıcı" Kavramı……261
III. Mesafeli Sözleşmenin Unsurları……263

A. "Uzaktan Haberleşme Araçlarının Kullanılması" ve Tüketiciyle Yüz Yüze Gelmeme" Şartı……...263
B. Sözleşmenin Kurulmasında "Organize Mesafeli İşletme ya da Hizmet Sistemi Varlığı" Şartının Aranmaması……..268
IV. Mesafeli Sözleşmenin Kapsamı…….271
A. Mesafeli Sözleşmeleri Düzenleyen Hükümlerin Uygulama Alanı Dışında Kalan Sözleşmeler…….....271
B. Sözleşmeden Dönme Hakkının Düzenlendiği Hükümlerin Uygulama Alanı Dışında Kalan Sözleşme Türleri.....275

§ 13. Mesafeli Sözleşmenin Kurulması……...281
I. Sözleşmenin Kuruluşunda Taraf İradeleri……281
A. İcap-İcaba Davet.....281
B. Kabul.....….286
II. Tüketicinin Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü……...289
A. Genel Olarak……...289
B. Sözleşme Öncesi Tüketiciye Sağlanacak Bilgi Türleri……...295
C. Ön Bilginin Teyidinin Tüekticiye Yazılı Olarak İletilmesi Yükümlülüğü.....298
D. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Tüketiciye Sağlanacak Bilgi Türleri (Tüketiciye "Yazılı Olarak" İletilmesi Gereken Diğer Bilgi Türleri).....300
E. Satıcı ya da Sağlayıcının Bilgi Verme Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinin Yaptırımı.....304
III. Tüketicinin Bilgiyi Edindiğini Satıcı ya da Sağlayıcıya Karşı Yazılı Olarak Teyidi Şartı ve Sözleşmenin Kurulmasının Bu Şarta Bağlanmış Olması?……310
IV. Sözleşmenin Şekli……..311

§ 14. Mesafeli Sözleşmenin Kurulması Halinde Tüketiciye Tanınan Sözleşmeden Dönme Hakkı…….……317
I. Genel Olarak…….317
II. Sözleşmeden Dönme Hakkının Süresi…….320
III. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Hüküm ve Sonuçları…….324

§ 15. Mesafeli Sözleşmenin İfası……332
I. Satıcı ya da Sağlayıcının Edimini İfası Zamanı……332
II. Mal ya da Hizmetin Mevcut Olmamasından Dolayı Satıcı ya da Sağlayıcının Edimini İfa Edememesi……333

III. Mal ya da Hizmetin Mevcut Olmaması Halinde Başka Bir Mal ya da Hizmetin Tüketiciye İfası…….335

§ 16. Mesafeli Sözleşmelerde Kartla Ödeme.....336

§ 17. Tüketici Tarafından Sipariş Edilmemiş Mal ya da Hizmetlerin Tüketiciye Gönderilmesi.....….339

SONUÇ.....

KAYNAKÇA.....

ÖZET.....

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz (*Fıkra*)
AET	Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma
AG	Amtsgericht
AGB-Gesetz	(*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*) Genel İşlem Şartları Kanunu (01.01.2002 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olup, BGB §§ 305-310'de düzenlenmiştir.)
AT	Avrupa Topluluğu
Aufl.	Auflage
AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBS.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
b.	bend
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	Betriebs Berater
bd.	Band
BGB	(*Bürgerlichesgesetzbuch*) Alman Medeni Kanunu
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	(*Bundesgerichtshof*) Federal Mahkeme
BK	Türk Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
bs.	Baskı
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Btx	(*Bildschirmtext*) Televizyon sistemleri
C.	Cilt
c.	cümle
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
Direktif	AT Mesafeli Sözleşmeler Hakkındaki Direktif
dpn.	dipnot
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E.	Esas

ECR	European Court Reports
EG	Europäische Gemeinschaft (*Avrupa Topluluğu*)
EGBGB	(*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*) Alman Giriş Kanunu
EİHD	AT Elektronik İmza Hakkındaki Direktif
ETHD	AT Elektronik Ticaret Hakkındaki Direktif
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EuGH	(1) Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (2) Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
f.	fıkra
FernAbsG	(*Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro*) Mesafeli Sözleşmeler ile Tüketici Hukukunun Diğer Sorunları ve Euro Para Birimi Hakkındaki Hükümlerin Uyumlaştırılmasına İlişkin Kanun
FernUSG	(*Fernunterrichtgesetz*)
ff.	folgende Seiten (*ve devamı*)
FHHD	AT Finansal Hizmetler Hakkındaki Direktif
H.	Heft
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
HD.	Hukuk Dairesi
HGB	(*Handelsgesetzbuch*) Ticaret Kanunu
I.B.L.	International Business Lawyer
IHFM	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
InfoVO	(*Informationspflichtenverordnung*) Bilgi Verme Yükümlülüğüne Dair Yönetmelik
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht
İSOD	İstanbul Sanayi Odası Dergisi
JCP	Journal of Consumer Policy
JuS	Juristische Schulung
JURA	Juristische Ausbildung
JZ	Juristenzeitung
K.	Karar
K&R	Kommunikation und Recht
LG	Landgericht

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MMR	Multimedia und Recht
NJW	Neue Jurisctische Wochenschrift
NJW-CoR	NJW-Recht der Computerpraxis
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
O.J.	Official Journal
OLG	Oberlandesgericht
OLGVertrÄndG	Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten
Ör.	Örneğin
Rdr.	Rundnummer (*kenar numarası)*
Rep. of Cases bef. the Court	Reports of Cases Before the Court
R.G.	Resmi Gazete
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
S.	Sayı
s.	satz
SchuldRModG	(*Schuldrechtmodernisierungsgesetz*) Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun
sh.	Sayfa
SigG	(*Signaturgesetz*) İmza Kanunu
S.J.	Solicitors Journal
T.	Tarih
TK	Türk Ticaret Kanunu
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht
UWG	(*Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb*) Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkındaki Kanun
v.	vom
Vand. J. Transnat. L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
v.b.	ve bunun gibi
vd.	ve diğerleri
VerbrKrG	(*Verbraucherkreditgesetz*) Tüketici Kredisi Kanunu (01.01.2002 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olup, BGB §§ 491-507'de düzenlenmiştir.)

Vol.	Volume
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	(*Gesetz über dem Versicherungsvertrag*) Sigorta Sözleşmeleri Hakkındaki Kanun
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Yönetmelik	Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik
ZeuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	(*Zivilprozessordnung*) Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechts-Wissenschaft

GİRİŞ

Hızla gelişen teknoloji sözleşme hukuku alanında da bir çok yeniliklerin yaşanmasına neden olmuştur. Bu anlamda, telefon, fax ve internet gibi insanlar arasındaki iletişimi sağlayan cihazlar, satım veya hizmet sözleşmelerinin birer vasıtası haline gelmiştir. Ancak, tüketiciler açısından evden çıkmadan alışveriş kolaylığını sağlayan ve bu nedenle bir sözleşmenin kurulmasında kullanılması sıkça tercih edilen uzaktan haberleşme araçları, tüketicileri bazı yeni tehlikelerle karşı karşıya bırakarak onların mağdur duruma düşmelerine neden olmuştur. İşte, tarafların "*yüz yüze gelmeden*",[1] sözleşmeyi kurucu irade beyanlarını bir uzaktan haberleşme aracı ile birbirlerine ilettikleri bu tip sözleşmeler, "mesafeli sözleşmeler" olarak adlandırılmaktadır.

Son yıllara kadar Türk Hukukunda "mesafeli sözleşmeler", satım sözleşmeleri ile bağlantılı olarak BK m. 201'de düzenlenen "satılan şeyin başka yerden gönderilmesi suretiyle ifası" çerçevesinde ele alınmaktaydı. 1995 yılında yürürlüğe giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun[2] ile bu konuda özel bir

[1] 97/7/EG sayılı ve 20.05.1997 tarihli mesafeli sözleşmeleri düzenleyen Direktif'e göre (ABl. Nr. L 144 vom 04.06.1997, sh. 0019-0027), *telefon* ile kurulan sözleşmeler, "hazır olmayanlar arasındaki" sözleşmelerdendir. Türk Hukukunda ise, BK m. 4/2'ye göre, "iki taraf yahut vekillerinin bizzat telefon aracılığı ile yaptıkları akitlere hazırlar arasında icra olunmuş nazariyle bakılır". Ayrıca, Alman Hukukunda da (BGB § 147 Abs. 1), sözleşme taraflarının sözleşmeyi kurucu irade beyanlarını telefon aracılığıyla birbirlerine iletmeleri, "hazırlar arasındaki" sözleşmelerin kapsamında düzenlenmiştir. İşte bu nedenle, tezde, telefon vasıtasıyla kurulan mesafeli sözleşmeleri de kapsayacak şekilde "hazır olmayanlar" kavramı yerine "yüz yüze gelmeyenler" kavramının kullanılması uygun görülmüştür.

[2] Kanun No: 4077, Kabul tarihi: 23.02.1995, 08.03.1995 tarih ve 22222 sayılı R.G.

düzenlemeye gidilmemiş olmakla beraber, mesafeli sözleşmeler düzenleniş maksadı farklı olan "kapıdan satışların" kapsamında düşünülmüştür. 06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı Tüketici Hakları Mevzuatında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[3] ile de, özellikle elektronik ortamda yapılan sözleşmeleri karşılamak üzere, yukarıda yapılan tanıma uyan mesafeli satım sözleşmelerine ilişkin hüküm getirilmiştir. Söz konusu mevzuat değişikliği ile mesafeli sözleşmeler, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 9/A maddesinde özel olarak düzenlenmiştir.

Özellikle internet yoluyla yapılan satım sözleşmelerinin sayısındaki artışlar, tüketicilerin karşılaşma tehlikesi içinde bulundukları hukukî sorunları uluslararası arenaya taşımıştır. Uluslararası boyutta mesafeli sözleşmeler alanında önemli düzenlemelerden biri, Türkiye'nin 1963 yılından beri yakın ilişki içinde bulunduğu Avrupa Topluluğu[4] (AT) tarafından gerçekleştirilmiştir. Türkiye'nin AT ile olan

[3] Kanun, 14.03.2003 tarih ve 25048 sayılı R.G. yayımlanmıştır.

[4] 07.02.1992 tarihinde Maastricht'de imzalanan "Avrupa Birliği Hakkındaki Antlaşma"nın ("Maastricht Antlaşması") Kasım 1993'de yürürlüğe girmesiyle birlikte Avrupa Birliği (AB) kurulmuştur. Söz konusu Antlaşma, "bütünleşme"nin temelini teşkil eden (1) Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, (2) Avrupa Ekonomik Topluluğu ve (3) Atom Enerjisi Topluluğu'nu tek bir sütun altında ele alarak, ayrıca (1) ortak dış politika ve güvenlik ile (2) adalet ve içişlerini de içine alan toplam üç sütun üzerinde kurulmuştur. Önemle üzerinde durulması gereken konu, AB'nin özellikle ilk sütunu oluşturan ve kısaca Avrupa Toplulukları olarak adlandırılan söz konusu üç Topluluk'u ortadan kaldırıp onların yerine geçmemiş olmasıdır. Ayrıca Avrupa Toplulukları'nın tek bir sütun altında değerlendirilmesine rağmen, halen birbirinden farklı üç ayrı Topluluk olarak varlıklarını korumaktadırlar. Ancak, 08.04.1965 tarihinde imzalanan "Avrupa Toplulukları için Müşterek bir Konsey ile Komisyon Oluşturulması Antlaşması" ("Birleşme Antlaşması") ile, bu üç Topluluk'un tek bir yönetim altında toplandığı da gözden kaçırılmamalıdır (Daha ayrıntılı bilgi için bkz., Tekinalp/Tekinalp/Atamer vd., Avrupa Birliği Hukuku, bs. 2, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, sh. 6-

yakın ilişkisi ve AT Hukukunun iç hukukumuz üzerindeki gözardı edilemeyecek etkisinden dolayı, AT Parlamentosu ile Konseyinin 97/7/EG sayılı "Uzaktan Pazarlama Çerçevesinde Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkındaki Direktif"i[5] (*Direktif*), bu tezin konusu açısından temel kaynaklardan birini teşkil etmektedir. 20.05.1997 tarihinde yürürlüğe giren bu Direktif, "aracısız satım" çerçevesinde özellikle elektronik ortamda kurulan sözleşmeleri düzenlemesi ve dolayısıyla geleceğin piyasasında da kullanılabilecek pazar araçlarını kapsaması bakımından büyük öneme sahiptir.[6]

Bu bağlamda, tezin ilk amacı, tüketicilerin karşı tarafla yüz yüze gelmeksizin uzaktan haberleşme araçları yardımıyla kuracakları satım veya hizmet sözleşmelerinde karşılaşabilecekleri olası hukukî sorunları ve dolayısıyla, tüketicinin mesafeli sözleşmelerde korunma nedenlerini saptamaktır. Bunun yanında, tezin ikinci hedefi, konuyla ilgili AT düzenlemerini açıklamak ve Türk Hukukunun AT Hukuku ile uyumuna değinmektir. Tezde, ayrıca, bir AT üyesi olan ve iç hukukunu AT Hukuku ile uyumlaştırma zorunluğunda olan Almanya'nın, mesafeli sözleşmeler

---

16; Cavendish Law Cards, European Community Law, Cavendish Publishing Limited, 2000, sh. 1-12). İşte, söz konusu Birleşme Antlaşması'yla bu her üç Topluluk için görev yapan ortak bir Konsey, bir Komisyon, bir genel kurul ve bir de Avrupa Adalet Divanı oluşturulduğu da dikkate alınarak, "bütünlük" hukukundan bahsederken, "AB Hukuku"nun yerine, "AT Hukuku" ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle, tezde kavram kargaşasına yol açmamak için bundan sonra herhangi bir ayırıma gidilmeksizin "AB" kavramı yerine de, "AT" kavramının kullanılacaktır.

[5] 97/7/EG sayılı ve 20.05.1997 tarihli Direktif düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. L 144 vom 04.06.1997, sh. 0019-0027.

[6] Pützhoven, Andreas, Europäischer Verbraucherschutz im Fernabsatz, München, Verlag C.H. Beck, 2001, sh. 1.

alanındaki hukukî düzenlemeleri etraflıca ele alınacaktır. Türk ile Alman hukuk sistemleri arasındaki benzerlikler ve farklılıklar üzerinde durulacak ve bu iki sistemin AT Hukuku ışığı altında düzenledikleri mesafeli sözleşme hükümleri arasında karşılaştırma yapılacaktır. Böylelikle, Türk Hukukunun mesafeli sözleşmeler alanındaki düzenlemelerinin, AT Hukuku ile uyumunun değerlendirilebilmesi mümkün olacaktır.

§ 1. Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Hukukî Düzenleme

İkinci dünya savaşı sonrası 1945 yılından 1989 yılına kadar devam eden doğu-batı bloklaşmasında Türkiye, doğu blokunun serbest piyasa ekonomisini reddedici tavrı sonucu, Doğu Anadolu'daki ticarî sınırlarını bu bloka tamamiyle kapamıştır.[7] Bu doğrultuda kendini batı blokuna yönlendiren Türkiye, 12.09.1963 yılında amacı liberal ekonomik düzeni sağlamak ve ekonomik ve politik bütünleşmeyi gerçekleştirmek olan AT ile bir "Ortaklık Antlaşması"[8]

[7] Coşkun, Ali, "Türkiye ve Gümrük Birliği", İSOD. 1999, S. 355, sh. 68.

[8] "Ortaklık Antlaşması"nın temel nedeni, "Avrupa Topluluğunu Düzenleyen Antlaşma"nın 310. maddesinde (*Vertrag der Europäischen Gemeinschaft, Treaty Establishing the European Community*) belirtilmiştir. Bu maddeye göre, AT, bir veya birden fazla devletle veya herhangi bir uluslararası kuruluşla karşılıklı hak ve yükümlülükleri belirleyen ve bir ortak eylemi ve özel yöntemi kapsayan ortaklık antlaşması imzalayabilir. AT ile imzalanan bir ortaklık antlaşması, antlaşma tarafı olan devlete ileride gerçekleşecek bir üyelik sıfatını garanti etmez. Ancak, Türkiye ile imzalanan söz konusu Antlaşma'da, Türkiye'nin gelecekteki üyeliği antlaşmanın bir amacı olarak düzenlenmiştir (Daha ayrıntılı bilgi için bkz., Tekinalp/Tekinalp/Atamer vd., sh. 60; Nikolaysen, Gert, Europarecht II, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, sh. 517, 520).

(*Assoziationsabkommen, Association Agreement*) imzalamıştır. Söz konusu bu antlaşma, "Ankara Antlaşması" olarak adlandırılmaktadır.

Ankara Antlaşması, belirli bir oranda gümrük kotalarının kaldırılması için sadece bir hazırlık süresini belirleyen bir antlaşmadır. Bu antlaşmaya ilaveten, Türkiye'nin üyeliğe geçiş aşamasının şartlarını, özelliklerini ve zaman plânını düzenlemek amacıyla 1970 yılında bir "Ek Protokol" (*Zusatzprotokoll, Supplementary Protocol*) ve bu tutanağın yürürlüğe girmesinden önce de 1971 yılında bir "Ara Antlaşma" (*Interimsabkommen, Interim Agreement*) imzalanmıştır. Söz konusu "Ara Antlaşma"nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Türkiye, AT'ye karşı ithal mallar üzerindeki gümrükleri kaldırmak, Topluluğa üye olmayan devletler için Topluluk Hukukundaki ortak gümrük tarifesini benimsemek ve Topluluğun tarım politikasını kendi hukukuyla uyumlaştırmak yükümlülüğü altına girmiştir. Bu yönde Türkiye, 06.03.1995 tarihinde AT ile, Topluluğun aralarında ekonomik alanda bütünleşmeyi amaçlayan "Gümrük Birliği Antlaşması"nı (*Zollunionabkommen, Customs Union Agreement*) imzalamıştır. Gümrük Birliği Antlaşması ile birlikte Türkiye'nin Topluluğa karşı olan yükümlülükleri daha da artmıştır. Buna göre Türkiye, Topluluğun ticaret politikasını benimsemek ve bu konuda Topluluğun ilgili hukukî düzenlemelerini (*Sekundärrecht, secondary legislation*) kendi hukuku ile uyumlaştırmak zorundadır.[9]

Türkiye ile Topluluk ilişkilerindeki en önemli gelişme, 10–11.12.1999 tarihinde Helsinki'de toplanan AT Konseyi zirvesinde yaşanmıştır. Türkiye'deki Kopenhag-Kriterlerine uygun olan olumlu gelişmeleri gözleyen AT Konseyi bu zirvede, Topluluk ile Türkiye arasında bir "Katılım Ortaklığı" (*Beitrittspartnerschaft,*

[9] Nikolaysen, sh. 526-529.

Accession Partnership) gerçekleştirilmesi kararına varmıştır. Türkiye'nin de onayı ile birlikte AT Komisyonu tarafından 2000 yılında düzenlenen "Katılım Ortaklığı", Türkiye'nin AT'ye üye olabilmesi için belirlenen kısa ve orta vaadeli üyelik şartlarını ve bu süre içinde Türkiye'ye yapılacak finansal yardımı içermektedir. Bu anlamda, 2000 yılında Türkiye'ye sağlanmış olan finansal yardımın %50'si, Türk Hukukunun "AT Müktesabatına"[10] (*Acquis, acquis*) uyumlaştırılması için ayrılmıştır.[11]

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda Türkiye, 4822 sayılı Tüketici Hakları Mevzuatında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (TKHK) ile, mesafeli sözleşmeler alanındaki düzenleme de dahil olmak üzere Topluluğun belli bazı direktiflerini kendi hukuku ile uyumlaştırmak amacıyla,[12] 1995 tarih ve 4077 sayılı Tüketicinin

---

[10] file://A:\miniDEV%20-%20Avrupa%20Yolunda.htm, (26.01.2003), sh. 1: "Müktesebat, tüm AB üyelerini bağlayan ve AB çapında geçerli olan resmi AB kararlarıyla yıllar içinde oluşturulmuş politikalar, mevzuat ve uygulamaların tümüdür. Genelde AB Mevzuatı'nın sadece ulaşılacak sonuçları (örneğin, işyerinde azami gürültü seviyeleri) tariflemesi ve ayrıntılı düzenlemeleri ulusal makamların takdirine bırakması sonucunda müktesebat, üye devletlerin uygulamalarında farklı biçimler alabilir".

[11] 2000 Regular Report From the Commission on Turkey's Progress Towards Accession: 8 November 2000, http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_11_00/pdf/en/tu_en.pdf, (08.05.2006), sh. 4.

[12] Türk Hukukunda uyumlaştırılmaya çalışılan AT direktifleri şunlardır: İmalatçının Sorumluluğu Hakkındaki Direktif (85/374/EG sayılı ve 25.06.1985 tarihli Direktif düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. L 210 v. 07.08.1985, sh. 0029-0033); İşyerleri Dışında Görüşülerek Kurulan Kapıdan Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkındaki Direktif (85/577/EG sayılı ve 20.12.1985 tarihli Direktif düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. L 372 v. 31.12.1985, sh. 0031-0033); Tüketici Kredileri ile İlgili Üye Devletlerin Hukuksal Düzenlemelerinin ve Yönetsel Kurallarının Birbirine Yakınlaştırılması Hakkındaki Direktif (87/102/EG sayılı ve 22.12.1986 tarihli Direktif düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. L 42 v. 12.02.1987, sh. 0048-0050); Turistik Geziler (Paket Turlar) Hakkındaki

Korunması Hakkında Kanun'da değişiklikler yapmıştır. Böylece, TKHK'nun 9/A maddesinde, mesafeli sözleşmeler düzenleme alanı bulmuştur.

TKHK m. 9/A'da, mesafeli sözleşmeler en soyut anlamıyla düzenlenmiş ve örneğin, sözleşme şartları, sözleşme öncesi tüketicilere hangi bilgilerin verilmesi gerektiği ve sözleşmenin hüküm ve sonuçları gibi daha somut konuların düzenlenmesi, bu konuda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu yönde, "Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik",[13] 14.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Mesafeli sözleşmeleri düzenleyen söz konusu TKHK hükmü ile Yönetmelik düzenlemesinden başka, 2004 yılında yürürlüğe giren "Elektronik İmza Kanunu" da,[14] Türk Hukukunda yine bu yönde atılmış önemli adımlardan biridir. Amacı, elektronik imzanın hukukî ve teknik yönleri ile kullanımına ilişkin esaslarını düzenlemek olan Kanun, elektronik imzanın hukukî yönden tanınmasına imkan

---

Direktif (90/314/EG sayılı ve 13.06.1990 tarihli Direktif düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. L 158 v. 13.07.1990, sh. 0059-0064); Devre Mülk (Time-Sharing) Direktifi (94/47/EG sayılı ve 26.10.1994 tarihli Direktif düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. L 280 v. 29.10.1994, sh. 0083-0087); Uzaktan Pazarlama Çerçevesinde Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına Yönelik Direktif (Bkz., yukarıda dpn. 4); Tüketim Malları Satımının Belli Yönleri ve Bu Mallar için Verilen Garantiler Hakkındaki Direktif (1999/44/EG sayılı ve 25.05.1999 tarihli Direktif düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. L 171 v. 07.07.1999, sh. 0012-0016); Elektronik İmzalarla İlgili Ortak Çerçeve Koşulları Düzenleyen Direktif (99/93/EG sayılı ve 13.12.1999 tarihli Direktif düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. L 013 v. 19.01.2000, sh. 0012-0020).

[13] Yönetmelik düzenlemesi için bkz., http://rega.basbakanlik.gov.tr/Eskiler/2003/06/20030613.htm, (18.10.2003).

[14] Kanun No: 5070, Kabul tarihi: 15.01.2004, 23.01.2004 tarih ve 25355 sayılı R.G.

vermiştir. Böylece, örneğin, internet üzerinden kurulan bir mesafeli sözleşmenin ispatı kolaylaşmış ve tüketicinin de elektronik pazara olan güveni artmıştır.

§ 2. Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasına İlişkin Hukukî Düzenleme

Alman Hukukunda, mesafeli sözleşmeler alanında 2000 yılına kadar gerçekleştirilmiş olan özel bir düzenleme mevcut değildir. Türk Hukukunda olduğu gibi Alman Hukukunda da, bu alandaki kanunî boşluğu doldurmak için, örneğin, internet üzerinden kurulan bir satım sözleşmesinde tüketicinin karşılaştığı hukukî bir sorunu gidermek amacıyla, "kapıdan satış" hükümlerine başvuruluyordu.[15]

Ancak, AT Parlamentosu ile Konseyinin mesafeli sözleşmeleri düzenleyen 97/7/EG sayılı Direktifi'nin 20.05.1997 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte, Almanya'da mesafeli sözleşmeler alanında kanun çalışmalarına başlanmıştır. AT'nin bu Direktifi'nin üye devletlerin iç hukukuna uyarlanması için öngörülen süre, Direktif'in 15. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, her üye devlet, Direktif'in yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 yıl içinde (yani en geç 05.06.2000 tarihine kadar) iç hukukunu bu Direktif ile uyumlaştırmakla yükümlülü kılınmıştır. Alman Hukukunda, "Mesafeli Sözleşmeler ile Tüketici Hukukunun Diğer Sorunları ve Euro Para Birimi Hakkındaki Hükümlerin Uyumlaştırılmasına İlişkin Kanun"

[15] Rüthers/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2002, sh. 268; Kronke, Herbert, "Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR: zur Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie", RIW 1996, sh. 986; Bülow, Peter, "Unsinniges im Fernabsatz", ZIP 1999, sh. 1295; Borges, Georg, "Verbraucherschutz beim Internet-Shopping", ZIP 1999, sh. 130.

(*Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro*) (FernAbsG) 30.06.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak, bu Kanun ile AT Direktifi'nin sadece 1. maddesinden 7. maddesine kadar olan hükümleri düzenlenmiştir. Direktif'in diğer hükümlerine ise, ya Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) ya da diğer özel kanunlarda [özellikle "Genel İşlem Şartları Kanunu"nda (AGB-Gesetz)] yer verilmiştir.[16] Mesafeli sözleşmeleri düzenleyen söz konusu Kanun, 30.06.2000 tarihinden itibaren kurulmuş olan sözleşmeler üzerinde uygulama alanı bulmuştur.

04.06.2000 tarihinde "Federal Adalet Bakanlığı"nca (*Bundesjustizministerium*) hazırlanan "Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun" (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) (SchuldRModG) tasarısında, Borçlar Hukuku alanındaki tüm özel kanunların, bir bütün olarak BGB'ye entegrasyonu üzerinde durulmuştur.[17] Bununla güdülen amaç, insanları Borçlar Hukukuna ilişkin olarak çıkarılmış özel kanunların varlığından haberdar olma zorunluluğundan kurtararak, Borçlar Hukukunu ilgilendiren kanunlar yönünden toplu bir bakış açısı kazandırmaktır.[18] Bu anlamda, günlük iş hayatının normal bir parçası olan Tüketici Hukuku, Borçlar Hukukunun umumi hükümleri kapsamında düşünülmüştür.[19]

Sonuç olarak, Alman Hukukunda SchulRModG, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile birlikte, mesafeli sözleşmeleri düzenleyen özel kanun hükümleri BGB § 312b ff. hükümleri altında düzenlenerek BGB'ye dahil

---

[16] Lütcke, Jens, Fernabsatzrecht, München, Verlag C.H. Beck, 2002, sh. 9.

[17] Micklitz/Tonner, Vertriebsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, sh. 49.

[18] Kanun tasarısı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/6040 sh. 79.

[19] Kanun tasarısı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/6040 sh. 79 ve 91.

edilmiştir.[20] Bu hükümler, 01.01.2002 tarihinden itibaren kurulmuş veya kurulacak olan mesafeli sözleşmelere uygulama alanı bulmuştur. 01.01.2002 tarihinden önceki mesafeli sözleşmeler ile 01.01.2003 tarihine kadar oluşmuş sürekli borç ilişkileri eski kanun hükümlerine tabidir.[21]

§ 3. "Tüketici" Kavramı ve Tüketicinin Korunmasının Nedenleri

I. Genel Olarak

Günümüzde tüketici kavramını açıklayan ortak bir tanıma rastlanmasa da, hakim olan görüşe göre, "tüketici", bir malı veya hizmeti iş sahası dışında sadece kendi kişisel ihtiyaçlarının veya ailesinin ihtiyaçlarının karşılanması için kullanan kişi olarak tanımlanabilir. Bundan başka "tüketici" için, "bir malı veya hizmeti *nihai olarak* özel amaçları doğrultusunda kullanan kişi" tanımıyla da sıkça karşılaşılmaktadır.[22] Tüketici, alım gücüne sahip bir kişi olarak, serbest rekabetin hakim olduğu bir mal piyasasında talepleriyle üretimi yönlendiren pazarın önemli bir aktif aktörüdür. Dolayısıyla da, pazarın işlemesinde etkin olan serbest piyasa ekonomisi sisteminde bir aksaklık olması halinde, tüketicinin pazara olan güveninin

[20] Bkz., Lütcke, sh. 13. Yazar, "ancak, Alman kanun koyucusu tüketiciyi koruyucu özel kanununların hepsini Medeni Kanuna entegre etmemiştir. Uzaktan Eğitime İlişkin Kanun (*Fernunterrichtsschutzgesetz*) ve girişimcinin bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen Bilgi Verme Yükümlülüğüne İlişkin Yönetmelik (*Informationspflichtenverordnung*) kapsam dışı bırakılan uygulamalardır" demektedir.

[21] Lütcke, sh. 14-15.

[22] Bkz., Atasoy/Taşkın/Acar, Tüketiciyi Koruma Hukuku, bs. 2, Ankara, Yargı Yayınevi, 2000, sh. 5.

korunabilmesi ve pazarda tüketimin tekrar teşvik edilebilmesi için tüketicinin korunması kavramı karşımıza çıkmaktadır.[23]

Liberal özel hukuk anlayışında, tüketici kavramını da kapsayan "ideal vatandaş" (*homo oeconomicus*) kavramı benimsenmiştir. Buna göre, tüketici, kendi hukuksal haklarının farkında olan ve içine düştüğü herhangi bir hukukî uyuşmazlıkta başarılı olup olmama ihtimalini gerçekçi olarak değerlendirebilen kişidir.[24]

Hukuk doktrininde ise, tüketici *homo oeconomicus* olarak tanımlanmamış, onu belirleyebilmek için "yapısal bağımlılık" ve "zayıf olan kişi" gibi kavramlar kullanılmıştır.[25] Ancak günümüzde yeni önem kazanan "hukuk ekonomisi görüşü", bu güne kadar süregelen "girişimciler[26] karşısında zayıf olan tüketici" tanımını eleştirmektedir.[27] Bu görüşe göre, tüketici, yalnızca girişimciler arasında rekabetin

---

[23] Atamer, Yeşim, "Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması", IHFM 1996, S. 1-2, cl. 55, sh. 426.

[24] Kind, Sandra, Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information, Berlin, Duncker&Humblot Verlag, 1998, sh. 43.

[25] Özel, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı,Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998, sh. 6.

[26] Tezde, Türk Hukukunun açıklandığı III. bölüm hariç, bir pazarda arz eden konumunda bulunan her gerçek ve tüzel kişiyi (satıcı, hizmet veren, imalatçı ve ticarî işletme gibi) kapsaması bakımından, tüketici sözleşmelerinde tüketiciyle sözleşme kuran sözleşmenin karşı tarafı "girişimci" kavramıyla ifade edilecektir ("Girişimci" kavramının kullanılmasının tercih edilmesinin nedeni için bkz., aşağıda Bölüm I, §4, IV, B, 1, a).

[27] Ayrıntılı bilgi için bkz., Ott, Claus, "Ökonomische Analyse des Verbraucherschutzes", Hamburg, yayımlanmamış; Schäfer, Hans, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Vertragsrechts, (Yayına Hazırlayan, Grundmann, Stefan), Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2000, sh. 559 (*Schäfer*, "Grenzen der Verbraucherschutzes und adverse Effeckte des Europäischen Verbraucherrechts"); Van den Bergh, Roger, Effiziente Verhatenssteurung und

varolmadığı veya iyi işlemediği piyasalarda, yani monopol ve oligapol piyasalarda, girişimci karşısında zayıf olandır. Bu tip piyasalarda, tüketici tercihlerinin çeşitli pazar stratejileriyle yönlendirildiği de düşünülürse, tüketicilerin seçimleri imalatçı tarafından arzedilen mallarla sınırlıdır. Bu durumda, bir mala ihtiyacı olan tüketicinin tercihlerini ürün kalitesini dikkate alarak yapması engellenmektedir.[28]

Serbest piyasa ekonomisinin geçerli olduğu ve iyi işlediği sistemlerde ise, girişimciler arası rekabet asıldır. Rekabetin hakim olduğu mal ve hizmet piyasalarında, sınırlı kaynaklar tüketici talepleri doğrultusunda kullanılmakta ve böylece toplumdaki refah seviyesi arttırılabilmektedir. Serbest piyasa ekonomisi, ayrıca, "tüketim özgürlüğü"nün gerçekleşmesinde ısrarcıdır. Tüketici, arzedilen çeşitli mal ve hizmetler arasından istediğini tercih edebilmelidir. Tüketici ihtiyaçları pazardaki üretimi yönlendirdiğinden, tüketici, girişimci karşısında eşit durumda olandır.[29]

Kooperation im Zivilrecht, (Yayına Hazırlayanlar, Ott/ Schäfer), Mohr Siebeck Verlag, 1997, sh. 77-102 (*Van den Bergh*, "Wer schütz die Verbraucher vor dem Brüsseler Verbraucherschutz?"); Ramsay, Iain, Consumer Law in the Global Economy, Dartmouth Publishing Company-Ashgate Publishing Limited, 1997; Dreher, Meinrad, "Der Verbraucher-Das Phantom in den Opera des europäischen und deutschen Rechts", JZ 1997, sh. 177: Yazar, ayrıca, "korunmaya muhtaç tüketici" kavramı üzerinde durmuş ve Tüketici Hukukuna göre korunan kişilerin hukuk profesörleri gibi *sözde amatör* kişileri de kapsadığına değinmiştir.; Epstein, A. Richard, Simple Rules for a Complex World, Harvard University Press, 1995; Akerlof, G.A., "The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanisms", Quarterly Journal of Economics 84 (1970), sh. 488-500.

[28] Ott, sh. 6-7 (yayımlanmamış).

[29] Heinbuch, Holger, Theorien und Strategien des Verbraucherschutzes, Frankfurt, Peter Lang Verlag, 1983, sh. 41; Ayrıca bkz., Üstünel, Besim, Ekonominin Temelleri, bs. 6, Ankara, Ofset Yayınları, 1994, sh. 74.

Teknolojinin inanılmaz bir hızda gelişimi sonucu türlü nitelikte malların üretilmeye başlanması ve buna ilaveten, tüketicilerin alım gücünün çeşitli kredi olanaklarıyla desteklenmesi, tüketicilerin mallara olan taleplerini de arttırmıştır. Hızla artan tüketici taleplerini, yavaş olan üretimleriyle karşılayamayan girişimciler piyasadan çekilmek zorunda kalmışlardır. Sonuç olarak da, "seri imalat" günümüzde etkin olan üretim methodu haline gelmiştir.[30] Birbirleriyle, daha fazla kâr elde edebilmek için, kıyasıya rekabet eden seri imalatçılar masraflarından kesinti yapmak amacıyla, ürettikleri malların kalitelerine özen göstermek yerine, tüketicilere kötü kalitede mal sunmaya başlamışlardır. İşte bu bakımdan, üstün teknoloji ile üretilen bu malların niteliklerini tam olarak değerlendiremeyen tüketiciler, zayıf konumda olan değil, ama mal ve hizmetler hakkında "*bilgilendirilmeye muhtaç olan*" kişiler olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Malların özellikleri, kullanım alan ve şekilleri, ve tehlikeleri hakkında yeterli derecede bilgilendirilen tüketici, söz konusu ürünler arasından ihtiyacını en iyi karşılayanını seçme ve o malı en etkin biçimde kullanma kabiliyetine sahiptir.[31]

Hukuksal açıdan değerlendirildiğinde, taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin kurulabilmesi için söz konusu tarafların o sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir. Buna ilaveten, ekonomik açıdan

---

[30] Hillermeier, Karl, "Freiheit und Soziale Verantwortung im Vertragsrecht", BB 1976, sh. 725-728.

[31] Ayrıca bkz., Van den Bergh, sh. 80-81: Yazar, "*zayıf konumda olan tüketici belirlemesine dayanılarak yapılan tüketicinin hukuksal pozisyonunun iyileştirilmesine yönelik her düzenleme, piyasadaki malların fiyatlarının artmasına neden olacaktır. Bu durumda, asıl olan tüketicinin korunması sağlanmaya çalışılırken tam tersi bir sonuçla karşılaşılacaktır. Masraflarının artmasından dolayı imalatçı dezavantajlı duruma düşecek, ama mal üzerinde uygulayacağı fiyat artışlarıyla da kendi sorumluluğunu aslında tüketici üzerine yükleyecektir*" demektedir.

değerlendirildiğinde, bir sözleşmenin "eksiksiz bir sözleşme" olarak nitelendirilebilmesi için, tarafların, sözleşmenin kurulması anında, o sözleşmenin uygulanmaya başlanmasıyla karşılaşabilecekleri olası her türlü riskler üzerinde de anlaşmış olmaları gerekmektedir. Bu açıdan, bir riskle karşılaşma tehlikesi olan tarafın, konumuz açısından tüketicinin, sözleşmenin kurulması anında o risk hakkında tam olarak bilgilendirilmesi gerekmektedir. Yeteri derecede bilgilendirilen tüketici, kurmak istediği sözleşmenin avantajları ile sakıncalarını böylece tam olarak değerlendirebilecektir. Tüketici, o sözleşmenin, sakıncalarının, kendisine sağlayacağı faydadan daha fazla olduğu kanısına vardığında ise, o sözleşmeyi kurmaktan ya vazgeçecek ve alternatif başka seçeneklere yönelecek, ya risk altına girmekten çekinmeyecek ya da kabullendiği riskler karşısında ödeyeceği fiyat gibi sözleşmenin diğer esaslı unsurları üzerinde karşı tarafla pazarlığa oturacaktır.[32]

Ancak, günümüzde uygulaması çok olan "genel işlem şartları" gözönünde tutulduğunda, rekabetin iyi işlediği bir piyasada dahi, yeteri derecede bilgilendirilen tüketiciler bakımından yukarıda açıklanan hukukî durum gerçekleşmeyebilir. Girişimciler, rekabetin hakim olduğu piyasalarda, faaliyet alanları açısından yaptıkları sözleşmelerde genel işlem şartlarına başvurarak, özellikle ya ayıba karşı tekeffül nedeniyle üstlendikleri ya da kötü ifadan doğan sorumluluklarını sınırlandırabilmektedirler. Buna ilaveten, bazı girişimciler de, genel işlem şartları yardımıyla masraflarını azaltıp, bunu pazardaki rakiplerini yarış dışı bırakabilmek için fiyatlarına da yansıtmaktadırlar. Böylece o pazarda genel işlem şartları

[32] Schäfer/Ott, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl., Springer Verlag, 2000, sh. 373-375; Ayrıca, olası tüketici tavırları ve dolayısıyla "sözleşme özgürlüğü ve sınırlanması" konusu hakkında bkz., Epstein, sh. 71-90.

öngörmeyen bir başka girişimciyle sözleşme kurma imkanı neredeyse kalmayan tüketicinin ayrıca, söz konusu genel işlem şartlarına karşı da hukuksal yollarla korunma gereği ortadadır.[33]

II. Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunmasının Nedenleri

Yukarıda da kısaca açıklandığı üzere "mesafeli sözleşme", tarafların yüz yüze gelmeksizin, uzaktan haberleşme araçları sayesinde birbirleriyle iletişime geçerek kurdukları mal alım-satımına veya bir hizmetin ifasına ilişkin sözleşmelerdir. Bu anlamda, mesafeli sözleşme, malların veya hizmetlerin "uzaktan pazarlanması"na dair bir üst kavram olup katalog üzerinden yapılan satışlar gibi geleneksel pazarlama yöntemleri sayesinde kurulan sözleşmelerden başka, telefon, fax, televizyon ve internet gibi modern elektronik haberleşme araçlarıyla kurulan sözleşmeleri de kapsamaktadır.[34]

Bu başlık altında, tüketicinin mesafeli sözleşmelerde karşılaşabileceği problemler ilk olarak, sözleşmenin kuruluşuna kadar geçirdiği safhalar, ikinci olarak, hem klasik hem elektronik mesafeli sözleşmelerin ortak özellikleri ve son olarak, elektronik sözleşmelere özgü nitelikler gözönüne alınarak belirlenmeye çalışılacaktır.

---

[33] Ott, sh. 8 (yayımlanmamış).

[34] Wilmer/Hahn, Fernabsatzrecht, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2002, sh. 1; Ayrıca bkz., Freund, Torsten, Deutscher und Internationales Bank- und Wirtschaftsrecht im Wandel, (Yayına Hazırlayanlar, Herrmann/Berger/Wackerbarth), Walter de Gruyter Verlag, 1977, sh. 229-254, (*Torsten*, "Der Vorschlag einer EU-Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz", sh. 229); Borges, sh. 130.

İlk olarak, özellikle ekonomik açıdan değerlendirildiğinde, bir sözleşmenin kuruluşunda üç tür pazar faaliyetinden bahsedilebilir. Bunlar sırasıyla, "bilgi edinme", "uzlaşma" ve "sözleşme" aşamalarıdır. "*Bilgi edinme aşaması*", pazarda varolan tekliflerin tümü hakkında bilgi edinerek, alternatif tekliflerden birini seçmek, "*uzlaşma aşaması*", pazarda söz konusu teklifi yapan örneğin, satıcı ile irade beyanlarının karşılıklı değiş-tokuşu ve "*sözleşme aşaması*", taraf irade beyanlarının birbirine uygun olması halinde hukukî işlemin sonuçlarını doğurmaya başlaması olarak tanımlanmaktadır.[35]

Söz konusu bu üç tür pazar faaliyetine göre, karşımıza ilk, mesafeli sözleşmelerde "*tüketicinin bilgilendirilmesi*" sorunu çıkmaktadır. Gerçekten, mesafeli sözleşmelerin kuruluşu aşamasında *tarafların yüz yüze gelmemesi* nedeniyle, tüketicinin çeşitli yönlerden hukuken risk altına gireceği olasıdır. Tüketici, özellikle kurmak istediği sözleşmenin karşı tarafını tanıma ve satın alacağı malı da elle tutup değerlendirme imkanına sahip olmadığından korunmaya muhtaçtır.[36] Gerekli hukukî korumanın sağlanmaması durumunda, sözleşmenin karşı tarafı olan girişimci, tüketicinin kendisini kişisel olarak tanımaması ve iş adresini de tam olarak bilmemesinden (*yine özellikle internet üzerinden yapılan sözleşmelerde taabiyetin*

---

[35] Leinert, Jens, "Chancen und Risiken elektronischer Marktplätze", http://www.leinert.com/markplatz/index.html, (28.07.2004), sh. 2.

[36] Martinek, Micheal, "Verbraucherschutz im Fernabsatz- Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie", NJW 1998, sh. 207; Köhler, Helmut, "Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping", NJW 1998, sh. 186; Dickie, John, "Consumer Confidence and the EC Directive on Distance Contracts", JCP 1998, Vol. 21, sh. 217: Yazar, mesafeli sözleşmeleri, "karanlıkta yapılan satımlar" olarak tanımlamıştır.

belirtilmediği World-Wide-Web adreslerinde)[37] güç alarak tüketiciyi yanıltıcı bir takım pazarlama yöntemlerine başvurabilmektedir. Bu anlamda, sözleşmenin karşı tarafı hakkında bilgilendirilmeye muhtaç olan tüketici, satıcının, imalatçının veya hizmet verenin yaptığı tekliflerde ne kadar ciddi ve dürüst olduğunu değerlendirmekte zorluk çekmektedir.[38]

Ancak, bir mal ya da hizmet hakkında dürüstçe yeteri kadar bilgilendirilen tüketicinin dahi, örneğin, satın almak istediği bir gömleği, sözleşmenin kurulmasından önce eline alıp değerlendirme imkanı olmadığından, kumaşın özelliği hakkında yanılmış olabileceği her zaman imkan dahilindedir. Girişimcinin bir mal ya da hizmet hakkındaki açıklaması ne kadar ayrıntılı ve doğru olursa olsun, tanımı yapılan mal ya da hizmet, tüketicinin edindiği bilgiler doğrultusunda kendi hayal gücüyle kafasında oluşturduğu mal ya da hizmetin nitelikleriyle her zaman örtüşmeyebilir.[39]

Buna ilaveten, tüketicinin evinden veya işyerinden, başka bir deyişle alışveriş ortamına girmeksizin, herhangi bir uzaktan haberleşme aracını kullanarak yaptığı satım veya hizmet sözleşmelerinde, piyasadaki alternatif ürün veya hizmet

---

[37] Burnstein, Matthew R., "Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace", Vand. J. Transnat. L. 1996, sh. 81-82; Kronke, sh. 985; Leinert, sh. 3; Rothchild, John, "Making the Market Work: Enhancing Consumer Sovereignty through the Telemarketing Sales Rule and the Distance Selling Directive", JCP 1998, Vol. 21, sh. 299.

[38] Artz, Markus, "Hürden auf dem Weg zu einem Fernabsatzgesetz", VuR 1999, sh. 393-394; Ayrıca bkz., Rothchild, sh. 279: Yazar, "*bir girişimci, tele satış yöntemini kullanarak tek bir yerden coğrafi olarak geniş bir tüketici kitlesine kolayca ve ucuz olarak ulaşabilir. Ancak bu yöntemin felaket olarak adlandırılan karanlık tarafı, tüketicileri her yıl milyarlarca dolar dolandırmak için bir hile aracı olarak kullanılmasıdır*" demektedir.

[39] Borges, sh. 134.

fiyatlarından habersiz olacağı için bir fiyat karşılaştırması yapmasındaki güçlük de gözden kaçırılmamalıdır.[40]

Bilginin aktarılması ile ilgili önemli olan bir diğer konu da, özellikle televizyon ve radyoda düzenlenen "tele-satış" (*teleshopping*) programlarıyla, bir mal veya hizmetin tanıtımı sonrası telefon yoluyla yapılan veya internette "elektronik posta", "e-bay" yollarıyla ya da bir malın veya hizmetin reklamının yapılması ve ısmarla tuşuna basılması sonucu kurulan sözleşmelerin, *alışveriş ortamında ulusal sınırların ortadan kalkmasına* neden olmasıdır. Bu anlamda, bilginin aktarılması da, uluslararası boyutta düşünülmelidir. Gerçekten, tüketici, dünyanın neresinde olursa olsun, girişimci tarafından sağlanan doğru ve yeterli bilgilerle ihtiyacını karşılamaya yönelik en iyi mal ya da hizmeti seçebilmeli ve böyle bir ortamda kurulacak bir sözleşmeyle hangi risklerle karşılaşabileceğini önceden saptayabilmelidir.[41]

Ekonomik açıdan değerlendirilen üç tür pazar faaliyetinden ikincisi olan "uzlaşma" safhasında ise; her sözleşmede olduğu gibi, bir mesafeli sözleşmenin de kurulabilmesi ve hukukî sonuçlarını doğurabilmesi için, tarafların birbirine uygun ve karşılıklı *irade açıklamaları* şarttır.[42] Tarafların birbirine varması gereken irade

---

[40] Artz, sh. 394; Ayrıca bkz., Köhler, sh. 186: Yazar, internet üzerinden tek fare tıklamasıyla anında yapılan siparişlerin, tüketicilerin mal ya da hizmeti edinmek konusunda hiç düşünmeden karar vermesine neden olduğu üzerinde durmuştur. Ancak, yazarın bu görüşünün kabul edilmesi imkansızdır. Aklı başında makul bir tüketici, fareyi tıklamak zorunda bırakılmadığı sürece, irade beyanının oluşmasında gerekli araştırmaları yaparak yeteri kadar düşünme imkanına sahiptir.

[41] Wilmer/Hahn, sh. 7.

[42] Türk Hukukunda, genel olarak sözleşmelerde irade açıklamasının rolünü belirten temel prensip BK'nın 1. maddesinde ifade edilmiştir. BK m. 1'e göre, "*iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri taktirde, akit tamam olur*".

beyanlarının hukukî niteliğinin ve dolayısıyla sözleşmenin ne zaman kurulmuş sayılacağının belirlenmesi, özellikle *sözleşmenin hukukî sonuçlarını doğurmaya başladığı anın* tespitinde önemlidir. Bu anlamda, mesafeli sözleşmelerde örneğin, katalogtaki bir teklifin veya internetteki tüketiciyi sipariş vermeye yönlendiren bir mal tanıtımının, icap mı yoksa icaba davet mi olduğu sorusuyla sıkça karşılaşılmaktadır.

Buna ilaveten, mesafeli sözleşmelerde bu alanda ortaya çıkabilecek diğer hukukî sorunlar, özellikle internet üzerinden kurulan elektronik sözleşmelerde kendini göstermektedir. İşte, tüketicinin, bir mal siparişini elektronik posta ile yapması halinde "*söz konusu elektronik postada yanlış verilerde bulunduğu*" farzedilecek olursa, bu siparişiyle bağlanıp bağlanmayacağı; "*tüketicinin elektronik posta şifresinin başkası tarafından kullanılarak*" onun adına siparişte bulunulması halinde, tüketicinin aleyhine doğabilecek hukukî sonuçlar;[43] "*bir elektronik beyanın*", kişi iradesinin yerini tutup tutmayacağı; "*farenin yanlış tıklanması*" halinde, tüketicinin hukukî açıdan bağlanıp bağlanmayacağı; "*internetteki bilginin aktarılmasında hata yapılması*" halinde, hangi hukukî sonuçların doğacağı[44] gibi sorular, gündemde olan konulardandır.

Ekonomik açıdan "sözleşme aşaması" olarak değerlendirilen üçüncü safhada, bir başka deyişle sözleşmenin kurulması ve hukukî sonuçlarını doğurmaya başlaması halinde, özellikle ortaya çıkması olası olan hukukî sorunların çözümünde "*sözleşme*

[43] Hoeren, Thomas (2001), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, (Yayına Hazurlayanlar, Schulze/ Schulte-Nölke), Mohr Siebeck Verlag, 2001, sh. 315-316 (*Hoeren*, "Der Vertragsschluss im Internet und die digitale Signatureinige ungelöste Fragen").

[44] Hoeren/Oberscheidt, "Verbraucherschutz im Internet", VuR 1999, sh. 373; Taupitz/Kritter, "Electronic Commerce - Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet", JuS 1999, sh. 839-840.

üzerinde uygulanacak hukukun tespiti", mesafeli sözleşmeler açısından önem arzeden bir durumdur. Bu anlamda, uluslararası mesafeli sözleşmelerin sayısındaki artış ve çoğu girişimcinin kendi ülke hukukunun uygulanacağına dair söz konusu sözleşmelere koyduğu şartlar, bu konu üzerinde de düşünülmesine yol açmıştır.[45] Tüketicinin, örneğin, bir başka ülke hukukunun sözleşme üzerinde uygulanmasının öngörüldüğü halde, aslında kendisi lehine daha güçlü kurallar öngören kendi ülke hukukunun sözleşmeye uygulanamaması nedeniyle mağdur duruma düşmesi engellenmelidir.

Tüketici, ayrıca, kendi edimini ifada bulunurken genellikle, adresi, telefon numarası veya kredi kartı numarası gibi bilgileri, aslında herkesin eline geçebilecek bir formu doldurarak girişimciye göndermektedir. Tüketicinin bu faaliyetiyle, sözleşmenin ifası için gerekli olan kişisel bilgilerini sadece girişimciye ulaştırmak istediği, buna karşılık, söz konusu bilgilerin başkalarına da teşhirini amaçlamadığı açıktır. Bu nedenle, tüketicinin uzaktan pazarlama yöntemlerini kullanarak sözleşme yapmaya özendirilebilmesinde, onun, kişisel haklarına yapılabilecek saldırılara karşı da korunması gerekmektedir.[46]

İkinci olarak, klasik ve elektronik mesafeli sözleşmelerin ortak sorunlarına gelince, "*tüketici tarafından talep edilmemesine rağmen*" girişimci tarafından tüketiciye mal gönderilmesi hususu[47] hem klasik, hem de elektronik mesafeli

---

[45] Micklitz, Hans W., "Der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz", VuR 1993, sh. 131.

[46] Bu konudaki düzenleme için bkz., ABl. Nr. C 23 v. 28.01.1999, sh. 0001-0003; Ayrıca bkz., ABl. Nr. L 144 v. 04.06.1997, sh. 0022 (Erwägungsgrund Nr. 17).

[47] Reich, Norbert, "Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz", EuZW 1997, sh. 581.

sözleşmelerde sıkça karşılaşılaşılan bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda tüketicinin ne yapması gerektiği, malı alıp kullanmakla o malı gönderene karşı herhangi bir borç altına girip girmediği, eğer malı kullanmakla bir borç altına girecekse, gönderilmesini talep bile etmediği söz konusu malı geri gönderme yükümlülüğü altında olup olmadığı ve iade etme masrafını kendi cebinden ödeyip ödemeyeceği v.b. hukukî sorulara cevap verecek düzenlemeler de yapılmalı ve bu yolla tüketicinin kendi haklarının bilincine varması sağlanarak saldırgan pazarlama yöntemlerine karşı korunmalıdır.[48]

Son olarak, elektronik mesafeli sözleşmelere özgü diğer sorunlar, girişimcinin tüketiciyi rahatsız eden "*telefon, fax ve elektronik posta reklamları*",[49] elektronik yolla tüketiciye iletilen "*bilginin kalıcı nitelikte olmaması*",[50] şekil şartı olarak "*elektronik imzanın hukukî geçerliliği*" ve "*elektronik sözleşmenin ispatı*"[51] olarak sıralanabilir.

İşte, elektronik mesafeli sözleşmelere özgü bu konular hakkında da hukukî düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir. Gerekli hukukî korumanın sağlanmasıyla, tüketicinin yeni elektronik ortamda yapılan sözleşmelere güveni sağlanabilecektir.

[48] Bu konudaki düzenleme için bkz., ABl. Nr. L 144 v. 04.06.1997, sh. 0022 (Erwägungsgrund Nr. 5 ve 16).

[49] Freund, sh. 239.

[50] Bu konudaki düzenleme için bkz., ABl. Nr. L 144 v. 04.06.1997, sh. 0021 (Erwägungsgrund Nr. 13).

[51] Hoeren/Oberscheidt, sh. 374.

Böylece, tüketici, yeni teknoloji olanaklarını kullanarak mal alımına veya hizmet edimine teşvik edilecek ve dolayısıyla da, elektronik pazar kolayca gelişebilecektir.[52]

[52]http://www.bmj.bund.de/ger/service/reden_und_interviews/10000132/?sid=71e40553af2986691e7b08090bcb2636, (14.08.2003), sh. 4-5; Ayrıca bkz., Marx, Claudius, "Nicht nur im Internet: Harmonisierter Verbraucherschutz im Fernabsatz", WRP 2000, sh. 1227: Yazar, "*tüketicinin her türlü uzaktan pazarlama yöntemine olan güveninin sağlanması tamamen girişimcinin yararınadır*" demiştir.

I. BÖLÜM

AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKUNDA MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

§ 4. 97/7/EG Sayılı ve 20.05.1997 Tarihli Tüketicinin Mesafeli Sözleşmelerde Korunmasına Yönelik Avrupa Topluluğu Direktifi (Direktif)

I. Genel Olarak

Özellikle "yeni medya"nın bir parçası olarak tüketicinin korunması düşüncesi ilk olarak, 1986 yılında AT Konseyinin bir kararında[53] öne sürülmüş ve daha sonraları Konseyin bu kararı, AT Komisyonunca da tartışılmaya başlanmıştır.[54]

[53] AT Konseyinin ilgili kararı için bkz., ABl. Nr. C 167 v. 05.07.1986, sh. 0001-0002.

[54] Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın (AET) 95. maddesine (eski m. 100a) göre, AT Konseyi, AET'nin 251. maddesi (eski m. 189b) doğrultusunda hareket ederek, "topluluk pazarının gelişimi ve işleyişi ile ilgili olan üye devletlerin iç hukuklarındaki hükümleri uyumlaştırıcı" düzenlemelere gider. AET m. 251'de, bir direktifin çıkarılmasındaki prosedür belirlenmiştir. Buna göre, ilk olarak, AT Komisyonunun ilgili yönde bir teklif yapması ve bu teklifini AT Parlamentosu ile Konseyine sunması gerekmektedir. Söz konusu direktifin çıkarılabilmesi için daha sonraki aşamalarda ise, özetle, AT Parlamentosu ile Konseyinin aynı yöndeki kararına ihtiyaç vardır (Daha ayrıntılı bilgi için bkz., AET m. 251).

Bu yönde, AT Komisyonu, 20.05.1992 tarihinde AT Parlamentosu ile Konseyine mesafeli sözleşmeler alanındaki direktif önerisinin ilk tasarısını[55] sunmuştur.[56]

Ayrıca, üye devletlerden, iç hukuk düzenlemelerini ve gelecekte teknolojinin söz konusu yeniliklerini kullanma olanaklarını değerlendiren görüşlerini bildiren birer rapor hazırlamaları da, yine AT Komisyonunca talep edilmiştir. Yapılan çalışmaların sonunda, altı tane rapor toplanmıştır.[57] İşte, toplanan bu raporların da değerlendirilmesi sonucu, üye devletlerin görüşlerini dikkate alan AT Komisyonu, değişik ikinci direktif önerisi taslağını, 07.09.1993'de sunmuştur.[58]

AT Komisyonu söz konusu direktif önerisi taslaklarında amacını kısaca, mesafeli sözleşmelerde genel çerçeve kurallar öngeren bir direktifin çıkarılması olarak belirlemiştir.[59]

AT Komisyonunun değiştirilmiş direktif önerisini değerlendiren AT Parlamentosu, kendi görüşünü içeren kararını 26.05.1993 tarihinde AT Konseyine bildirmiştir.[60] Ancak, AT Konseyinin bu konudaki farklı ortak görüşünü[61] açıklaması

---

[55] Bu konudaki düzenleme için bkz., ABl. Nr. C 156 v. 23.06.1992, sh. 0014.

[56] Willingmann, Armin, "Auf dem Weg zu einem einheitlichen Vertriebsrecht für Waren und Dienstleistungen in der Europäischen Union-Die Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (97/7/EG)", VuR 1998, sh. 396.

[57] Almanya'nın görüşünü bildiren rapor için bkz., Micklitz/Tonner, "Consumer Protection and Distant-Selling in Federal Republic of Germany", (Typoskript, Berlin, März 1993) (Micklitz, sh. 130, dpn. 7'den naklen).

[58] Bu konudaki düzenleme için bkz., ABl. Nr. C 308 v. 15.11.1993, sh. 0018.

[59] Micklitz, sh. 130.

[60] AT Parlamentosunun ilgili görüşü için bkz., ABl. Nr. C 176 v. 28.06.1993, sh. 0095.

[61] AT Konseyinin ilgili ortak görüşü için bkz., ABl. Nr. C 288 v. 30.10.1995, sh. 0001.

üzerine AT Parlamentosu, direktif önerisinde yeni bir değişiklik yapılması talebinde bulunmuştur.[62]

İşte, AT Komisyonu, Parlamentosu ve Konseyinin söz konusu karşılıklı çalışmaları sonucu, Direktif, en nihayet 17.02.1997 tarihinde kabul edilmiş ve 04.06.1997'de yürürlüğe girmiştir.

Yürürlüğe girme tarihinden itibaren en geç üç yıl içinde üye devletlerce benimsenmesi gereken bu Direktif'in en önemli özellikleri kendisini, "girişimcinin sözleşme öncesi tüketiciye bilgi verme yükümlülüğü"nü ve sözleşmenin kurulması sırasında malı eline alıp da değerlendirme veya karşı tarafın hizmetinin niteliklerini tam olarak gözünde canlandırma imkanı olmayan tüketicinin "sözleşmeden dönme hakkı"nı[63] düzenlemesinde göstermektedir. Direktif'de düzenleme alanı bulan diğer önemli konular ise özetle, girişimcinin edimini ifası süresine, malın veya hizmetin bedelinin ödenmesinde kullanılan kartın haksız kullanımına ve siparişi verilmeyen mal ya da hizmetin ifasına ilişkin olanlardır.[64]

---

[62] AT Parlamentosunun direktif önerisinde değişiklik yapılmasına yönelik talebi için bkz., ABl. Nr. C 17 v. 22.01.1996, sh. 0051.

[63] Direktif'de "geri alma hakkı" olarak adlandırılan hakkın, tezde hukukî niteliği itibariyle "sözleşmeden dönme hakkı" olarak tanımlanması yoluna gidilmiştir (Bkz., aşağıda Bölüm I, §4, IV, D, 1).

[64] Rothchild, sh. 297.

II. Mesafeli Sözleşmelerin Direktif ile Düzenleniş Nedenleri

Direktif'de yer alan kıstaslar gözönüne alınacak olursa, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasında AT'ye özgü en önemli ve tek nedenin "Topluluk pazarı"nı[65] (*Binnenmarkt, internal market*) sağlamak olduğu hemen dikkati çekmektedir. Topluluk pazarı deyimi, Topluluğa üye devletler arasındaki ulusal sınırların önemini yitirdiğini göstermekte ve Toplulukta malların, hizmetlerin, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımını ifade etmektedir. AT Komisyonu, malların ve hizmetlerin üye devletler arasındaki serbest dolaşımının sadece ticarî işleri kapsamadığını, bunun dışında "sade vatandaşın" da, dolayısıyla tüketicinin de, bu kavramın içinde düşünülmesi gereğini öne sürmüştür. Buna göre, bir malı veya hizmeti bir başka devletin sınırları dahilinde bulunan bir girişimciden edinen tüketici, yine o devletin tüketicileriyle aynı statüde değerlendirilmelidir.[66]

Özellikle Euro ortak para biriminin Topluluğa üye devletlerin çoğunluğunca benimsenmiş olması ve bir girişimcinin, ileri teknolojik medya araçları yardımıyla

---

[65] Aslında "iç pazar" olarak adlandırılması gereken söz konusu kavramın tezde, kavram kargaşasını önlemek amacıyla, "Topluluk pazarı" olarak tanımlanması tercih edilmiştir. Şöyle ki, "Avrupa Birliğini Kuran Antlaşma" ile, "Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma"nın adı, "Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma" (AET) olarak değiştirilerek, bu Antlaşma'da ayrıca "iç pazar" deyimine de yer verilmiştir. Ancak, daha önceden kullanılan ve Antlaşma'da halen varlığını koruyan "ortak pazar" kavramının kullanılmasına da son verilmemiştir. Aslında bu iki kavramın birbirinden farklı olmadığını ileri süren "görüş"e katılmak yerinde olacağından (Bkz., Tekinay/Tekinay/Atamer vd., sh. 13), tezde bundan sonra "Topluluk pazarı" deyiminin kullanılması uygun görülmüştür.

[66] Bu konudaki düzenleme için bkz., ABl. Nr. L 144 v. 04.06.1997, sh. 0019 (Erwägungsgrund Nr. 2 ve 3).

mal ve hizmetlerini dünya çapında tanıtıma sunabilmesi ve satabilmesi, Topluluktaki mesafeli sözleşmelerin sayısında önemli bir artışa neden olmuştur. Bunun yanında mesafeli sözleşmeler alanında Topluluğa üye devletlerce benimsenmiş ortak hukuk kurallarının yokluğu ise, tüketicilerin Topluluk dahilinde aynı şartlarda alışveriş yapma olanaklarını sınırlamıştır. Tüketicilerin Topluluk sınırları içerisinde eşit şartlarda alışveriş yapmalarını veya hizmet edinmelerini engelleyen üye devletlerin iç hukuk düzenlemeleri, Topluluk pazarında faaliyette bulunan girişimciler arasındaki rekabeti de olumsuz yönde etkilemektedir.[67] Bu nedenlerle, üye devletlerin mesafeli sözleşmeler alanında iç hukuk düzenlemelerindeki farklılıkların tüketiciler lehine ortadan kaldırılması ve aynı zamanda, Topluluk pazarında mal ve hizmet sunan girişimciler için de tek tip faaliyet şartlarınının çerçeve niteliğinde düzenlenmesi gerekmektedir.[68] Toplulukta bu yönde yapılacak gerekli düzenlemeyle, üye devletlerin mesafeli sözleşmeler alanındaki farklı hukuk kuralları uyumlaştırılacak ve bir bakıma Topluluk tüketicilerinin hukukî güvenliği temin edilecektir. Böylece, tüketici, örneğin uzaktan siparişini verdiği bir mal alımına ilişkin sözleşmeyi daha sonraki bir hukukî uyuşmazlıkta nasıl ispat edeceği, sözleşmenin karşı tarafı ve edineceği mal veya hizmet hakkında en azından hangi bilgileri edinmesi gerektiği, Toplulukta devlet sınırlarının önemini yitirdiği "*sözde uluslararası bir sözleşme*"de[69]

---

[67] Bu konudaki düzenleme için bkz., ABl. Nr. L 144 v. 04.06.1997, sh. 0019-0020 (Erwägungsgrund Nr. 4).

[68] Willingmann, sh. 395-396.

[69] AT'de malların, hizmetlerin, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımı anlamına gelen Topluluk pazarı ilkesiyle birlikte, üye devletler arasındaki ulusal sınırların önemini yitirdiği düşünülmüş ve dolayısıyla da, bu üye devlet vatandaşları arasındaki sözleşmeleri ifade etmek üzere "sözde uluslararası sözleşme" kavramı kullanılmıştır.

hangi devlet hukukuna tabi olacağı ve özellikle elektronik ortamda yapılan sözleşmeler açısından nelerin sözleşmenin karşı tarafının imzası yerine geçebileceği gibi sorulara cevap bulabilecektir.[70]

Mesafeli sözleşmeler alanında üye devletlerin iç hukuklarında farklı düzenlemelere gidilmesinin bir başka sakıncası da, Topluluk pazarında mal ve hizmet sunan girişimcilerin bu farklı hukukî düzenlemelerden yararlanarak tüketici aleyhine ve hatta kendi aralarındaki rekabeti zedeleyecek bir takım işlemlerde bulunabilmeleridir. Pazarda böyle bir tehlikeyle karşılaşma olasılığı, özellikle söz konusu girişimcinin kimliğinin belirlenemediği ve iş adresinin tam olarak saptanamadığı durumlarda büyüktür. İşte bu bakımdan da, Topluluk Hukukunca getirilecek yeni düzenlemelerle, tüketicinin hukukî güvenliğinin temin edilmesi ve buna ilaveten, kurulan sözleşmenin ifa edilmemesi halinde ise, tüketiciye daha önceden ödediği bedelin iade edileceği garantisinin verilmesi, Direktif'in kabul edilmesinin nedenlerindendir.[71] Böylece, özellikle elektronik ortamda kurulan sözleşmelerde, kendini hukukî yönden eksik hisseden ve yine böyle bir ortamda gerçekleştirilen ödeme işlemlerine karşı güveni olmayan tüketicinin Topluluk pazarına olan güveni sağlanacaktır. Sonuç olarak, tüketicinin yeni medya araçlarını kullanarak bir satım veya hizmet sözleşmesi kurması teşvik edilmiş olacak ve pazardaki iş gücü hızla artacaktır.[72]

Yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü, her bir üye devlet, kendi iç mevzuatında mesafeli sözleşmeler alanında herhangi bir hukukî düzenlemeye

[70] Micklitz, sh. 131.

[71] Micklitz, sh. 131.

[72] Rothchild, sh. 297; Marx, sh. 1228.

gitmeden önce, üye devletlerin bu yönde benimsemeleri gereken *ortak asgari hukukî kurallar* Topluluk Hukukunca düzenlenmelidir.[73] İşte Direktif, bu alanda seçilen söz konusu temel uyumlaştırma aracı olarak karşımıza çıkmaktadır.

III. Direktif Hükümlerinin Hukukî Niteliği ve Bu Hükümlerin Uluslararası Mesafeli Sözleşmeden Doğacak Hukukî Uyuşmazlıkta Uygulama Alanı Bulması

A. Genel Olarak

Direktif m. 15'de, Topluluğa üye devletlerin iç hukuk düzenlemelerini bu Direktif'in yürürlüğe girmesinden itibaren üç yıl içinde Direktif ile uyumlaştırmaları öngörülmüştür. Ancak, üye devletlerin Direktif hükümleri ile ne derece bağlı oldukları ve bu Direktif hükümlerinin benimsenmemesi halinde ne gibi sorumluluklarının doğacağı Direktif'de belirtilmediğinden, bu husus, ilk olarak açıklanması gereken soruların başında gelmektedir.[74]

---

[73] Reich, sh. 582.

[74] Ayrıca, uluslararası mesafeli sözleşmelerde, hangi hukukun uygulanacağı üzerinde durulacaktır. Örneğin, tüketicinin, internet üzerinden yaptığı bir mal veya hizmet sözleşmesinin bedelini yabancı olan sözleşmenin karşı tarafına ödeyip, karşı tarafın ayıplı ifada bulunması halinde ödediği bedelin iadesini talep etmesi dolayısıyla çıkacak hukukî bir uyuşmazlıkta, hangi devletin hukukunun uygulanacağı, özellikle Türkiye'de bulunan bir girişimcinin, AT'de ikamet eden bir tüketiciyle kuracağı sözleşmedeki sorumluluklarının bilincine varabilmesi açısından incelenmesi gereken önemli konulardan birisidir. Türk Hukukunda mevcut Direktif'den farklı veya tüketiciyi koruyucu yönden Direktif hükümlerine göre eksik olan düzenlemelerin, bu tip bir sözleşmede Türk girişimcisinin zarara uğramasına yol açıp açmayacağı ya da Türk Hukukunun bu tip bir sözleşme üzerinde uygulanmasının taraflarca kararlaştırılmış olması halinde Direktif'in sözleşme üzerinde

B. Direktif Hükümlerinin Hukukî Niteliği

1. Üye Devletlerce Benimsenmesi Açısından Direktif Hükümlerinin "Asgari Düzeyde Koruyucu Kurallar" (Mindestklauseln, Minimal Clause) Öngörmesi

Direktif m. 14'de, üye devletlerin mesafeli sözleşmeler alanındaki iç hukuk düzenlemelerini yaparken Direktif hükümlerini kendilerine temel almaları, ancak dilerlerse Direktif hükümlerine nazaran tüketiciyi daha üst düzeyde korumayı amaçlayan kurallar öngörebilecekleri düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle, üye devletler, en az bu kurallar ile getirilen oranda kendi mevzuatlarında tüketiciyi koruyucu önlemleri almak şartıyla, Direktif hükümlerini tıpa tıp uygulamak zorunda değildir. Ayrıca, yine Direktif m. 14 gereği gözden kaçırılmaması gereken diğer bir husus da, üye devletlerin, belirli birtakım mal ya da hizmetlerin mesafeli sözleşmeler yoluyla pazarlanmasını yasaklayabilecekleridir.[75]

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında, Direktif'in, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması açısından sadece genel çerçeveyi çizmiş ve pazarda tüketicinin en etkin şekilde korunabilmesi açısından bu çerçevenin içinin doldurulmasını üye devletlere bırakmış olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir. Üye devletler, bu alandaki

---

yine de herhangi bir etkisinin olup olmayacağı gibi sorular bu bağlamda önem arz etmektedir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda Bölüm I, §4, III, C).

[75] Freund, sh. 235; Rowe, Heather, "Electronic Commerce and Consumers", I.B.L. 1998, sh. 166; Ayrıca, AT direktif hükümlerinin kural olarak asgari düzeyde koruyucu kurallar öngörmesinin değerlendirilmesi konusunda bkz., Taschner, Hans C., 7. Bonner Europa-Symposion, Mindestharmonisierung im Binnenmarkt (Vorträge) 1996, Teil 2, sh. 26-28 (*Taschner*, "Mindestharmonisierung im Verbraucherschutzrecht").

kendi örnek niteliğindeki somut davalarını da gözönüne alarak, iç hukuk mevzuatlarında gerekli düzenlemelere gidebileceklerdir.

2. *Direktif Hükümlerinin Emredici Niteliği*

Direktif m. 12/1'de, Direktif hükümlerinin emredici olduğu belirtilmiştir. Direktif m. 12/1'e göre, tüketiciler, Direktif hükümlerinin kendi ülkelerinin iç hukukuna aktarılması ile birlikte bu kurallarla bağlıdırlar ve bu kurallarla kendilerine tanınan haklardan feragat etmeleri mümkün değildir. Ayrıca, tüketicinin ve sözleşmenin karşı tarafının anlaşma yoluyla bu hükümleri değiştiremeyecekleri de, Direktif hükümlerinin emredici nitelikte olmasının bir sonucudur.[76]

3. *Direktif Hükümlerinin Üye Devletlerce İç Hukuka Aktarılmaması Halinde Bir Mesafeli Sözleşme Üzerinde Uygulanabilirliği*

Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın (AET) 249. maddesinde (eski m. 189),[77] AT Parlamentosunun AT Konsey ve Komisyonu ile birlikte hareket ederek Topluluk Hukukunu ilgilendiren konularda direktif düzenleme yetkisi ve düzenlenen

---

[76] Reich, sh. 587: Yazar, ayrıca, bir yanlış anlamayı önlemek amacıyla, tüketicilerin, kendi ülkelerince benimsenmedikçe, Direktif hükümlerine doğrudan başvuramayacakları ve dolayısıyla, Direktif hükümlerin emrediciliğinin, yalnızca üye devletlerce benimsenmeleri halinde söz konusu olduğu üzerinde durmuştur. Bu anlamda, direktif hükümlerinin "dolaylı etkisi" (*Indirektwirkung, indirect effect*) için bkz., aşağıda Bölüm I, §4, III, B, 3, sh. 33.

[77] Bu Antlaşma, "Roma Antlaşması" veya "Ortak Pazar Antlaşması" olarak da adlandırılmaktadır (Bkz., Tekinalp/Tekinalp/Atamer vd., sh. 68).

direktiflerin üye ülkeleri ne derece bağlayacağı konuları düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, Toplulukta düzenlenen bir direktifin hükümlerinin, bir üye ülkenin vatandaşları üzerinde uygulanabilmesi için, ilk önce o ülke hukukunun iç mevzuatına aktarılmış olması şarttır. Bu durumda çözüme kavuşturulması gereken sorun, Topluluğa üye bir ülkenin direktif hükümlerini iç hukukuna aktarmamış olması halinde, o ülke hukukuna tabi olanların Toplulukça belirlenen direktif hükümlerinden yararlanamaması nedeniyle söz konusu ülkeye uygulanacak bir yaptırımının olup olmadığıdır. Bu sorunun cevaplanabilmesi için öğreti tarafından benimsenen, "birincil hukuk" (*Primärrecht, primary legislation*) ve "ikincil hukuk" (*Sekundärrecht, secondary legislation*) ayrımına kısaca değinmekte yarar vardır.

Birincil hukuk, Topluluğun kuruluş anlaşmalarından ibaret olup, üye ülkeler üzerinde olduğu gibi, üye ülkelerin "vatandaş"larına[78] da "doğrudan uygulanan" (*direkte Anwendbarkeit, direct applicability*) hukuku ifade eder.[79] Bu anlamda, üye ülke vatandaşlarını "doğrudan etkileyen" (*Direktwirkung, direct effect*) birincil hukuk kaynaklarının, üye devletlerin iç hukuk mevzuatlarınca benimsenmesi gibi bir önceliği yoktur. Bir başka ifadeyle, üye ülke vatandaşları, kendilerine birincil hukuk kaynaklarıyla sağlanan hakları, kendi ülkelerinde o konuda herhangi bir iç hukuk düzenlemesine gerek olmadan kendi milli mahkemeleri önünde öne sürebileceklerdir.[80]

---

[78] Tekinalp/Tekinalp/Atamer vd., sh. 68: Yazar, birincil hukukun üye ülkelerde ikamet edenlere de doğrudan uygulanacağı üzerinde durmuştur.

[79] Tekinalp/Tekinalp/Ataman vd., sh. 67-68.

[80] Ancak, bir hukukî düzenlemenin doğrudan etkili olarak (*Direktwirkung, direct effect*), üye ülke vatandaşlarınca kendi ülkelerinin milli mahkemeleri önünde ileri sürülebilmesi için, Avrupa Adalet Divanı'nın belirlediği üç kriter gözden kaçırılmamalıdır: Buna göre, söz konusu hukukî

İkincil hukuk ise, AT'nin organları tarafından konulan, üye devletler üzerinde kural olarak doğrudan uygulanan "tüzük" (*Verordnung, regulations*) ile üye devletleri hukukî açıdan bağlayan ama üye devlet vatandaşları üzerinde doğrudan etkili olmayan "direktif" (*Richtlinie, directive*) ve "kararlar" (*Entscheidungen, decisions*), ve bunlara ilaveten, üye devletleri hukukî yönden hiçbir şekilde bağlamayan "tavsiye" (*Empehlungen, recommandations*) ve "görüş"leri (*Meinungen, opinions*) kapsar. Üye ülkelerin, Topluluk direktifleri ile hukukî yönden bağlı olmaları, bu direktifleri kendi iç hukuk düzenlemelerine yansıtmak yükümlülüğü altında olmalarıyla açıklanabilir. Yalnızca üye ülkelerin iç hukuk düzenlemeleriyle uyumlaştırdıkları direktif hükümleri, üye ülke vatandaşlarınca kendi milli mahkemeleri önünde ileri sürülebilir. Bu bakımdan, Topluluk direktiflerinin üye ülke vatandaşları üzerinde "dolaylı etkisi" (*Indirektwirkung, indirect effect*) vardır.

Ancak, yukarıdaki "dolaylı etki" belirlemesi, vatandaşların, Topluluk direktiflerinin ülkelerince benimsenmemesi veya yetersiz benimsenmesinden dolayı bir zarara uğramaları halinde tamamen mağdur durumda kalacakları olarak anlaşılmamalıdır. Böyle bir durumda, bir AT direktifinde üye devletlere o direktifi benimsemeleri için verilen azami süre, üye devletlerin sorumluluğunun doğumu açısından büyük öneme sahiptir. Bir direktifte belirlenen sürenin geçmiş olmasına rağmen, halen o direktifi benimsememiş olan bir üye devletin vatandaşları, direktifin

---

düzenlemenin 1) açık ve yorum kargaşasına yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olması, 2) herhangi bir koşul öngörmemesi ve 3) uygulanmasının Topluluk ya da ulusal yetkili kişilerin herhangi bir başka faaliyetine bağlı olmaması şarttır (Avrupa Adalet Divanı'nın ilgili kararı için bkz., *Case 2/74: Jean Reyners v Belgian State*, Rep. of Cases bef. the Court 1974, sh. 659-661); Ayrıca bkz., Cavendish Law Cards, sh. 23.

benimsenmemiş olmasından dolayı uğradıkları zararlarının tazminini kendi devletlerinden talep etme hakkına sahiptirler.[81]

C. Direktif Hükümlerinin Uluslararası Mesafeli Sözleşmeden Doğacak Hukukî Uyuşmazlıkta Uygulama Alanı Bulması

1. Genel Olarak

Direktif m. 12/2'de, bir mesafeli sözleşme üzerinde bir üçüncü ülke hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçilmesi halinde, AT, tüketicilerinin Direktif hükümlerinin koruyucu düzenlemesinden yine de yararlanabilmelerini sağlamak amacıyla, Topluluğa üye ülkelerin gerekli önlemleri kendi iç hukuk mevzuatlarında

[81] EuGH v. 19.11.1991, NJW 1992, sh. 165-167; *Case 148/78: Pubblico Ministerio v Tulli Ratti*, Rep. of Cases bef. the Court 1979: Devletin bu tür bir tazminat sorumluluğunun varlığı, AT Hukukunda direktifin "dikey doğrudan etkisi" (*vertikale Direktwirkung, vertical direct effect*) olarak adlandırılmıştır. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken nokta, zararı tazmin etme sorumluluğunun üye devlete yüklenmiş olmasıdır. Üye devlet iç mevzuatınca benimsenmemiş bir direktiften dolayı, o devletin vatandaşlarına herhangi bir sorumluluk yüklenemez. Aksi halde, böyle bir sorumluluk, direktiflerin "yatay doğrudan etkisi" (*horizontale Direktwirkung, horizontal direct effect*) olacağı anlamına gelir ki, *Marshall v Southampton…(1986)* davasında, AT Adalet Divanınca direktiflerin bu tip bir etkisi olmadığı açık olarak karara bağlanmıştır (AT Adalet Divanı'nın ilgili kararı için bkz., *Case 152/84:M.H. Marshall v Southhampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, ECR 1986, sh.748-749); Ayrıca, daha ayrıntılı bilgi için bkz., Cavendish Law Cards, sh. 23-31; Oehlert, Sebastian, "Harmonisierung durch EG-Richtlinien: Kompetenzen, Legitimation, Effektivität", JuS 1997, sh. 317-322.

koyacakları hükümlerle alabilecekleri düzenlenmiştir.[82] Direktif m. 12/2'de ayrıca, söz konusu mesafeli sözleşmenin bir veya birden çok üye ülkeyle olabilecek yakın bağlantısı, bu tip bir korumanın alanının saptanması için şart koşulmuştur.

Direktif'in bu maddesi ile ifade edilmek istenen, Direktif'in mesafeli sözleşmeler üzerindeki hukukî bağlayıcılığının, sadece üye ülkeler arasındaki uluslararası sözleşmelerle sınırlı kalmayacağıdır. Topluluğa üye olmayan üçüncü

---

[82] Direktif düzenlemesinden ayrı olarak, uluslararası tüketici sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuku belirleyen çeşitli milletlerarası özel hukuk düzenlemelerine bakıldığında, hepsinin temelinde yatan düşünce, "*bilgi yönünden zayıf olan tüketiciyi*" korumaktır. Bu anlamda, tüketicinin korunması açısından, *tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlememiş olmaları halinde*, sözleşmeden doğacak bir hukukî uyuşmazlıkta onun mutad mesken hukukuna öncelik veren milletlerarası özel hukukunun "objektif bağlama kuralı", *kamu düzeni* ve *doğrudan uygulanan kurallar* olmak üzere iki yönden sınırlandırılmıştır. Kamu düzeninin söz konusu olduğu hallerde, maddî hukuk adaleti milletlerarası özel hukuk adaletinden üstün tutulmuştur. Bu nedenle, kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenen yetkili hukukun bir tüketici sözleşmesine uygulanacak hükümleri, kamu düzenini sarsacak nitelikteyse, o sözleşme üzerinde uygulama alanı bulmayacaktır. Doğrudan uygulanan kuralların varlığı halinde ise, taraflar arasında çıkan hukukî uyuşmazlığa uygulanacak hukuk, ülkenin maddî hukuk düzenince belirlenmiştir ve bu nedenle, kanunlar ihtilafı kurallarının olaya uygulanmasına gerek yoktur. Bu durumda, taraflar arasındaki hukukî uyuşmazlığa uygulanacak kurallar, söz konusu düzenlemeye giden ülkenin doğrudan uygulanan kurallarıdır (Bkz., Akıncı, Ziya, Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara, Dokuz Eylül Universitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1992, sh. 54-57). Tezin konusu açısından burada üzerinde durulması gereken nokta, tüketicinin korunması hakkındaki kuralların Türk Hukukunda *doğrudan uygulanan kurallar* niteliğinde olması, Alman Hukukunda ise, Direktif hükümleri doğrultusunda düzenlenen söz konusu kuralların *kamu hukuku karakterli* olup olmadığı yolunda tartışmaların olmasıdır (Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Atamer, sh. 439-444).

ülke girişimcilerinin ("yabancı girişimci") Topluluk tüketicileriyle yapacakları bir mesafeli sözleşmede, AT'nin bu Direktifi ile getirilen tüketiciyi koruyucu düzenlemelerini dikkate almamaları, kendilerinin ileride risk altına girmelerine neden olabilecektir. Örneğin, Direktif'de öngörülen "bilgi verme yükümlülüğü"nü tam olarak yerine getirmeyen "yabancı girişimci", tüketiciye tanınan sözleşmeden dönme hakkı süresinin kendi aleyhine uzamasına neden olacak ve buna ilaveten, AT'ye üye söz konusu ülkenin milli hukukunu ihlal ettiğinden onun sözleşmeden dolayı sorumluluğu doğabilecektir.[83]

Ancak, Direktif m. 12 hükmü dikkatle incelendiğinde, *sözleşme taraflarının uygulanacak hukuku* ***seçmemeleri*** *halinde*, hangi ülke hukukunun sözleşme üzerinde etkili olacağının belirtilmediği görülmektedir. Bu durumda, yani mesafeli sözleşmenin iki üye ülkenin vatandaşları tarafından kurulmuş olması halinde, Direktif o ülkelerin iç hukuk mevzuatlarınca benimsenmiş olacağından tüketici Direktif'in belirlediği asgari korumadan yararlanacak ve dolayısıyla da herhangi bir hukukî sorunla karşılaşılmayacaktır.[84]

---

[83] http://www.haledorr.com/publications/pubsdetail.asp?ID=g136122001, (09.07.2003). Ayrıca, söz konusu durum Türk Hukuku yönünden ele alındığında, Türkiye'nin mesafeli sözleşmeler hakkındaki bu Direktif hükümlerini kendi milli hukukunda yapacağı düzenlemelerde dikkate alması, Türk tüketicilerinin yararına olduğu kadar, uzaktan haberleşme araçlarını kullanarak mal veya hizmet sunan Türk girişimcilerinin de yararına olacaktır.

[84] Konumuz açısından, Türk Hukukunun da, Direktif karşısında bir uluslararası mesafeli sözleşmede uygulanabilir olup olmadığını saptamak amacıyla, *üye ülke tüketicisinin Topluluğa üye olmayan bir üçüncü ülke girişimcisi ile yaptığı mesafeli sözleşmeler* ayrıntılı olarak incelenecektir (Bkz., aşağıda Bölüm I, §4, III, C, 2).

Bir üye ülkenin tüketicisinin, yabancı girişimciyle temasa geçerek yaptığı uluslararası bir mesafeli sözleşmede, *tarafların uygulanacak hukuku* ***belirlemiş*** *olmaları halinde ise*, Direktif'in 12. maddesindeki düzenlemeye rağmen yine de hukukî bir belirsizlik söz konusudur. Maddede getirilen, "sözleşmenin bir veya birden çok üye ülkenin sınırları ile olan yakın bağlantısı olması koşulu" ibaresi ile ifade edilmek istenenin ne olduğu ve sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyen taraf iradelerini geçersiz kılmaya yönelik Direktif'in bu maddesinin, milletlerarası özel hukukun hangi kriterlerini gözönüne aldığı sorularını açıklığa kavuşturmak için, *tarafların üçüncü bir devletin hukukunu sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçmiş olma halini* de bu genel başlık altında incelemek yerinde olacaktır.[85]

2. *Topluluğa Üye Bir Ülkenin Tüketicisinin Üçüncü Bir Ülkedeki Girişimci ile Yaptığı Mesafeli Sözleşmede Uygulanacak Ülke Hukukunun Taraflarca Belirlenmemiş Olması Halinde, Direktif'in Uygulanabilirliği*

Yukarıda da açıklandığı üzere, tarafların kurdukları sözleşme üzerinde hangi ülke hukukunun etkili olacağını kararlaştırmamış olmaları halinde, Direktif'de, o sözleşme üzerinde geçerli olacak hukuku belirleyen bir madde hükmü mevcut değildir.[86] Bu durumda, örneğin, merkezi Türkiye'de bulunan bir girişimcinin bir

---

[85] Francq, Stephanie, "The Impact of the EC Legislation for a Service Provider Established in the United States", Louisiana Law Review 2000, sh. 1074.

[86] Devletler özel hukukunda tüketici sözleşmelerinden doğacak ihtilaflara uygulanacak hukukun belirlenmesi konusu için bkz., Gelgel, Günseli, Türk Devlerler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000; Güngör, Gülin, Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000; Ayrıca, bu konuda tezde yapılan genel açıklama için bkz., yukarıda dpn. 82.

uzaktan haberleşme aracı vasıtasıyla AT Topluluk pazarında gerçekleştirdiği mal veya hizmet satımı sözleşmelerinde taraflar arasında sonradan çıkan bir hukukî uyuşmazlığın çözümü için tüketicinin, kendi ikametgâhının ya da mutad meskeninin bulunduğu ülke mahkemesine gittiğini varsayacak olursak,[87] hakim, AT'nin "Sözleşme Üzerinde Uygulanacak Hukuku Belirleyen Roma Antlaşması"nı (*Rome Convention on the law applicable to contractual obligations*)[88] ilk olarak dikkate alacaktır.[89]

Roma Antlaşması, Topluluk müktesebatının bir parçasıdır ve Topluluğa yeni üye devletlerce de kabul edilmesi gerekmektedir. Bu Antlaşma'da, Topluluğa üye bütün ülkeler için sözleşme hukuku alanında uygulanacak "ortak kanunlar ihtilafı kuralları"nı belirleyen düzenlemelere yer verilmiştir. Antlaşma'nın uygulama alanını belirleyen 1. maddesinin 1. fıkrasında, Antlaşma hükümlerinin borç yükleyen her tür sözleşme üzerinde etkili olacağı öngörülmüştür. Bu durumda, sözleşmeye

---

[87] Tüketici sözleşmelerinden doğan taraflar arasındaki hukukî ihtilaflarda milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruyucu yetki kıstasları gözönünde tutulduğunda, genellikle tüketicinin ikametgâhının ve mutad meskenin bulunduğu yer mahkemelerinin milletlerarası yetkisinden söz edilmiştir. Bu iki kıstastan başka, *karşı tarafın* ikametgâhının ve mutad meskeninin bulunduğu ülke mahkemelerine de yetki tanıyan kıstaslar ise, esas itibariyle yine tüketicinin korunması düşüncesinden hareketle, tüketiciye kendisi için en uygun devlet mahkemesini seçerek orada dava açma olanağını sağlamaktadır (Bkz., Güngör, sh. 56-59). Gözönünde bulundurulması gereken nokta, mahkemelerin, her zaman kendi kanunlar ihtilafı kurallarını çözüme varmak için uyguladıkları ve AT üyesi devletlerin de, kendi kanunlar ihtilafı kurallarını Roma Antlaşması doğrultusunda uyumlaştırdıklarıdır (Bkz., Hoeren/Oberscheidt, sh. 383-384; Atamer, sh. 440).

[88] Bu konudaki düzenleme için bkz., 1980 O.J. (L 266), opened for the signature in Rome on 09.10.1980.

[89] Francq, sh. 1071.

uygulanacak ülke hukukunun sözleşme taraflarınca seçilmemiş olması halinde, hangi ülke hukukunun tüketici sözleşmeleri üzerinde etkili olacağını belirleyen 5. madde hükmünün burada incelenmesi gerekmektedir.[90]

Roma Antlaşması'nın 5. maddesinin 3. fıkrasıyla getirilmiş düzenlemeye göre, "*...uygulanacak hukukun belirlenmemiş olması durumunda, bu maddenin kapsadığı sözleşmeler üzerinde tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır...*".[91] Söz konusu bu düzenleme ile, uluslararası nitelikte olan veya olmayan tüketici sözleşmelerinin tarafı tüketiciler arasında eşitlik sağlanmaya çalışılmış ve uluslararası bir tüketici sözleşmesinin söz konusu olması halinde, sözleşmenin tarafı olan tüketicinin, tamamen iç hukuka tabi bir tüketici sözleşmesine girişen tüketiciye nazaran daha elverişli ya da daha elverişsiz konumda olması engellenmeye çalışılmıştır.[92]

Roma Antlaşması m. 5'in kapsamına giren sözleşmeler, maddenin 1. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre, tüketiciye bir mal teslimini ya da hizmet ifasını sağlamak için yapılan sözleşmeler, 5. maddenin kapsamına giren sözleşmelerdir. Ayrıca, yine 5. maddenin 2. fıkrasında, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun sözleşme üzerinde uygulama alanı bulabilmesi için belirlenen şartlar da, gözden kaçırılmamalıdır. Buna göre;

---

[90] Roma Antlaşması'nın 5. maddesi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., Kaye, Peter, The New Private International Law of Contract of the European Community, Dartmouth Publishing Company, 1993, sh. 5 ve sh. 203-220.

[91] Güngör, sh. 72.

[92] Güngör, sh. 72.

- ya *tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede*, sözleşmenin karşı tarafı olan girişimcinin, söz konusu tüketiciye yönelik doğrudan bir icapta bulunması veya malı ya da hizmetiyle ilgili bir reklam yapması ve buna ilaveten, tüketicinin de o sözleşmenin kurulması için gerekli olan bütün tasarruflarını yine kendi mutad meskeni ülkesinde gerçekleştirmesi *veya* girişimcinin ya da temsilcisinin, tüketicinin siparişlerini tüketicinin mutad meskeni ülkesinde almış olması
- ya da bir mal satımına ilişkin sözleşmede *tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeden bir başka ülkeye* seyahat etmesi ve siparişini seyahat ettiği ülkede vermesi halinde, sadece girişimcinin tüketiciyi mal alımına teşvik etmek amacıyla onun seyahatini düzenlemesi şartlarına bağlı olarak, sözleşme üzerinde tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır.

Yukarıda sayılan şartlardan da anlaşılacağı üzere, Roma Antlaşması'nın tüketiciyi koruyucu hükümleri, uluslararası nitelikteki her tür tüketici sözleşmesini kapsamamaktadır. Antlaşma'nın kapsamı, sözleşmenin kurulması anı da dahil olmak üzere bir tüketicinin söz konusu sözleşmeyi hangi şartlar altında yaptığına göre belirlenmektedir. Buna göre, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin, mutad meskeni ülkesindeki yayınları veya mutad meskeni ülkesinde de satılmak ya da dağıtılmak üzere aslen yabancı bir ülkede basılmış gazete, magazin, katalog ve ilânları dikkate alarak, girişimcinin yine mutad meskenindeki şubesine, acentasına veya temsilcisine vereceği siparişler, Roma Antlaşması kapsamında korunmaktadır. Ayrıca, elektronik anlamda, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki yerli ya da yabancı

televizyon ve radyo yayınları da dikkate alınarak, girişimcinin şubesi, acentası veya temsilcisiyle yapılan mesafeli sözleşmeler de Antlaşma'nın kapsamı dahilindedir.[93]

Sonuç olarak, tüketicinin mutad meskeni olan AT üyesi ülke hukukunun, yukarıdaki örnekteki, Türk girişimcisinin Topluluk pazarında gerçekleştirdiği mal veya hizmet satımına ilişkin sözleşmeye uygulanacağı ve dolayısıyla o üye ülkece benimsenmiş asgari koruma öngören Direktif hükümlerinin de, bir tarafı Türk girişimcisi olan sözleşmenin üzerinde etkisini hissettireceği açıktır.

[93] Ancak, Roma Antlaşması'nın, elektronik sözleşmelerden özellikle internet üzerinde yapılan mesafeli sözleşmeleri kapsayıp kapsamadığı tartışması için bkz., Boele-Woelki/ Kessedjian, Internet- Which Court Decides?, Which Law Applies?, Kluwer Law International, 1998; Francq, sh. 1072: Yazar, örneğin, tüketicinin şahsına elektronik posta yoluyla gönderilen bir mal reklamının söz konusu olmadığı durumlarda, Roma Antlaşması'nda öngörülen "mutad meskende tüketiciye yönelik doğrudan icap ya da reklam" şartının gerçekleşip gerçekleşmediği tartışmasına değinmiştir. Bu durumda, tüketici sözleşmeleri açısından tek uluslararası hukuk kaynağı olan Roma Antlaşması'nın mesafeli sözleşmeler üzerinde herhangi bir etkisinin olmadığı yolunda bir yoruma gidilmesi halinde, ikinci bir kaynak olarak her ülkenin kendi kanunlar ihtilafı hukuku, sorunun çözümünde dikkate alınacaktır ki, AT'ye üye ülkelerin kanunlar ihtilafı kurallarını Roma Antlaşması doğrultusunda uyumlaştırdıkları dikkate alındığında, karşılaşılacak hükmün yine Roma Antlaşması'nın 5. maddesi yönünde olduğu açıktır. Bu nedenle, Roma Antlaşması m. 5'in uygulanamayacağı hallerde tüketicinin korunması konusu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., Atamer, sh. 439-444.

3. Sözleşme Taraflarının Üçüncü Bir Ülke Hukukunu Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk Olarak Belirlemiş Olmaları

Direktif m. 12/2'nin metninden, mesafeli sözleşmelerin taraflarının sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilecekleri sonucuna varılmaktadır.[94] Ancak, taraflarca yapılan hukuk seçimi, yukarıda da açıklandığı üzere yine Direktif m. 12 hükmü ile geçersiz kılınabilecektir. Şöyle ki, bir uluslararası nitelikteki tüketici sözleşmesinde, eğer o sözleşmenin "bir veya birden çok AT üyesi ülkenin sınırı ile yakın bağlantısı" varsa, AT tüketicisinin, yapılan hukuk seçimi nedeniyle Direktif hükümleriyle kendisine tanınan asgari korumadan mahrum edilmesi düşünülemez.[95] Bu nedenle, üye devletler, Direktif doğrultusundaki asgari korumayı sağlayan gerekli önlemlerini, kendi iç hukuk mevzuatlarınca belirleyecekleri hukukî kurallarla almakla yükümlüdürler.

Direktif'de, "sözleşmenin bir veya birden çok üye ülkenin sınırıyla yakın bağlantısı olması" şartının ölçüsü açıklanmamıştır. Bu durumda, tartışmaya girmeksizin,[96] bir sözleşmenin ne zaman bir veya birden çok üye ülkenin sınırıyla yakın bağlantısı olduğu sorusunun çözümünün, hakimin takdirine bırakıldığı sonucuna varmak doğru olur.[97]

---

[94] Sözleşme taraflarının hukuk seçimini serbestçe yapmalarının güvence altına alınması konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Freund, sh. 236; Burnstein, sh. 88-89.

[95] Ayrıca bkz., Basedow, Jürgen, "Europäisches Internationales Privatrecht", NJW 1996, sh. 1921.

[96] Söz konusu şartın özet yorumu için bkz., Thorn, Karsten, "Verbraucherschutz bei Verträgen im Fernabsatz", IPRax 1999, sh. 9.

[97] Francq, sh. 1074.

Sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak üçüncü bir ülke hukukunun seçilmesi ve Direktif m. 12/2'nin yukarıda açıklanan hukukî sonucuna somut bir örnek vermek gerekirse, bir Türk girişimcisi ile Alman tüketicisi arasındaki mesafeli sözleşmeye uygulanmak üzere Türk Hukukunun seçilmiş olması halinde bile, Alman Hukukunun bu sözleşme üzerinde etkisini hissettirebileceği açıktır. Şöyle ki, Alman Hukukunda Roma Antlaşması, "Alman Giriş Kanunu" (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*) (EGBGB) m. 27-37 ile iç hukuka aktarılmıştır.[98]

Söz konusu maddelerden tüketici sözleşmeleri için özel düzenleme getiren EGBGB m. 29, aslen milletlerarası özel hukukun "*sözleşmenin karşı tarafına nazaran zayıf durumda olduğu kabul edilen tüketicinin hukukî durumunun korunması*" düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu koruma, tüketici ile yakından bağlantılı olduğu kabul edilen tüketicinin mutad meskeni hukukuna önem veren objektif bağlama kurallarının oluşturulması ve subjektif bağlama kuralının işaret ettiği seçilen hukukun uygulama alanının sınırlandırılması yoluyla sağlanacaktır.[99]

Bu anlamda, EGBGB m. 29'daki düzenlemeye göre, bir tüketici sözleşmesi EGBGB m. 29'da belirlenen şartlara uygun olarak tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede kurulmuşsa,[100] sözleşmeye uygulanacak hukukun yabancı bir ülke hukuku olarak önceden seçilmiş olması halinde dahi, o tüketici mutad meskeninin

---

[98] Gelgel, sh. 92.

[99] Güngör, sh. 99.

[100] İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerin EGBGB m. 29'un kapsamına girip girmediği tartışmasının burada gözden kaçırılmaması gerekmektedir (Bu konuda bkz., yukarıda dpn. 93).

bulunduğu ülke hukukunun emredici hukuk kurallarıyla belirlenen korumadan yararlanacaktır.[101]

EGBGB m. 29'un milletlerarası hukuktaki uygulanabilirliği sorusuna gelince, yine Direktif m. 12/2'deki hükmün dikkate alınması gerekmektedir. Bir görüş, AT direktiflerindeki ilgili hükümler doğrultusunda "*üçüncü bir ülke hukukunun olaya uygulanacak hukuk olarak seçilmesi halinde, tüketicilerin, direktif dolayısıyla iç hukuka aktarılan hükümlerden yine de yararlanabilmeri için*", üye devletlerin iç hukuk mevzuatlarında aldıkları hukukî tedbirlerin, milletlerarası özel hukukta emredici nitelikte olması gerektiğine işaret etmiştir.[102]

Sonuç olarak, sözleşmeye uygulanacak hukukun Türk Hukuku olarak belirlenmiş olması halinde, eğer Türk Hukukunda, Direktif hükümleri doğrultusunda Alman iç hukuk mevzuatınca düzenlenen tüketiciyi koruyucu emredici hukuk kurallarıyla aynı veya eş değerde bir düzenleme yoksa, Alman Hukuku kural olarak o sözleşme üzerinde etkili olacaktır.[103]

---

[101] Taupitz/Kritter, sh. 843.

[102] Söz konusu görüş için bkz., Güngör, sh. 53.

[103] Taupitz/Kritter, sh. 843-844; Ayrıca bkz., Marx, sh. 1230; Reich, sh. 587; Kronke, sh. 986-990; Lorenz, Stephan, "Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie", JuS 2000, sh. 843; Karşıt görüş için bkz., Atamer, sh. 445-446; Ayrıca, yine internet üzerinden kurulan sözleşmelerin EGBGB m. 29'un kapsamına girip girmediği yönündeki tartışma için bkz., yukarıda dpn. 93.

IV. Direktif Hükümleri Açısından Mesafeli Sözleşmeler

A. Genel Olarak

Direktif'de, mesafeli sözleşmeler üzerinde uygulanacak asgari hukuk kuralları belirlenmiş, ancak "sözleşmenin kuruluşu aşaması"nı düzenleyen herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Direktif'in 10 numaralı kıstasına göre, her üye devlet kendi iç hukukunda tarafların sözleşmeyi kurucu karşılıklı irade beyanlarına farklı hüküm ve sonuçlar bağlayabilecektir.[104] İşte, bu anlamda açıklığa kavuşturulması gereken konu, Direktif'in sözleşmenin hangi aşamasından itibaren uygulanmaya başlayacağıdır. Örneğin, bir üye devlet, sözleşmenin kuruluşu aşamasına yönelik öngördüğü bir hukukî kural ile elektronik sözleşmelerin kurulmasını engelleme yetkisine sahip olabilecek midir?[105]

Direktif'in yine 10 numaralı kıstasında, *Direktif'in 14. madde hükmü saklı kalmak üzere*, üye devletlerin sözleşmenin kuruluşu aşamasına ilişkin farklı iç hukuk düzenlemeleri nedeniyle Direktif hükümlerinin o üye devlet hukuku üzerinde farklı hukukî sonuç doğurması engellenmeye çalışılmıştır. Bu yönde, Direktif'in, mesafeli sözleşmenin kurulmasını sağlayan ilk hukukî ilişkiden itibaren uygulanmaya başlayacağı hükme bağlanmıştır.

Sonuç olarak, üye devletlerin elektronik sözleşmelerin kuruluşunu engelleyen iç hukuk düzenlemelerinin, Topluluk Hukukuna aykırı olacağı açıktır. Buna ilaveten,

---

[104] Bu nedenle, sözleşmenin kuruluşu aşamalarından olan özellikle icap-kabul ve şekil serbestliği ile şekle bağlılık konuları, Alman ve Türk Hukuk sistemleri açıklanırken ele alınacak olan konulardandır.

[105] Lorenz, sh. 834.

yine sözleşmenin kuruluşu aşamasına ilişkin "tüketicinin bilgilendirilmesine yönelik" asgari hukukî kuralların ise, Direktif tarafından düzenlendiği gözardı edilmemelidir.

B. Direktif Hükümlerinin Uygulama Alanı İçinde Kalan Sözleşmeler

1. "Mesafeli Sözleşme" Kavramı

Direktif m. 2/1'de, mesafeli sözleşmelerin tanımına yer verilmiştir. Buna göre göre mesafeli sözleşmeler, bir tüketici ile bir "girişimci" (*Lieferer, supplier*) arasında, "organize bir mesafeli işletme veya hizmet sistemi" (*Fernabsatz organisierte Vertriebs- oder Dienstleistungssystems, distance sales or service-provision scheme*) altında, söz konusu sözleşmenin kurulması anına kadarki süreçte dahil olmak üzere sadece "uzaktan haberleşme araçları" (*Fernkommunikationsmittel, distance communication*) kullanılarak kurulan ve bir malın teslimine ya da bir hizmetin ifasına ilişkin sözleşmelerdir.

a. Mesafeli Sözleşmenin Tarafları

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir mesafeli sözleşmenin, "tüketici" ve "girişimci" olmak üzere karşılıklı borç altına girmiş iki tarafı vardır. Tüketici ile girişimci kavramları, Direktif m. 2 b. (2) ve b. (3)'de tanımlanmıştır.

Direktif m. 2 b. (2)'ye göre, tüketici, bir mesafeli sözleşmede kendisine bir malın teslimini ya da hizmetin ifasını kendi ticarî ya da meslekî amaçlarını gözetmeksizin talep eden gerçek kişidir.

Direktif m. 2 b. (3)'e göre, girişimci, bir mesafeli sözleşmede sadece ticarî veya meslekî faaliyetleri doğrultusunda hareket eden bir gerçek veya tüzel kişidir. Direktif'in Almanca ve İngilizce metinlerinden "girişimci" olarak çevrilen[106] *Lieferer* ve *supplier* kavramları, bir pazarda mal ya da hizmet sunan tüm gerçek ve tüzel kişileri kapsamaktadır.[107] Bir başka deyişle, Direktif'de, girişimci kavramının sınırları geniş tutulmuş ve mal satan satıcıdan başka, bir pazarda ticarî ya da meslekî faaliyetleri doğrultusunda hizmet sunan kişiler ve örneğin, ürettiği malı tüketicilere internet yoluyla doğrudan satan ticarî işletmeler de bu kavram altında düşünülmüştür.

b. Uzaktan Haberleşme Araçları

Uzaktan haberleşme araçlarının tanımı, Direktif m. 2 b. (4)'de yapılmıştır. Söz konusu maddede, uzaktan haberleşme araçlarının kapsamı geniş tutulmuş ve tarafların *yüz yüze gelmeden*[108] birbirleriyle iletişime geçerek sözleşmeyi kurmalarını sağlayan her tür araç, uzaktan haberleşme aracı tanımına dahil edilmiştir.

---

[106] Alman Hukukunda mesafeli sözleşmelerde, tüketiciyle sözleşme yapan karşı tarafı belirtmek için, "girişimci" (*Unternehmer*) kavramı kullanılmıştır. Türk Hukukunda ise, "satıcı veya sağlayıcı" kavramlarının kullanılması uygun görülmüştür. Bu nedenle, tezde, AT Hukuku ve Alman Hukuku açıklanırken pazardaki tüm ilgili gerçek ve tüzel kişileri kapsayan "girişimci" kavramı kullanılacak, Türk Hukuku ile ilgili bölümde ise Türk Hukukunun kendi terminolojisi dikkate alınacaktır.

[107] Willingmann, sh. 397.

[108] "Hazır olmayanlar" kavramı yerine, "yüz yüze gelmeyenler" kavramının kullanılmasının nedeni için bkz., yukarıda dpn. 1; Arnold, Dirk, "Verbraucherschutz im Internet", CR 1997, sh. 529; Freund, sh. 232; Härting/Schirmbacher, "Fernabsatzgesetz-Ein Überblick über den Anwendungsbereich, die Systematik und die wichtigsten Regelungen", MDR 2000, sh. 917;

Buna ilaveten, Direktif ek (1)'de, uzaktan haberleşme araçlarına sınırlayıcı olmamakla birlikte örnekler verilmiştir. Bunlar, posta adresinin belirtildiği veya belirtilmediği matbualar, hazır standart mektuplar, basılmış sipariş formlu reklamlar, muhatabın bir kişi veya makina (*Voice-mail-system, Audiotext*) olduğu telefonla iletişim, ekranlı telefon, radyo, televizyon ("tele-satış"), fax ve elektronik postadır. Bu anlamda, mesafeli sözleşmelerin kapsamı, sadece klasik ve günümüzdeki modern teknolojik haberleşme araçlarıyla sınırlanmak istenmemiş, tam tersine teknolojinin gelişimiyle ileride ortaya çıkabilecek yeni haberleşme araçlarının da, bir mesafeli sözleşmenin kurulmasında kullanılabileceği ifade edilmek istenmiştir.[109]

Ancak, tüketicinin özel hayatının özellikle "usandırıcı iletişim yöntemleri"ne[110] karşı koruma altına alınabilmesi amacı ile Direktif m. 10'da, uzaktan haberleşme araçlarının girişimci tarafından kullanımını tüketici lehine kısıtlayan bir düzenlemeye yer verilmiştir.[111] Bu anlamda, Direktif m. 10/1'de, (1)

Micklitz, sh. 132; Ayrıca bkz., Reich, sh. 583: Yazar, sözleşmenin kuruluş aşamasında tarafların yüz yüze gelmemesini, "mesafeli sözleşmeler" ile "kapıdan satışları" birbirinden ayıran kıstas olarak belirlemiştir. Buna göre, bir telefon görüşmesi, sözleşmenin kurulmasıyla değilde, o sözleşmenin kurulması için girişimcinin temsilcisinin tüketicinin evine ziyaretiyle sonuçlanmışsa, söz konusu sözleşme "kapıdan satışı" düzenleyen 85/577/EG sayılı Direktif'in (ABl. Nr. L 372 v. 31.12.1985, sh. 0031-0033) kapsamına girer.

[109] Martinek, sh. 207; Reich, sh. 582; Willingmann, sh. 397: Yazar, Direktif'de "asgari düzeyde koruyucu kurallar" öngörülmesinin nedenini de, klasik ve elektronik olmak üzere her tür uzaktan haberleşme aracının bir mesafeli sözleşmenin kurulmasında kullanılabileceğine bağlamıştır. Yazara göre, Direktif'de günümüzde var olan ve ileride keşfedilecek her tür uzaktan haberleşme aracının niteliğiyle bağdaşacak asgari standartta kurallar öngörülmüştür.

[110] Ring, Gerhard, Fernabsatzgesetz, Bonn, Deutscher Anwalt Verlag, 2000, sh. 46.

[111] Dickie, sh. 225.

muhatabın otomatik arama/ses mesajı sistemine başvurarak kurduğu telefon iletişimi yani, girişimci tarafından örneğin, önceden kaydedilmiş ses bantlarının kullanılması (*Voice-mail-system*) ile (2) yine girişimci tarafından fax'ın, bir uzaktan haberleşme aracı olarak kullanılabilmesi; tüketicinin sözleşmenin kurulmasından önce bu yöndeki rızasına bağlanmıştır. Öğretide "*opt-in*" olarak adlandırılan bu kurala göre,[112] girişimcinin, örneğin, fax yoluyla tüketiciye gönderdiği reklamlar, tüketicinin bu yöndeki rızasını girişimciye anında bildirmemesi halinde hukuka aykırı olarak nitelendirilmektedir.

Bireysel iletişime izin veren *diğer* uzaktan haberleşme araçlarının girişimci tarafından kullanılması ise, Direktif m. 10/2'ye göre, tüketici tarafından açıkça itiraz edilmediği sürece caizdir ("*opt-out*"). Öğretide buna göre, girişimci tarafından elektronik posta ya da telefon aracılığıyla tüketiciye ulaştırılan reklamların kural olarak yasal olduğu kabul edilmektedir, meğer ki tüketicinin girişimciye açıkça bildirmiş olduğu, "*kendisine bu tür reklamların gönderilmemesine dair*" bir beyanı olsun.[113]

Tüketicinin söz konusu uzaktan haberleşme araçlarının kullanımına rıza gösterip göstermediğinin ispatı, Direktif'in 11. maddesinin 3. fıkrası (a) bendine göre, üye devletlerin iç hukuk mevzuatlarında öngörecekleri kurallarla girişimciye yüklenebilecektir.[114]

---

[112] Marx, sh. 1235; Ring, sh. 45.

[113] Ring, sh. 46-49; Leible/Sosnitza, "Telefonwerbung und Fernabsatzrichtlinie", K&R 1998, sh. 285.

[114] Direktif m. 11/3 b. (a)'daki düzenleme, ayrıca, "sözleşme öncesi bilgilendirilme"nin, "bilginin yazılı teyidi"nin ve "Direktif'deki sürelere uygun davranıldığı"nın ispatı konularını da kapsamaktadır.

c. Bir Organize Mesafeli İşletme ya da Hizmet Sisteminin Varlığı

Yukarıdaki tanımdan da açıkça anlaşılacağı üzere, bir mesafeli sözleşmenin en önemli özelliği, taraflarının sözleşmenin kurulması aşamasında yüz yüze gelmemeleri ve bu nedenle, tüketicinin kendisine teslimini istediği malı veya ifasını istediği bir hizmeti önceden kontrol edememesidir.[115] Ancak, burada önemle üzerinde durulması gereken nokta, tarafların kurulmasında yüz yüze gelmedikleri ve bir uzaktan haberleşme aracı vasıtasıyla yaptıkları her mal veya hizmet alımı sözleşmesinin Direktif'in kapsamına girmeyeceğidir. Bu bakımdan, Direktif'de getirilen "*sözleşme tarafı girişimcinin bir organize mesafeli işletme veya hizmet sistemine sahip olması*" şartının, mesafeli sözleşmelerin kapsamı çizilirken gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

Bir girişimcinin sahip olduğu organize sistemin en belirgin özelliği, o girişimcinin, mal veya hizmet satışının tamamını ya da bir bölümünü özel olarak "telekomünikasyon üzerine sürüm ve satış"a ayırmış olmasıdır.[116] Böylece, örneğin, tüketicinin bir girişimcinin sadece telefonunun olmasını fırsat bilerek bir malın eve teslimini talep ettiği sözleşmeler, Direktif'in kapsamında düşünülemeyecektir.[117]

---

[115] Marx, sh. 1229; Ayrıca bkz., Meents, Jan Geert, Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1999, sh. 187; *Ancak* bkz., Dickie, sh. 219: Yazar, işletmenin sözleşme konusu olacak malı tüketiciyle yüz yüze gelerek tüketiciye önceden göstermesi, ama satım sözleşmenin *daha sonraki bir zamanda* bir uzaktan haberleşme aracı vasıtasıyla kurulmasını da mesafeli sözleşmelerin kapsamı içinde değerlendirmiştir.

[116] Reich, sh. 583.

[117] Härting, Niko, "Referentenentwurf für neues Fernabsatzgesetz", CR 1999, sh. 508; Marx, sh. 1229.

Direktif'de, girişimcinin bir organize mesafeli işletme veya hizmet sisteminin varlığı şart koşulmakla birlikte, girişimciye bu tür bir sisteme sahip olup olmadığını tüketiciye bildirme yükümlülüğü yüklenmemiştir. Bir tüketici, kendisinin Direktif'de düzenlenen korumadan yararlanmasını sağlayacak olan organize sistemin varlığını acaba nasıl değerlendirektir? Direktif'in tüketiciyi korumak olan amacı dikkate alınarak, tüketiciye bu anlamda herhangi bir yükümlülük yüklememek yerinde olacaktır. Bu yönde, eğer aklı başında makul bir tüketici,[118] sözleşmenin karşı tarafı olan girişimcinin katoloğundan, televizyondaki yayınlarından veya internet sayfasından v.b. o girişimcinin ifade edilen organize bir sisteme sahip olduğu sonucunu çıkarabiliyorsa, o sözleşme, Direktif'de düzenlenen mesafeli sözleşmelerin kapsamında düşünülmeli ve girişimcinin daha sonradan ileri sürdüğü organize bir sisteme sahip olmadığı yolundaki iddiası, tüketici aleyhine herhangi bir hukukî sonuç doğurmamalıdır.[119]

2. Sözleşme Öncesi Tüketicinin Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü

---

[118] Ayrıca bkz., Micklitz, Hans W. (ZEuP 1999), "Die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG", ZEuP 1999, sh. 877: Yazar da, bu konudaki değerlendirmenin "aklı başında makul tüketici" tanımının dikkate alınarak yapılması gerektiği üzerinde durmuştur. Ancak, yazara göre, Direktif'de herhangi bir düzenlemeye gidilmediğinden, bu konudaki ispat yükü -*kuşku halinde*- tüketicinin üzerindedir.

[119] Reich, sh. 583; Aynı yönde bkz., Dickie, sh. 219: Sözleşmenin bir organize mesafeli işletme veya hizmet sistemi altında kurulması şartındaki "sistem" kavramının belirsizliğine değinmiştir. Bu anlamda, bir girişimcinin yerel bir gazetede "telefonla sipariş kabul edeceğine dair" reklamını, *tüketicinin pazara olan güvenini arttırıcı etkisinden dolayı*, "sistem"in varlığına delil olarak kabul etmiş ve aksi bir değerlendirmenin tüketiciyi ciddi zararlara uğratabileceği üzerinde durmuştur; Ayrıca Direktif'de öngörülen bu şartın eleştirisi için bkz., Roth/Schulze, "Verbraucherschutz im Electronic Commerce", RIW 1999, sh. 925.

a. Genel Olarak

AT Hukukunda tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülüğünün temel nedeni, "sözleşme özgürlüğü ilkesi"nin garanti altına alınmasıdır.[120] Sözleşme özgürlüğü ilkesi, kişilerin kural olarak diledikleri hukukî sonuçları gerçekleştirebilmek yetkisini ifade etmektedir.[121] Bu anlamda, bir sözleşmenin kuruluşunda ve içeriğinin belirlenmesinde tamamen taraf iradelerinin önemine değinen söz konusu ilke, tarafların kurulacak sözleşmede eş statüte olmaları sonucunu beraberinde getirmiştir. Yukarıda da açıklandığı gibi, tüketici sözleşmelerinde sözleşmenin "bilgiye muhtaç tarafı" olarak nitelendirilen tüketici, girişimci karşısında zayıf durumda olandır.

Tüketici, edinmek istediği mal, hizmet ve hatta sözleşme ilişkisine girdiği girişimci hakkında; buna ilaveten, "yığın sözleşmeleri"nde (iltihaki sözleşmeler, formüler sözleşmeler), genel işlem şartları hakkında bilgilendirilmelidir. Bu alanda yapılacak hukukî düzenlemeler ile tüketiciye, onun söz konusu sözleşmeyi kurmadaki iradesinin kendi yararına en sağlıklı şekilde oluşmasına yardımcı olacak bilgilerin verilmesi sağlanacaktır.[122]

AT Komisyonu bir "etkinlik planı"nda[123] bilgilendirmeyi, tüketicilerin Topluluk pazarının sağladığı avantajlardan yararlanabilmelerinin kesin bir şartı

---

[120] Grundmann, Stefan, "Privatautonomie im Binnenmarkt", JZ 2000, sh. 1137.

[121] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, bs. 6, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988, sh. 76.

[122] Fleischer, Holger, "Vertragsschlussbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht", ZEuP 2000, sh. 777.

[123] Bu konuda bkz., Kommission, Verbraucherpolitik, Zweiter dreijähriger Aktionsplan (1993-1995), KOM (93) 378 endg., sh. 19 (Fleischer, sh. 782, dpn. 64'den naklen).

olarak değerlendirmiştir. Ayrıca, Avrupa Adalet Divanı da bir kararında,[124] tüketicinin bilgilendirilmesinin, Topluluk Hukukunca, tüketicinin korunmasında düzenlenmesi zorunlu bir konu olarak görülmesi gereği üzerinde durmuştur. Gerçekten, AET'nin 153. maddesinde de (eski m. 129a), Topluluğun tüketicinin bilgi edinme hakkını geliştirmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

Nitekim, Direktif m. 4 ve m. 5'de, bu konuda tüketiciyi koruyucu gerekli düzenlemelere yer verilmiştir. Özellikle sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların yüz yüze gelmediklerini temel alan bu hükümlerde, tüketicinin sözleşme konusunu ve sözleşmenin karşı tarafını iyi tanımasına yardımcı olacak bilgilere değinilmiştir.

b. Direktif'in "Tüketicinin Sözleşme Öncesi Bilgilendirilmesi" Yönündeki Düzenlemesi

Girişimcinin sözleşme öncesi tüketiciye bilgi verme yükümlülüğü, Direktif m. 4'de düzenlenmiştir.

Direktif m. 4'e göre, aksine başka bir düzenleme yoksa, tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce ilk olarak "girişimcinin kimliği" ile "ticarî ilgi alanı" hakkında bilgilendirilmelidir. Tüketicinin ilk olarak bu konuda bilgilendirilmesinin nedeni, kullandığı uzaktan haberleşme araçlarıyla herhangi bir girişimciyle iletişime geçmesinin olası bir mesafeli sözleşmeyle sonuçlanabileceğinin kendisine dolaylı olarak bildirilmesidir.[125]

---

[124] *Case 362/88: GB-INNO-BM v Confederation du commerce luxembourgeois*, EuGH 1990, sh. I-667 – I-690 (Rdr. 18).

[125] Marx, sh. 1230.

Direktif m. 4/3'de, girişimci ile tüketici arasında yapılacak telefon konuşmaları için özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, tüketicinin, girişimcinin kimliği ve ticarî faaliyetleri hakkında daha telefon konuşmasının *başında* bilgilendirilmesi gerekmektedir. Böylece, özellikle tüketicinin özel hayatına telefon yoluyla yapılan saldırıların sayısındaki artış dikkate alınmış ve söz konusu bilginin telefon konuşmasının olağan akışı içerisinde tüketiciye sağlanması yeterli görülmemiştir.[126]

Direktif'de düzenlenen tüketicinin bir mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce hakkında bilgilendirilmesi gereken diğer konular ise, Direktif m. 4/1'e göre, sözleşme konusu olan mal ya da hizmetin "esaslı özellikleri", her çeşit vergi de dahil olmak üzere "fiyatı" ve "taşıma ücreti"dir. Bunlara ilaveten, tüketicinin, "ödeme ve teslim şartları" ya da bir başka deyişle, "sözleşmenin nasıl ifa edileceği" hakkında da ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi şart koşulmuştur.

Mesafeli sözleşmelere özgü, tarafların yüz yüze gelmemesi ve uzaktan haberleşme araçlarının kullanılması gibi nitelikleri de gözönünde bulundurarak Direktif m. 4/1 tüketicinin ayrıca şu konularda bilgilendirilmesini gerekli görmüştür: Kurulmuş olan mesafeli sözleşmeden belirli bir süre içinde "dönme hakkı" olduğu; eğer asgari tarife üzerinden belirlenmemişse, bir uzaktan haberleşme aracı vasıtasıyla iletişime geçilmesi sonucu ödemesi gereken "iletişim ücreti"; girişimci tarafından uzaktan haberleşme araçları kullanılarak yapılan "mal ve hizmet teklifleri ile fiyat teklifinin geçerlilik süresi"; konusu süreli ya da düzenli olarak dönemsel bir mal teslimi ya da hizmet ifası olan mesafeli sözleşmelerde, gerektiğinde "sözleşmenin asgari geçerlilik süresi".

[126] Lütcke, sh. 93-94.

c. Tüketiciye Verilecek Bilginin Sağlanmasındaki Şekil Şartları

Direktif m. 4/2 ile m. 5'de, bilginin sağlanmasındaki şekil şartları belirlenmiştir. Söz konusu maddelerin içerikleri incelendiğinde, teknolojinin hızla geliştiği gerçeğinin dikkate alınarak her çeşit uzaktan haberleşme aracının özellikleriyle uyum sağlaması açısından olabildiğince soyut kuralların öngörüldüğünü ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

Bu anlamda, ilk olarak Direktif m. 4/2'de, sözleşmenin kurulmasında kullanılan haberleşme aracının işlev ve niteliğine uygun olarak tüketiciye iletilmesi gereken bilginin,[127] "*açık ve anlaşılır*" olması düzenlenmiştir. Buna göre, tüketici, bir mal ya da hizmet hakkındaki bilgiye hem zahmetsizce ulaşabilmeli,[128] hem de kendisine bu yönde sağlanan bilgiyi kolayca anlayabilmelidir. Ancak, söz konusu şart ilgili her tüketici grubuna göre farklı şekilde tanımlanabilmektedir. Örneğin, katalog üzerinden sözleşme yapan bir tüketiciyle karşılaştırıldığında, internet kullanan tüketicilerin ("*internet-surfer*") internette araştırma yapabilme kabiliyetleri dikkate alınarak, bunlar açısından bilginin temin edilmesinde geleneksel uzaktan haberleşme araçlarını kullanan tüketicilere oranla daha karmaşık yolların öngörüldüğü ileri sürülebilir.[129] Gerçekten, tüketici katalog üzerinden alışverişlerinde, ilgili tüm bilgilere sadece o katoloğu okuyarak ulaşabilmekteyken; yine söz konusu bilgilere, internet üzerindeki alışverişlerinde, mal satışına ilişkin ilk

[127] Bilginin uzaktan haberleşme aracının işlev ve niteliğine uygun olarak iletilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Demir, Mehmet (2004), Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2004, sh. 40, dpn. 127.

[128] Micklitz, sh. 134.

[129] Reich, sh. 584.

sayfayı açtıktan sonra ancak, ilgili diğer sayfalara da geçiş yapmak suretiyle ulaşabilmektedir.

Çoğu mesafeli sözleşmenin uluslararası nitelikte olduğu dikkate alındığında gündemde olan bir soru da, bilginin anlaşılır olması için hangi dilin kullanılacağıdır.[130] Direktif'de bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Direktif'in 8 numaralı kıstasında, mesafeli sözleşmelerde hangi dilin kullanılacağına karar verme yetkisi, üye devletlere bırakılmıştır. Anlaşılabilirlik şartı, belli bir yerdeki özel başka bir tüketici grubuna hitab etmedikçe, o yerdeki tüketicilerin dili ile bilginin aktarılması suretiyle yerine getirilmiş olacaktır.[131]

Direktif'de açıkça düzenlenmemekle birlikte, bilginin açık ve anlaşılabilir olması şartından dolaylı olarak ulaşılabilecek bir başka nitelik ise, bilginin "*çapraşık*" (*griffkeit*) olmamasıdır. Bu anlamda, bilginin fazla detaya inmeden özlü ve kısa bir şekilde tüketiciye ulaştırılması gerekmektedir. Uzun ve detaylı bilgilerle aydınlatılmaya çalışılan tüketici, o alanda uzmanlaşmamış olabileceğinden, kendisine aktarılan bilgileri anlamakta zorlanabilir. Böyle bir durumda tüketiciden tercihlerini doğru yönde kullanması dahi beklenemez.[132]

Direktif m. 5'de, bilginin, ayrıca, "*erişilebilir*" olması öngörülmüştür. Bu nedenle, Direktif m. 4'e göre tüketiciye sağlanan ön bilgilerin, 5. maddeye uygun olarak yapılacak teyidinin, ya "yazılı olarak" ya da "ulaşılabilir sürekli bir veri

---

[130] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Rott, Peter, "Informationspflichten in Fernabsatzverträgen als Paradigma für die Sprachenproblematik im Vertragsrecht", ZVglRWiss 1999, sh. 382-409.

[131] Reich, Norbert (1994), Die AGB-Banken 1993, (Yayına Hazırlayan, Horn, Norbert), Walter de Gruyter Verlag, sh. 57 (*Reich*, "Verbraucherschutzaspekte der AGB-Banken"); Ayrıca bkz., Heinrichs, Helmut, "Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes", NJW 1996, sh. 2197.

[132] Fleischer, sh. 777-778; Ayrıca bkz., Grundmann, sh. 1140-1141.

taşıyıcısı" (*ein verfügbarer dauerhafter Datenträger, an available and accessible durable medium*) vasıtasıyla tüketiciye iletilmesi şarttır.

d. "Bilginin Teyidinin Bir Belge ile Tüketiciye İletilmesi" (schriftliche Bestätigung der Informationen, Written Confirmation of Information)

Direktif m. 5'de, bilginin teyidinin tüketiciye iletilebileceği en geç zaman dilimi belirlenmiştir. Mal satımına yönelik sözleşmelerde bu süre, en geç malın tüketiciye teslimi anı olarak belirlenmişken, hizmet sözleşmelerinde en geç hizmetin ifası anı esas alınmıştır.

Direktif m. 5 kapsamında üzerinde önemle durulması gereken nokta, Direktif m. 4'de tüketicilere bu tür bir teyid belgesinde yer alan bilgilerin, sözleşmedeki "genel işlem şartları" ile karıştırılabileceği hususudur. Çünkü her ikisinin hukukî sonuçları birbirinden farklıdır. Bu Direktif'de düzenlenmiş olan tüketicilere ulaşması gerekli teyid belgesindeki bilgilerin, genel işlem şartlarını düzenleyen Topluluk Hukukundaki başka kuralların varlığı da dikkate alındığında, söz konusu genel işlem şartları ile hiçbir ilgisi olmadığı açıkça anlaşılmaktadır.[133]

Direktif m. 5/1'de, söz konusu teyitte yer alması gereken Direktif m. 4'deki bilgi türlerinin kapsamı somuta indirgenerek ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Buna göre, tüketiciye, sözleşmeden dönme hakkının kullanmasının şartları ve özellikleri, onun şikayetlerini bildirebileceği girişimcinin şubesinin adresi, girişimcinin tüketici hizmetleri servisi, geçerli garantilerin şartları ve belirsiz süreli, bir başka deyişle,

[133] Reich, sh. 584.

süresi bir seneyi aşan sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde sözleşmenin feshi koşulları hakkında bilgiler verilecektir.

Direktif m. 5/2'de ise, bilginin teyidinin bir belge ile iletilmesi şartına istisna getirilmiştir. Buna göre, doğrudan doğruya bir uzaktan haberleşme aracının *işletilmesi* suretiyle sadece bir defaya mahsus olmak üzere yerine getirilecek olan hizmet edimlerinde, Direktif m. 5/1 uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak, bu durumda, işletim giderinin hesaptan indirilmesi şarttır.

e. Girişimcinin Bilgi Verme Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinin Yaptırımı

Bilgi verme yükümlülüğünün girişimci tarafından yerine getirilmemesinin yaptırımı, Direktif m. 6/1'de öngörülmüştür. Söz konusu maddede, aşağıda açıklanacak olan "sözleşmeden dönme hakkı"nın[134] süresinin tüketici lehine uzamasına yönelik bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, mal satımına ilişkin sözleşmelerde malın kendisine tesliminden itibaren ve hizmet sözleşmelerinde ise, sözleşmenin kuruluşu anından itibaren tüketici tarafından ancak 7 iş günü içinde kullanılabilen sözleşmeden dönme hakkının süresi 3 aya uzatılmıştır. Ancak, girişimcinin bu 3 aylık süre içinde Direktif'in 4. maddesinde sayılan bilgileri, Direktif m. 5'deki düzenlemeye uygun olarak tüketiciye vermesi ile birlikte, sözleşmeden dönme hakkı süresi, bilginin gereğine uygun olarak aktarıldığı tarihten itibaren yine 7 iş günü olarak belirlenmiştir.

[134] Direktif'de "geri alma hakkı" kavramı kullanılmış olmasına rağmen, tezde bu kavram hukuken "sözleşmeden dönme hakkı" olarak tanımlanmıştır (Bu konuya ilişkin tartışmalar ve varılan sonuç için bkz., aşağıda Bölüm I, §4, IV, D, 1).

Ancak, Direktif m. 6'da öngörülen bu yaptırım bakımından, Direktif'in 4. maddesi ile 5. maddesinde gözetilen amacın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüphelidir. Burada vurgulanması gereken nokta, Direktif m. 4'de düzenlenen, sözleşme öncesi tüketiciye bilgi verilmesi şartı ile Direktif m. 5'de düzenlenen, 4. madde gereğince temin edilen bilgilerin daha sonra gönderilecek bir belgeyle teyit edilmesini öngeren şart arasındaki ince farktır.

Yukarıda da açıklandığı gibi, Direktif m. 4'ün düzenlenmesindeki amaç, tüketicinin bilgi yönünden de girişimci karşısında eşit konumda olmasını sağlamaktır. Bu nedenle önemli olan, bilginin *zamanında* aktarılmasıdır. Sözleşmenin kurulmasından önce *zamanında* gerekli konularda bilgilendirilen tüketici, sözleşmenin kurulmasındaki serbest iradesini kendi yararına en iyi şekilde kullanabilecektir.[135]

Direktif m. 5'in düzenlenmesiyle güdülen amaç ise, tüketiciye en geç sözleşmenin kurulması anına kadar sözlü olarak iletilmiş bilgilere, tüketicinin her zaman erişebilmesini sağlamaktır. Her tür uzaktan haberleşme aracının özellikleriyle bağdaşır nitelikte kural koymayı hedef alan Direktif'de, gerekli bilgilerin, örneğin bir telefon siparişi sırasında, bir belgeyle iletilemeyeceğinin gözetilmiş olması doğaldır. Bu nedenle, sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciye verilen gerekli bilgilerin daha sonraki bir aşamada daha kapsamlı bir şekilde yazılı onayını öngören Direktif'in 5. maddesindeki farklı düzenleme yerindedir.

Ancak, dikkat edilirse Direktif m. 6'da düzenlenen yaptırım, sadece 5. maddedeki bilginin tüketici tarafından her zaman erişilebilir olması şartına yöneliktir, yoksa 4. maddede düzenlenen sözleşmeden önce bilginin tüketiciye sağlanması

[135] Fleischer, sh. 789.

yükümlülüğüne değil. Bu durumda, aslında tüketiciye karşı ön bilgi verme yükümlülüğünü *sözlü olarak yerine getirmemiş* olan girişimcinin bu yükümlülüğünü yerine getirmek için, herhangi bir hukukî sorumluluğu doğmaksızın, mal sözleşmelerinde en geç malın teslimi ve hizmet sözleşmelerinde ise, en geç hizmetin ifası anına kadar zamanı vardır. En geç malın teslimi ya da hizmetin ifası anında gerekli konularda bilgilendirilen tüketicinin ise, *sözleşmenin kurulması sırasında* girişimci karşısında her zaman eşit konumda olmayacağı açıktır.[136]

Buna ilaveten, özellikle hizmet sözleşmelerinde, bilginin teyidinin bir belge ile aktarılması için öngörülen süre, en geç "hizmetin ifası" anı olarak belirlenmiştir. Buna karşılık, sözleşmeden dönme hakkı, "sözleşmenin kuruluşu" tarihinden itibaren işlemeye başlamaktadır. Bu da tüketicinin, aslında girişimci tarafından verilmesi gereken bilgileri, bizzat kendisinin edinme zorunluluğunu beraberinde getirmiştir.[137]

Ayrıca, hem mal hem de hizmet sözleşmelerine ilişkin olmak üzere, Direktif m. 6'ya göre, 5. maddedeki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde 3 aya uzayan sözleşmeden dönme süresi kesindir. Bir başka deyişle, girişimcinin Direktif m. 5'de düzenlenen yükümlülüklerini bu süre içerisinde de yerine getirmemesinin

---

[136] Fleischer, sh. 792: Yazar, bu konuda Direktif düzenlemesinin *asgari* koruma öngören kurallardan oluştuğuna bir kez daha dikkati çekerek, bu konuda üye devletlerce girişimci açısından daha ağır düzenlemelere gidilebileceği üzerinde durmuştur. Ayrıca, tüketicinin sözleşmenin kurulması aşamasında girişimci karşısındaki eşitsizliğini giderebilmek için, Almanya'nın *culpa in contrahendo* çerçevesinde sözleşmenin feshini düzenlediğini belirtmiştir (Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda Bölüm II, §7, III, D). Türk Hukukunda ise, sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü, sözleşmenin hukukî hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesinde kanımızca "kanunî geciktirici şart" olarak düzenlenerek, söz konusu eşitsizliğin önüne geçilmiştir (Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda Bölüm III, §13, II, E).

[137] Willingmann, sh. 399; Ayrıca bkz., Dickie, sh. 221-222.

Direktif'de düzenlenmiş başka hiç bir yapturımı yoktur. Bu anlamda, yine kendi çabasıyla sözleşmeden dönme hakkı olduğunu öğrenemeyen tüketici, ihtiyacını karşılamayan mal ya da hizmet sözleşmesiyle bağlı kalmaya mahkum edilmiştir.[138]

C. Direktif Hükümlerinin Uygulama Alanı Dışında Kalan Sözleşmeler

Bir sözleşmenin Direktif'de belirlenen mesafeli sözleşme tanımına uyup uymadığı ilk olarak incelendikten sonra, söz konusu sözleşmenin mesafeli sözleşme niteliğini taşıması halinde, Direktif'in o sözleşme üzerinde hüküm doğurup doğurmayacağını tam olarak değerlendirebilmek için ikinci olarak, Direktif'in uygulama alanı dışında kalan istisnaların dikkate alınması gerekmektedir.[139]

Direktif'in istisnalarını, Direktif'in tümüyle kapsamı dışında kalan istisnalar ve Direktif'in sadece bazı maddelerinin kapsamı dışında kalan istisnalar olmak üzere belirlemek gerekirse, söz konusu istisnai düzenlemelere sırasıyla, Direktif'in şu maddelerinde yer verilmiştir:

- *Direktif m. 3/1'de*, Direktif'in üzerinde tümüyle uygulama alanı bulmayacağı sözleşmelere yer verilmiştir.
- *Direktif m. 3/2'de*, Direktif'in diğer hükümleri saklı kalmak kaydıyla, m. 4, m. 5, m. 6 ve m. 7/1'in üzerinde uygulanmayacağı sözleşmeler düzenlenmiştir.
- *Direktif m. 6/3'de* ise, yalnızca sözleşmeden dönme hakkının kullanılamayacağı sözleşme türleri belirlenmiştir.

[138] Meents, sh. 202.

[139] Wilmer/Hahn, sh. 119.

1. Direktif'in Tümüyle Uygulama Alanı Dışında Kalan Sözleşmeler

Belirli bazı özelliklere sahip olan sözleşmeler, aslen mesafeli sözleşme niteliğinde olmalarına rağmen Direktif'in uygulama alanı dışında bırakılmışlardır. Buna göre, Direktif m. 3/1'de sayılan Direktif'in tümüyle kapsamı dışında düşünülmüş istisnai haller şunlardır:[140]

- Mal satışı yapan otomatları kullanarak ya da otomasyona geçmiş ticarî işyerleri ile yapılan işlemler sonucu kurulan sözleşmeler (*Warenautomaten oder Automatisierte Geschäftsräume, Automatic Vending Machines or Automated Commercial Premises*),
- Halka açık telefonların kullanımı vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleri ile kurulan sözleşmeler (*öffentliche Fernsprecher, use of Public Pay Phones*),
- Açık arttırma yoluyla kurulan sözleşmeler (*Versteigerungen, auction*) ve
- Kira hariç, taşınmazların inşasına, satımına ya da taşınmazlara ilişkin ayni veya şahsi haklara dair sözleşmeler (*Immobilien und Rechte an Immobilien, construction and sale of immovable property*).

[140] Direktif m. 3'de sayılan istisnalardan biri de, finansal hizmetlere ilişkin sözleşmelerdir. Ancak, 23.09.2002 tarihli "Uzaktan Finansal Hizmetler Hakkındaki Direktif" (ABl. Nr. L 271 v. 09.10.2002, sh. 0016-0024) ile, finansal hizmetler de Direktif'in kapsamına dahil edilmiştir.

a. Mal Satışı Yapan Otomatların Kullanılmasıyla ya da Otomosyana Geçmiş Ticarî İşyerleriyle Kurulan Sözleşmeler

Mal satışı yapan otomatlar kullanılarak ya da otomosyana geçmiş ticarî işyerleriyle kurulan sözleşmelerin kapsam dışı bırakılması yerindedir. Otomosyana geçmiş ticarî işyerlerinden kasıt, örneğin, birden fazla çamaşır makinasının birarada toplandığı bir çamaşır salonudur.

Yukarıda da açıklandığı üzere, Direktif'in amacı, tüketiciyi *uzaktan haberleşme araçları kullanılarak* kurulan mesafeli sözleşmelere teşvik etmektir. Otomatik makinalar ise, birer haberleşme aracı değillerdir ve işte bu nedenle de kapsam dışı bırakılmışlardır.[141]

b. Halka Açık Telefonlardan Yararlanmak Suretiyle Telekomünikasyon Operatörleri ile Kurulan Sözleşmeler

AT Konseyinin "ortak görüş"ünde,[142] bu sözleşmeler, "hukukî sonuçlarını anında doğuran sözleşmeler" olarak tanımlanmış ve bu nedenle, Direktif'in kapsamı dışında düşünülmüşlerdir.

Ancak, bir görüş,[143] halka açık telefonların kullanımı sonucu kurulan sözleşmelerin hukukî niteliğinin mesafeli sözleşme olduğu üzerinde durarak, bu sözleşmelerin kapsam dışı bırakılış nedenini eleştirmiştir. Bu görüşe göre, halka açık telefonların kullanımıyla telekomünikasyon operatörleri ile kurulan hizmet sözleşmelerinin Direktif'in uygulama alanı dışında düzenlenme nedeni olarak

[141] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 21, A3 Art. 3 19-22.

[142] AT Konseyinin "ortak görüşü" için bkz., ABl. Nr. C 288 v. 30.10.1995, sh. 0010.

gösterilen "hukukî sonuçlarını anında doğurma" gerekçesi yerinde değildir. Bu anlamda, özellikle Direktif m. 6/3 hükmü düzenlemesinin dikkate alınması önerilmiştir.

Direktif m. 6/3'e göre, bir hizmet ediminin, tüketicinin de onayı ile, hizmet sözleşmesinin kurulmasından itibaren işleyecek 7 iş günlük dönme süresinin *sona ermesinden önce* ifa edileceğinin kararlaştırılmış olması halinde, sözleşmeden dönme hakkı, hizmet ediminin ifasıyla birlikte artık sona erecektir. Dikkat edilirse, bu durumda da, hizmet sözleşmesinin hukukî sonuçlarını bir bakıma anında doğurması söz konusu olup, bu durum, mesafeli sözleşmelerin tümüyle kapsamı dışında kalan bir hal olarak değil de, *sadece* sözleşmeden dönme hakkının bir istisnası olarak düzenlenmiştir.

Görüşün yukarıda açıklanan söz konusu eleştirisine hak vermek kanımızca yerinde olacaktır. Ancak, yine aynı görüşün bu sözleşmelerin kapsam dışı düzenlemesinin nedenini, "tüketicinin halka açık bir telefonu kullanmaya giderken yolda geçirdiği zaman içerisinde kurmak istediği sözleşme hakkında yeterince düşünme imkanına sahip olduğu" gerekçesine bağlamaya çalışması ise yerinde olmamıştır. Aklı başında makul bir tüketicinin örneğin, evinde izlediği bir program sonrası ev telefonundan sipariş vermesi halinde de yeterince düşünme imkanına sahip olduğu ortadadır.[144]

---

[143] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr.22, A3 Art. 3 19-22.

[144] "Kapı önünden satış"ta sözleşmeden dönme hakkının düzenleniş nedeni olarak gösterilen "gafil avlanma", mesafeli sözleşmelerde bu hakkın düzenleniş nedeni olarak kanımızca gösterilemez. Çünkü, mesafeli sözleşmelerde tüketici, evine gelen bir satıcı tarafından o malı almaya ikna edilmeye çalışılmamaktadır. Buna ilaveten, sözleşmenin kuruluşu aşamasında örneğin, internetin veya kataloğun kullanılması durumlarında tüketicinin, kendisine psikolojik baskı yapabilecek

Buna ilaveten, "halka açık telefon" kavramı ile ifade edilmek istenenin, *sadece* tüketicinin para ödeyerek ya da bir telefon kartıyla kullandığı telefonlar olduğuna da dikkat edilirse,[145] söz konusu görüş tarafından öne sürülen nedenin ve dolayısıyla, Direktif'de düzenlenen bu istisnai halin yerinde olmadığı anlaşılacaktır.

c. *Kira Hariç Taşınmazların İnşasına, Satımına ya da Taşınmazlara İlişkin Ayni veya Şahsi Haklara Dair Sözleşmeler*

AT Hukukunda benimsenen "mal" kavramının tanımı dikkate alındığında, taşınmazların zaten bu kavram dahilinde düşünülmemesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Gerçekten, AET m. 23/2' nin (eski m. 9/2) yorumu bizi, sadece *taşınabilir* malların hukukî anlamda birer "mal" olduğu sonucunu düşünmeye itmektedir. Bu nedenle, Direktif'in söz konusu düzenlemesi sanki bir tekrardan ibaretmiş gibi gözükse de, aslında nitelikleri yapılan mal tanımıyla örtüşmeyen diğer bütün eşyalar, "hizmet" kavramının dahilinde düşünüldüğünden isabetli olmuştur.[146]

---

sözleşmenin karşı tarafının sesini bile duymadığı bir gerçektir. Agresiv telefon konuşmalarında ise, tüketicinin telefonu her zaman kapatma fırsatına sahip olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

[145] Börner/Rath/Sengpiel, Fernabsatzrecht, 1. Aufl., Köln, Bundesanzeiger Verlag, 2001, sh. 31: Yazar, "halka açık telefon" kavramının dar yorumlandığını ve bu anlamda, sadece, tüketicinin telefon konuşmasını gerçekleştirebilmek içine para attığı ya da telefon kartı kullandığı telefonların bu kavramın dahilinde düşünüldüğünü belirtmiştir.

[146] Thorn, sh. 5.

Bir görüş,[147] taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin Direktif'in uygulama alanı dışında düzenlenmesinin nedenini, taşınmazların değerinin taşınırlara oranla daha yüksek olmasına ve dolayısıyla da, tüketicilerin taşınmazlara ilişkin hukukî işlemlere girişirken daha dikkatli davranmalarına bağlamıştır. Bu yönde, AT Parlamentosu temsilcisinin, "*aklı başında makul her insanın, taşınmazlara ilişkin sözleşmeleri uzaktan, söz konusu taşınmazı görmeksizin kurmaya yanaşmayacağından hareketle, taşınmazlara ilişkin hukukî işlemlerin mesafeli sözleşmeler alanında büyük bir öneme sahip olmadığını*" ileri süren görüşü de ilgi çekicidir.[148]

Ayrıca, bir başka görüş ise,[149] AT Konseyinin ortak görüşünde öne sürülen nedene işaret etmiştir.[150] Bu anlamda, üye devletlerin taşınmazlarla ilgili hukukî düzenlemelerinde, her devletin kendine özgü farklı kurallarına dikkat çekilmiştir. Gerçekten, üye devletlerin söz konusu farklı hükümlerinin uluslararası alanda taşınmaz satımınını bir hayli güçleştirdiği gözönünde tutulduğunda, getirilen Direktif düzenlemesi yerindedir. Bu nedenle, uluslararası alanda taşınmaz satımının teşvikinden ve böylece, bu tür sözleşmeler üzerinde de bir Direktif uygulamasından söz edilebilmesi için, ilk önce üye devletlerin taşınmazlarla ilgili hukukî düzenlemelerinde uyumlaştırmaya gidilmelidir.

---

[147] Akipek, Şebnem, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiyenin Uyumu", BATİDER, Aralık 2002, C. XXI, S. 4, sh. 49, dpn. 8.

[148] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 23, A3 Art. 3 23-25.

[149] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 23, A3 Art.3 23-25.

[150] AT Konseyinin ortak görüşünde öne sürülen neden için bkz., ABl. Nr. C 288 v. 30.10.1995, sh. 0010.

d. Açık Arttırma Yoluyla Kurulan Sözleşmeler

Söz konusu sözleşmelerin Direktif'in uygulama alanı dışında bırakılmasının nedeni, "*açık arttırmanın uygulamadaki özellikleri*" olarak belirlenmiştir.[151] Ancak, açık arttırmanın uygulamadaki özellikleri ile tam olarak ne kastedildiği açıklanmamıştır. Bu nedenle, somut bir örnek verilmesi gerekirse, internet üzerinden yapılan bir açık arttırmada yaptığı en iyi teklifle sözleşmenin kurulmasına neden olan tüketicinin, kendisine tanınacak sözleşmeden dönme hakkı nedeniyle, yaptığı teklifle aslında bağlı olmadığının kabul edilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Bu tür bir uygulamanın açık arttırma yoluyla yapılan satışların uygulanabilirliğini zedeleyeceği ortadadır.[152]

2. Direktif'in Diğer Hükümleri Saklı Kalmak Kaydıyla, 4., 5., 6. ve 7/1. Maddesinin Uygulanma Alanı Bulmayacağı Sözleşmeler

Direktif'in kısmen uygulama alanına giren, ancak Direktif'in "*tüketicinin bilgilendirilmesi*" (m. 4), "*bilginin teyidinin bir belge ile tüketiciye iletilmesi*" (m. 5), "*tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı*" (m. 6) ve "*sözleşmenin ifası*" (m. 7/1) ile ilgili hükümlerinin üzerinde uygulama alanı bulmayacağı sözleşmeler, Direktif m. 3/2'de sayılmıştır. Buna göre söz konusu sözleşmeler şunlardır:

---

[151] Bu konudaki düzenleme için bkz., ABl. Nr. C 288 v. 30.10.1995, sh. 0010.

[152] Meents, sh. 216-217: Ancak, yazar, açık arttırma yoluyla yapılan satışların tamamen Direktif'in uygulama alanı dışında tutulmasını eleştirmektedir. Yazara göre, bir orta yol bulunması ve bu anlamda, tüketicinin, sözleşmeden dönme hakkı istisna tutulmak kaydıyla, hiç olmazsa sözleşmenin kurulmasından önce bilgilendirilmesinin sağlanması gerekmektedir.

- Temel gıda maddeleri ile içeceklerin veya ev halkının günlük tüketimine özgü diğer malların, tüketicinin ikametgâhına veya işyerine sürekli ya da düzenli olarak teslimine yönelik sözleşmeler ve
- Vadesi belirlenen ya da belirli bir zaman dilimi içinde ifası kararlaştırılan yiyecek ve içeceklerin teslimine ilişkin sözleşmeler ve boş zaman organizasyonu düzenlenmesine ilişkin hizmet sözleşmeleri.

Ancak burada, Direktif'in 11 numaralı kıstası ile Direktif m. 7/2 düzenlemesinin gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Söz konusu bu iki düzenleme, yukarıda sayılan Direktif maddelerinden 4. ve 7. maddenin yine yukarıda belirtilen iki sözleşme tipi üzerindeki uygulamasını bir bakıma imkan dahiline sokmuştur.

Direktif'in 11 numaralı kıstası, tüketicinin bilgilendirilmesine yöneliktir. Buna göre tüketici, girişimcinin kimliği, malın veya hizmetin özellikleri ve fiyatı gibi hangi temel bilgilerin kendisine sağlanmasını istediğine karar vermek ve bu talebini girişimciye iletmek hakkına sahiptir.[153] Girişimci, kendisine iletilen talep doğrultusunda, seçilen konular hakkında tüketiciyi aydınlatmakla yükümlüdür.

Aynı şekilde, Direktif m. 7/2'deki düzenlemenin uygulanmasının da, yukarıda belirtilen iki istisnai sözleşme türünden ilki üzerinde her halde, sadece boş zaman organizasyonu düzenlenmesine ilişkin sözleşmeler bakımından ikincisi üzerinde ise, girişimci tarafından aksi saklı tutulmadıkça devam edeceği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu düzenlemeye göre, girişimcinin bir imkansızlık sonucu ifasını

[153] Bu konudaki düzenleme için bkz., ABl. Nr. L 144 v. 04.06.1977, sh. 0021.

yerine getirememesi durumunda, söz konusu girişimci tüketiciye durumu bildirmek ve en geç 30 içerisinde de tüketiciden aldığı parayı ona geri ödemekle yükümlüdür.

a. Tüketicinin Günlük İhtiyacını Karşılamak Üzere Gıda Maddelerinin, İçeceklerin ya da Başka Ev Eşyalarının Sürekli ya da Düzenli Olarak Teslimine Yönelik Sözleşmeler

Söz konusu sözleşmelerin Direktif'in kapsamı dışında bırakılmasını eleştiren AT Parlamentosu, AT Komisyonunca hazırlanacak yeni Direktif önerisinde bu konuda da düzenlemeye gidilerek, bu sözleşme türlerinin Direktif'in uygulama alanına alınmasını talep etmiştir. AT Parlamentosunun eleştirisine göre, bu tür sözleşmelerde de tüketiciye yeterli koruma temin edilmelidir.[154]

Ancak, AT Komisyonu daha sonraki düzenlemelerinde, ilk Direktif tasarısında benimsediği tutumuna geri dönerek söz konusu istisnai durumu yeniden öngörmüştür. Bu istisnai halin en önemli özelliğinin tüketim maddelerinin *günlük ihtiyaca göre hazırlanmış olduğu* dikkate alındığında, söz konusu düzenlemeye hak vermemek mümkün değildir.

Buna göre, bu tür sözleşmelerde tüketiciye, örneğin, Direktif m. 6 doğrultusunda sözleşmeden dönme hakkının tanındığı varsayımında, karşılaşılacak en büyük sorun, günlük ihtayaca göre üretilmiş olan gıda maddelerinin girişimci tarafından geri alınması halinde bir daha kullanılamamasıdır. Böyle bir sonucun ise, Direktif'in düzenleniş nedenlerinden biri olan mesafeli sözleşmelerin sayısının

[154] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 25, A3 Art. 3 23-25; Ayrıca, AT Parlamentosunun eleştirisinin benimsenmiş olduğu 07.10.1993 tarihli değiştirilmiş Direktif önerisi için bkz., ABl. Nr. C 308 v. 15.11.1993, sh. 0024.

artışının teşvikini körelteceği açıktır. Girişimci, üzerine yüklenmiş "fazla" sorumluluktan ötürü pazardan ayrılmayı tercih edebileceğinden, mesafeli sözleşmelerin bu alandaki uygulaması da yavaş yavaş ortadan kalkacaktır.

Ayrıca, günlük ihtiyaç doğrultusunda hazırlanacak malların tüketiciye *sürekli ya da düzenli olarak teslimi* de, bu sözleşmelerin Direktif'in 4, 5 ve 7/1 hükümlerinin kapsamı dışında düzenlenmiş olmasının bir nedenidir.

b. *Vadesi Belirlenen ya da Belirli Bir Zaman Dilimi İçinde İfası Kararlaştırılan Yiyecek ve İçeceklerin Teslimine İlişkin Sözleşmeler ve Boş Zaman Organizasyonu Düzenlenmesine İlişkin Hizmet Sözleşmeleri*

İlk olarak, bu tür sözleşmelerin kapsamının belirlenmesi yerinde olacaktır. AT Komisyonunun Direktif hakkındaki ilk önerisi de dikkate alındığında,[155] bu sözleşme türü, "*siparişe dayalı bir hizmet sözleşmesi*" olarak yorumlanacaktır.[156] Bu anlamda kanımızca "sipariş", vadenin ya da ifanın belirli bir zaman dilimi içerisinde yerine getirileceğinin *sözleşmede taraflarca kararlaştırılmış olduğu* durumlara özgü olmak üzere anlaşılmalıdır. Böyle bir siparişin söz konusu olmaması durumunda, kurulan sözleşme Direktif m. 6/3'de düzenlenen ilk ve üçüncü istisnai hal ışığı altında değerlendirilebilecektir. Bu tür bir sözleşme dikkat edilirse, taraflarca aksi karalaştırılmadıkça, sadece "sözleşmeden dönme hakkı"nın (m. 6) bir istisnası olarak belirlenebilir.

---

[155] Bu konudaki düzenleme için bkz., ABl. Nr. C 156 v. 23.06.1992, sh. 0016.

[156] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 26, A3 Art. 3 26; Ayrıca bkz., Meents, sh. 217-218: Yazar, internet üzerinden kurulan "turistik geziler"in (paket turların) da bu anlamda söz konusu istisnanın kapsamında düşünüldüğüne değinmiştir.

İkinci olarak, söz konusu istisnanın düzenleniş nedeni, girişimciye yapılacak bir yiyecek ya da içecek siparişinde veya bir etkinliğin düzenlenmesinin bir girişimciye bırakılması halinde, girişimcinin edim yükümlülüğünü *belirlenen zamanda* yerine getirebilmesi için önceden yapmış olduğu plâna bağlanmalıdır. Bu anlamda, örneğin, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği varsayıldığında, söz konusu sipariş üzerinde çalışan girişimcinin yaptığı bütün hazırlıklarını karşılıksız iptal etmesi düşünülemez.[157]

Ayrıca, bu durumda da, sipariş üzerine hazırlanan yiyeceklerin uzun ömürlü olmayacakları ve içeceklerin de, örneğin servise hazır hale getirildiklerinden ömrünü yitireceği açıktır. Girişimci tarafından bir gruba özel hazırlanan çeşitli etkinliklerin de her grubun ihtiyacına ya da isteğine uygun olması beklenemeyeceğinden, söz konusu Direktif düzenlemesi isabetli olmuştur.

3. Direktif'in 6. maddesinin Uygulama Alanı Bulamayacağı Sözleşmeler (Sözleşmeden Dönme Hakkının İstisnaları)[158]

Direktif m. 6/3'de, *taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça*, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkının tanınmadığı mesafeli sözleşme türleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre belirlenen mesafeli sözleşmeler şunlardır:

---

[157] Meents, sh. 218-219.

[158] Direktif'de, "geri alma hakkı" kavramı kullanılmış olmasına rağmen, tezde bu kavram hukuken "sözleşmeden dönme hakkı" olarak tanımlanmıştır (Bu konuya ilişkin tartışmalar ve varılan sonuç için bkz., Bölüm I, §4, IV, D, 1).

- "Tüketicinin onayı ya da rızasıyla sözleşmenin ifasının, bu maddenin birinci fıkrasına uygun olarak başlamış 7 iş günlük dönme hakkı süresinin sona ermesinden önce yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı hizmet sözleşmeleri",[159]
- "Fiyatın, girişimci tarafından kontrol edilemeyen finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değiştiği mal ya da hizmet sözleşmeleri",
- "Tüketicinin belirlediği niteliklerde veya açıkça kişisel ihtiyaçlar doğrultusunda üretilen ya da niteliği itibariyle geri göndermeye elverişli olmayan veya çabuk bozulan veya son kullanma tarihi geçecek nitelikte olan malların teslimine ilişkin sözleşmeler",[160]
- "Tüketici tarafından dışı kapalı ve mühürlü paketi açılmış olan bir kaset, CD, disket gibi ses ya da görüntü bantlarının ya da bilgisayar yazılım programlarının teslimine yönelik olan sözleşmeler",
- "Gazete, dergi veya diğer magazin yayınlarının teslimine ilişkin sözleşmeler" ve
- "Bahis, yarışma ve piyango gibi yetkili kurum iznine bağlı olarak yürütülen hizmetlerin ifasına ilişkin sözleşmeler".

İlk olarak, maddede açıkça belirtilen "taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça" şartının gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Böylece, söz konusu istisnai durumlar üzerinde sözleşmeden dönme hakkı hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği taraflarca kararlaştırılabilecektir. Bu konuda, tarafların sözleşme

[159] Ayrıca bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, C, 1, b.

[160] Ayrıca bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, C, 2, a ve b.

özgürlüğüne Direktif tarafından getirilmiş olan bir kısıtlamadan söz edilemeyecektir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceğinin taraflarca kararlaştırılmasında, Direktif m. 4 ve m. 5 doğrultusunda, girişimcinin tüketiciyi sadece aksi durum olan "sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceği" konusunda bilgilendirmesinin yetersiz kalacağıdır.[161]

İkinci olarak, sayılan bu istisnaların hepsinin özelliklerine kısaca değinilecek olursa, Direktif m. 6/3 ile getirilen düzenlemenin yerinde olduğu görülecektir.[162] Buna göre, "sözleşmenin ifasının, *tüketicinin de rızasıyla*, 6. maddenin 1. fıkrasına uygun başlayan 7 iş günlük dönme süresinin sona ermesinden önce gerçekleştirileceği hizmet sözleşmeleri"nin sözleşmeden dönme hakkının istisnası olarak düzenlenmesi,[163] özellikle internet üzerinden kurulan ve talep edilen hizmetin ifasının yine aynı uzaktan haberleşme aracı vasıtasıyla anında yerine getirildiği hizmet sözleşmeleri açısından büyük önem taşımaktadır. Bu sözleşmelere örnek olarak, internet üzerinden yapılan, bir girişimcinin "veri tabanı"na (*Datenbank*) ilişkin araştırmalar veya girişimci tarafından sunulan müzik dosyalarının tüketici tarafından indirilmesi v.b. gösterilebilir. Bu tür bir sözleşme çerçevesinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkının tanınmış olduğu varsayımında, tüketicinin girişimcinin verilerine ulaştığı anda ya da yine verilen örnekteki çeşitli müzik dosyalarının

---

[161] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 91, A3 Art. 6 87-92.

[162] Bu konuda ayrıca bkz., Bradgate, Robert, "The EU Directive on Distance Selling", http://webjcli.ncl.ac.uk/1997issued4/bradgate4.html, (15.06.2004), sh. 5-6; Lawson, Richard, "Distance Selling: EC Proposals", S.J. 1992, sh. 1082.

[163] Ancak bkz., Bodewig, Theo, "Die neue Europäische Richtlinie zum Fernabsatz", DZWir 1997, sh. 452, dpn. 59: Yazar, söz konusu 7 iş günlük dönme süresi içinde *hizmetin ifasının başladığı ana kadar*, tüketicinin dönme hakkının varlığına değinmiştir.

tüketiciye varması halinde, tüketicinin bunları her zaman kopyalayıp girişimciye geri gönderebileceği açıktır. Bu nedenle, bu tür sözleşmelerde tüketicinin, yalnızca sözleşme öncesi kendisine gerekli bilgilerin sağlanması yoluyla korunması ve sözleşmeden dönme hakkının kendisine tanınmamış olması, girişimcinin menfaaatlerinin de gözetilebilmesi yönünden isabetli olmuştur.[164]

Ancak, maddede sözü geçen "tüketicinin de rızasının olması" şartı gözden kaçırılmamalıdır. Dikkat edilirse, söz konusu sözleşmelerin dönme hakkının istisnası olarak düşünülebilmesi için, tüketicinin, 7 iş günlük dönme süresinin sona ermesinden önce gerçekleşecek girişimcinin edimini ifasına onay vermesi şarttır. Bir başka deyişle, aynı nitelikteki diğer bütün sözleşmeler, tüketicinin bu konudaki rızası olmadığı sürece, maddenin kapsamı dışında tutulmuşlardır.[165]

Yukarıda sayılan gerek "mühürlü paketi açılmış olan bir kaset, CD, disket gibi ses ya da görüntü bantlarının ya da bilgisayar yazılım programlarının teslimine yönelik sözleşmeler"in, gerekse "gazete, dergi veya diğer magazin yayınlarının teslimine ilişkin sözleşmeler"in dönme hakkının birer istisnası olarak düzenlenmesinde de, yine girişimci ile tüketicinin menfaatlerinin dengelenmesine önem verildiği ortadadır. Bunlara ilaveten, "bahis, yarışma ve piyango gibi yetkili kurum iznine bağlı olarak yürütülen hizmetlerin ifasına ilişkin sözleşmeler"de ise, en basitinden, girdiği şans oyununu kaybeden tüketicinin, oyuna katılırken ödemiş olduğu parayı geri talep edebileceğini düşünmek mümkün değildir.[166]

---

[164] Meents, sh. 221-222.

[165] Bu konudaki düzenleme için bkz., ABl. Nr. C 288 v. 30.10.1995, sh. 0012.

[166] Meents, sh. 223-224.

Düzenlenmesi eleştirilen tek istisnai hal, "fiyatın girişimci tarafından kontrol edilemeyen finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değiştiği mal ya da hizmet sözleşmeleri"dir. Bu tür bir sözleşmenin Direktif'in tanıdığı sözleşmeden dönme hakkının kapsamı dışında tutulmasının, ancak tüketicinin dönme hakkını kullanması halinde kazanç sağlamasının söz konusu olduğu piyasalarda anlaşılabilir olduğu öne sürülmüştür. Bu nedenle, söz konusu düzenlemenin dar yorumlanmasının yerinde olacağına değinilmiştir. Buna göre, girişimcinin finansal piyasalardaki söz konusu dalgalanmalara karşı teminat vermesi, girişimcinin finansal piyasayı kontrol edebileceği olarak yorumlanmalıdır.[167]

D. Tüketicinin Sözleşmeden Dönme Hakkı[168]

1. Kavram

Mesafeli sözleşmelerde tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanınması, bu Direktif'in en önemli özelliklerinden birisidir. Direktif'in 14 numaralı kıstası dikkate alındığında bu hükmün düzenleniş nedeni olarak, tüketicinin sözleşmenin kurulmasından önce satın almak istediği malın ya da edinmek istediği hizmetin özelliklerini uzaktan tam olarak değerlendirmesinin mümkün olmadığı

[167] Dickie, sh. 224.

[168] Direktif'de "geri alma hakkı" olarak geçen söz konusu hak, tezde "sözleşmeden dönme hakkı" olarak tanımlanmıştır (Bu konuya ilişkin tartışmalar ve varılan sonuç için bkz., Bölüm I, §4, IV, D, 1.

gösterilmiştir.[169] Buna göre, sözleşmenin kurulması anında malın ya da hizmetin özellikleri hakkında "ticarî ünvanının dahi değerlendirilmesi güç olan girişimci"[170] tarafından kendisine sağlanan bilgiler doğrultusunda iradesini oluşturacak olan tüketicinin, sözleşmenin kurulmasıyla ya da malın kendisine teslimiyle kurduğu sözleşmeden pişmanlık duyabileceği mümkündür. Özellikle talep edilen malın, tüketicinin eline geçmesiyle tüketici tarafından subjektif olarak değerlendirilmesi, aslında sözleşmenin kurulması anında da onun sözleşmeyi kurucu iradesinin oluşumu için arzu edilen bir durumdur. Bu nedenle, sözleşmenin kurulması anında böyle bir fırsatı olmayan tüketiciye, sözleşmenin kurulmasından ya da malın eline geçmesinden sonra söz konusu fırsatın verilmesi (*cooling-off period*) yerinde olmuştur.[171]

Sonuç olarak, sözleşmenin kurulmasından ya da malın eline geçmesinden itibaren işleyecek süre içinde, kurulan sözleşmenin sonuçları hakkında tekrar düşünme imkanına sahip olan tüketici, sözleşmenin kurulması anında sözleşmeden

---

[169] Direktif'de bu yönde tek bir neden gösterilmiş olmasına rağmen, öğretide ayrıca, "tüketicinin gafil avlanması" tartışmalarına da yer verilmiştir (Bkz., Rothchild, sh. 294-295; Willingmann, sh. 399); Karşıt görüş için bkz., yukarıda dpn. 144.

[170] Willingmann, sh. 398: Yazar, "girişimcinin kimliği ve ticarî ilgi alanı hakkında bilgilendirilen tüketicinin, girişimciyi yeteri kadar tanıma imkanına sahip olduğu"nu kabul eden görüşü, bir bakıma eleştirmiştir. Yazara göre, özellikle telefon yoluyla yapılan satımlarda genellikle bir band kaydıyla muhatap olan tüketicinin karşı tarafa soru sorma imkanının dahi olmadığı dikkate alınırsa, söz konusu bilgi verme yükümlülüğüne rağmen tüketicilerin mesafeli sözleşmeler hakkında tam olarak tatmin edilemeyecekleri açıktır; Ayrıca bkz., Bodewig, sh. 450.

[171] Ayrıca bkz., Willingmann, sh. 399.

beklediği faydanın gerçekte gerçekleşmeyeceğine inanırsa, hiç bir gerekçe göstermeksizin sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.[172]

Ancak, sözleşmeden dönme hakkının tüketiciye tanınmasının doğru olup olmadığı konusunda hukuk ekonomisi bakımından öğretideki tartışmaların da gözden kaçırılmaması gerekmektedir.[173] Bu yönde, dönme hakkının üye devletlerdeki uygulaması bakımından, özellikle *emredici niteliği* eleştirilmiştir. Gerçekten, Direktif doğrultusunda üye devletlerce benimsenmiş olan mesafeli sözleşmeden dönme hakkından feragat etme imkanı olmayan tüketicinin, pazarlık yapma şansı elinden alınmış ve girişimciye yüklenen sorumluluğun, uygulamada yine girişimci tarafından fiyatlara yansıtılmasıyla tüketici, mal ya da hizmet alımında daha yüksek bedeller ödemeye mahkum edilmiştir. Böylece, söz konusu Direktif düzenlemesi aslında ters bir etki doğurarak, girişimciye ait olan sorumluluğun tüketicinin üzerinde kalmasına neden olmuştur.[174] Bu Direktif düzenlemesinde, tüketicinin, daha düşük bir fiyat ödeyerek satın alacağı malın ya da hizmetin, beklentilerine uygun olmaması riskini üstlenmesini tercih edebileceğinin gözden kaçırıldığı dikkate alındığında,[175] yapılan eleştirilere hak vermemek olanaksızdır.

Burada özel olarak üzerinde durulması gereken nokta, Direktif'de yer alan "geri alma hakkı" (*Widerrufsrecht, right of withdrawal*) ibaresinin, tezde "sözleşmeden dönme hakkı" (*Rücktrittsrecht*) olarak nitelendirilmesi nedenidir.

---

[172] Rothchild, sh. 293.

[173] Ayrıntılı bilgi için bkz., Ott (Yayımlanmamış); Van den Bergh, sh. 85-89; Jackson, Thomas H. "The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law", Harvard L. Rev. 1985 (*98*), sh. 1409.

[174] Van den Bergh, sh. 84, 87.

[175] Rothchild, sh. 294-297.

Tüketicinin geri alma hakkı, Direktif'in 6. maddesinde düzenlenmiştir. Direktif m. 6/1'e göre, "tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulması tarihinden itibaren asgari 7 iş günü içerisinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezaî şart ödemeksizin geri alma hakkını kullanabilir".

Hemen belirtilmelidir ki, Direktif m. 6/1'in metninde yer alan "geri alma hakkı"nın AT Hukukunda yapılmış bir tanımına rastlamak mümkün değildir. Bu anlamda kanımızca, üye devletler, kendi hukuk sistemlerini ve mesafeli sözleşmelerin kendine has özelliğini de dikkate alarak söz konusu hakkın iç hukuk mevzuatındaki hukukî niteliğini belirleyebileceklerdir. Dikkat edilmesi gereken konu, Direktif'in, söz konusu hakkın kullanılmasını sözleşmenin kurulmuş olması şartına bağlamış olması ve bu hakkın kullanılması ile tüketiciye artık o sözleşmeyle bağlanmak istemediği yönündeki irade beyanını açıklama hakkının verilmiş olmasıdır. Amaç, yukarıda da açıklandığı üzere, tüketicinin, sözleşmenin kurulması aşamasında oluşan irade beyanını sadece girişimci tarafından yapılan mal ya da hizmet tarifine dayandırması ve örneğin, söz konusu malı eline alıp subjektif olarak değerlendiremediğinden, onun, kendisini aslında istemediği bir sonuca götürebilecek söz konusu irade beyanını geri alabilmesini sağlamaktır. Ancak, bu hak hukukî niteliği yönünden önemini, sözleşmenin kurulması ve hatta hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamış olması halinde gösterebilecektir. Çünkü aksi bir görüşün kabulü halinde özellikle satıcı yönünden, onun malı tüketiciye teslim etme borcundan bahsedilemeyecek ve mal eline geçmemiş olan tüketici de, doğal olarak söz konusu irade beyanıyla aslında bağlanmak istemediğinin farkına varamayacaktır. Nitekim, aşağıda da açıklanacağı üzere, sadece mal sözleşmeleri açısından ele alındığında, yine Direktif m. 6/1'de, söz konusu hakkın kullanılmasında öngörülen sürenin "malın

tüketiciye ulaştığı" günden itibaren işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir. Buna ilaveten, sözleşmenin ifa edilmesi yükümlülüğünün de Direktif m. 7'de ayrıca düzenlenmiş olması, AT Hukukunda, tüketicinin söz konusu hakkını kullanmasından önce sözleşmenin kurulmuş ve hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamış olmasının arandığı yönündedir.

Her ne kadar, Direktif maddelerinden tüketiciye tanınan bu hakkın kullanılmasından önce sözleşmenin kurulmuş ve hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamış olduğu sonucuna dolaylı olarak ulaşılabilmekteyse de, tezin konusu açısından Alman Hukuku ve Türk Hukukunda bu konuda kesin bir sonuca ulaşılmamış ve bu nedenle de, hakkın hukukî niteliğini tanımlamak için kullanılan terminolojide bir fikir birliğine varılamamıştır.

İşte, ilerideki açıklamalara ışık tutabilmesi ve gerek BGB'de gerek TKHK'da gerekse öğretide söz konusu hakkı tanımlamak için kullanılan farklı terminolojiden ötürü herhangi bir soru işaretinin oluşmasını engellemek amacıyla, burada Alman ve Türk Hukukunda kullanılan ilgili kavramların üzerinde kısaca durulacaktır. Daha başından belirtilmelidir ki, Direktif'de tüketiciye tanınan hak, hukukî niteliği itibariyle bir "sözleşmeden dönme hakkı"dır ve tezde özellikle TKHK'nun metninden ayrılınarak "cayma hakkı" yerine, "sözleşmeden dönme hakkı" kavramının kullanılması uygun görülmüştür.[176]

Bu anlamda ilk olarak konuya ilişkin Alman Hukuku düzenlemesi gözönüne alınırsa, karşılaşılaşılacak sonuç, konunun düzenlendiği BGB §312d'de mesafeli sözleşmelerde tüketicinin "geri alma hakkı"ndan bahsedildiğidir.

[176] Aynı yönde bkz., Buz, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, sh. 71.

BGB'de yer alan bu kavram öğretide tartışmalara neden olmuştur. "Geri alma hakkı" kavramının kullanılmasını eleştiren görüşün de belirttiği üzere,[177] dar anlamda "geri alma hakkı", sözleşmeyi kuran kişi iradesinin geri alınması olarak tanımlanmaktadır. Buna göre de Direktif'de kullanılmış olan "geri alma" kavramı ile, sözleşmeyi kuran irade beyanlarının bağlayıcılığına istisna oluşmaktadır.[178] Diğer bir ifadeyle hukukî nitelik itibariyle geri alma hakkının varlığı halinde ortada kurulmuş olan bir sözleşmeden söz etmeye hukuken imkan yoktur. Halbuki, yukarıda da açıklandığı üzere temel alınan Direktif düzenlemesinde, söz konusu hakkın kullanılabilmesi için sözleşmenin kurulmuş olması şartı aranmıştır. Daha açık bir ifadeyle tekrar etmek gerekirse, Direktif'de tüketiciye tanınan hak, ona tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşme ilişkisini sona erdirme yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır.[179] İşte bu nedenle, Alman doktirininde benimsenen görüşe göre, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınan hakkın, "geri alma hakkı" olarak adlandırılması yerinde olmamıştır. Öğretide, "geri alma hakkı" kavramı yerine, "sözleşmeden dönme hakkı" kavramının kullanılması önerilmiştir.

Nitekim, ileride de ele alınacağı üzere, Kanun'daki ifadesiyle "geri alma hakkı"nın hüküm ve sonuçlarının düzenlendiği BGB §357'de bu hak üzerinde, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, Kanun'un "sözleşmeden dönme hakkı"na ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağı hükme bağlanmıştır.

Tüm bu eleştirilere rağmen "geri alma hakkı" kavramını kullanmakta ısrar eden Alman kanun koyucusu bu yöndeki tavrını, "Borçlar Hukukunun

---

[177] Reich, sh. 585; Reich, Norbert (1996), Europäisches Verbraucherrecht, 3. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, sh. 379.

[178] Reich, sh. 585.

[179] Buz, sh. 70.

Modernleştirilmesine Yönelik Kanun"un dahi yürürlüğe girmesinden önce daha en başından kesin olarak şu şekilde belirlemiştir:[180]

"Direktif'de bu kavram (geri alma hakkı) ile bağdaştırılan herhangi bir açık inşai talimata rastlanmamaktadır. Bu nedenle söz konusu hak, iç hukuka aktarılma prosedürü çerçevesinde biçimlendirilecektir. Geri alma hakkı kavramı, keza Alman Hukukunda dahi belli bir inşai olayı tasvir etmemektedir. Söz konusu kavram daha ziyade muhtelif durumlarda birbirinden farklı anlamlarda kullanılmaktadır....Buna göre, geri alma hakkı özünde iki değişik hukukî durumu ifade etmektedir. Şöyle ki, Kapıdan Satışlara İlişkin Kanun ile ...gibi benzeri kanunlarda, geri alma hakkı süresi içerisinde hak kullanılıncaya kadar sözleşmenin askıda geçersiz; Uzaktan Eğitim Kanun'unda ise, süresi içerisinde geri alma hakkı kullanılıncaya kadar sözleşmenin askıda geçerli olduğunu belirtmektedir. Ancak, farklı anlamlarda kullanılan geri alma hakkının hukukî hüküm ve sonuçları aynıdır. Tüketicinin korunmasına yönelik tüm kanunlarda, tüketici lehine düzenlenen istisnai durumlar dışında, özünde Kapıdan Satışlara İlişkin Kanun §§ 3 ve 4'de yapılan gönderme ile BGB'nin dönme hakkına ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağı öngörülmüştür.

Mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınan hakkın düzenlenmesinde de, hakkın, geri alma hakkı olarak tanımlanarak, varolan iki örnek içeriğiyle bağdaştırılması düşünülmektedir. Bu model, tüketiciye tanınan söz konusu hakkın geri alma hakkı olarak değil de, sözleşmeden dönme hakkı olarak tanımlanması gerektiği yönünde eleştirilere maruz kalmıştır. Böyle bir düzenleme, tüketicinin korunmasına yönelik kanunları kavram bakımından zenginleştirecek, ancak pratik hiç bir etkiye sahip

[180] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 41-42.

olmayacaktır. Ne şekilde adlandırılırsa adlandırılsın hakkın hukukî hüküm ve sonuçları, Kapıdan Satışlara İlişkin Kanun §§ 3 ve 4'e göre belirlenecektir.... Böyle bir önerinin getiriliş nedeni, hakkın işlemeye başlamasının, malın teslimine bağlanmış olması ve tüketiciye, ödediği meblağın kendisine geri ödenmesini isteme hakkının sağlanmasının garanti edilmesi zorunluluğu ile açıklanabilir. Her iki hal de temelini, sözleşmenin geçerli olmasına dayandırmaktadır. Bu tartışma, yürürlükte olan hukuk tarafından -örneğin, Uzaktan Eğitime İlişkin Kanun ile- çürütülmüştür. Örneğin, Uzaktan Eğitime İlişkin Kanun'da da, bu tür bir geri alma hakkı çoktan tanınmış ve söz konusu eleştirinin amacına askıda geçerlilik haliyle ulaşılmıştır. Buna ilaveten, her iki tarafın da ön ifa yükümlülüğünü yerine getirmesi gereği, sözleşmeden dönme hakkıyla gerekçelendirilemez....".

Dikkat edileceği üzere, Alman kanun koyucusu tüketiciye tanınan hakkın kullanılabilmesi için sözleşmenin kurulmuş olması gereğini kabul etmiş, ama aslında sırf daha önceden -örneğin, kapıdan satışlarda- tüketiciye tanıdığı aynı yöndeki hakkın terminolojisinden kopmamak için, mesafeli sözleşmelerde de yine "geri alma hakkı" kavramını kullanmaya devam etmiştir. Kapıdan satışlardan farklı olarak da,[181] hakkın kullanılmasına kadar geçen süreyi sözleşmenin "askıda geçerli"liği ile tanımlamıştır. Gerçekten, çözüm olarak getirilen "askıda geçerlilik" hali, yukarıda getirilen "söz konusu hakkın kullanılmasına kadar geçen süre içerisinde sözleşmenin

[181] Kapıdan satışlar ile mesafeli sözleşmeler arasındaki söz konusu fark, bu iki sözleşme türünün, ya da daha doğru bir ifadeyle sözleşme yönteminin, düzenleşindeki "tüketinin korunmasındaki neden" farklılığına bağlanmıştır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Mankowski, Peter, "Schwebende Wirksamkeit unter §361 a BGB", WM 2001, sh. 796-797).

geçerli olarak kurulmuş ve geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamış olması şartını"nı gerçekleştirmiştir.[182]

Alman Hukukunda böylece, "geri alma hakkı" kavramına daha geniş bir anlam katılarak, bu kavram ayrıca, tüketici sözleşmeleri hukukuna özgü bir kavram halini almıştır. Tüketicinin geri alma hakkını kullanması durumunda ise, hangi tüketici sözleşmesi söz konusu olursa olsun, sözleşme ilişkisi her halde, aşağıda da açıklanacağı üzere[183] açıkça gönderme yapılan "sözleşmeden dönme" hükümleri çerçevesinde ters konulu bir hukukî ilişkiye dönüşerek çözülmeye başlayacağından, özellikle tarafların birbirlerine verdikleri şeylerin iadesi konusunda da, "geri alma hakkı" kavramının kullanılmasından ötürü taraflar aleyhine olumsuz bir sonuçla karşılaşılmayacaktır.

Bu bağlamda, Türk Hukukunda da, Alman Hukukunun mesafeli sözleşmelerde yukarıda yapılan gerek sözleşmenin kurulmuş gerek hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamış olması konularında bir farklılık göze çarpmamaktadır.

Ancak, Türk kanun koyucusunun bu yönde, Alman kanun koyucusundan farklı olarak, TKHK'da kullandığı kavram "cayma hakkı"dır. Cayma hakkı, "borçlanma işlemine münhasır dolaylı etkileri bulunan dönme hakkının, geniş anlamda tasarruf işlemine dolaysız bir güçle etkili kılınmış türü"[184] olarak tanımlanmaktadır**.** Her ne

---

[182] "Askıda geçerlilik" kavramının tanımı ve "askıda geçersizlik" halinden farkı için bkz., Demir (2004), sh. 48-49.

[183] Bkz., aşağıda Bölüm II, §8, V.

[184] Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Vârisleri Koll. Şti., 1975, sh. 144; Ayrıca, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının borçlandırıcı işlem üzerindeki "dolaylı" ve "doğrudan" etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Serozan, sh. 63-78; Belirtilmelidir ki, *Serozan*'ın dolaylı etki ve doğrudan etki tanımlaması, tezde aşağıda sırasıyla, "dönüşüm teorisi" ve

kadar, aşağıda daha ayrıntılı değineleceği üzere[185] dönme hakkının "borçlanma işlemine dolaylı etkisi" tartışmaya açık bir konu olsa da, burada konumuz açısından önemli olan, "cayma hakkı" ile Türk kanun koyucusunun "sözleşmeden dönme" kurumunu geniş anlamda tanımlayarak, söz konusu hakkın kullanılmasıyla önceden gerçekleştirilen tasarruf işleminin artık hüküm ifade etmeyeceğini vurgulamış olmasıdır.

Hal böyle olmakla birlikte, Türk öğretisinde, kanun koyucunun "cayma hakkı" kavramını kullanması haklı olarak eleştirilmekte, ancak çoğunlukça "sözleşmeden dönme hakkı" kavramı yerine, "geri alma hakkı" kavramının kullanılması önerilmektedir.[186]

Öğretide söz konusu hakkın "geri alma hakkı" olarak tanımlaması yönündeki eğilime getirilecek eleştiri, özellikle söz konusu hakkın kullanılmasının hukukî hüküm ve sonuçlarının, Alman Hukukundakinin aksine, TKHK'da yeterince düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda, Türk Hukukunda "geri alma hakkı" kavramının kullanılması halinde, tarafların iade yükümlülüklerinin çerçevesinin belirlenmesinde doğrudan sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varılacaktır.[187] Böyle bir sonuç ise, aşağıda daha ayrıntılı

"klasik dönme teorisi" ile açıklanmıştır (Bkz., aşağıda Bölüm III, §14, III); "Dönüşüm teorisi" ile "klasik dönme teorisi" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Buz, sh. 119-120 ve sh. 123-126.

[185] Bkz., aşağıda Bölüm III, §14, III.

[186] Demir (2004), sh. 46-53; Özel, sh. 73-82; İnal, Emrehan, E-Tic@ret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, sh. 185-186.

[187] İnal, sh. 189; Özel, sh. 196; Demir, Mehmet, Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, bs. 1, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001, sh. 328.

olarak açıklanacağı üzere,[188] taraflar arasındaki dengenin sağlanabilmesini olumsuz yönde etkileyecektir.

Ancak "sözleşmeden dönme hakkı" kavramının benimsenmesi halinde dahi, Türk Hukukunda, Alman Hukukundan farklı olarak, dönme hakkının kullanılmasının hüküm ve sonuçları mesafeli sözleşmelere özgü nitelikler ayrıca gözönüne alınarak düzenlenmediğinden, hakkın kullanılması halinde özellikle tarafların iade yükümlülükleri konusunda tartışmalara rastlanması yine de kaçınılmaz olacaktır. Bu anlamda, Türk Hukukunda aşağıda açıklanacak olan[189] dönme teorilerinden "aynî etkili dönme teorisi" benimsenerek, en azından hakkın kullanılmasıyla sona eren sözleşme ilişkisine bağlı tasarruf işleminin de geçersiz hale geleceği kabul edilecek ve "sebepsiz zenginleşme hükümleri"nin tasfiye ilişkisi üzerindeki "doğrudan" uygulaması reddedilebilecektir.

2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Süresi

Sözleşmeden dönme hakkının süresine dair düzenleme, Direktif m. 6/1'de yer almaktadır. Bu maddeye göre, tüketiciye tanınan sözleşmeden dönme hakkı süresi asgari 7 iş günüdür.

Söz konusu hükümde ilk olarak dikkat edilmesi gereken nokta, Direktif'de belirlenen sürenin asgari nitelikte oluşudur. Buna göre, bu Direktif hükmünün üye devletlerce uyumlaştırılmasında öngörülebilecek en az süre 7 iş günüdür.

[188] Bkz., aşağıda Bölüm III, §14, III.

[189] Bkz., aşağıda Bölüm III, §14, III; Ayrıca bkz., Buz, sh. 121-122.

Dolayısıyla, üye devletler tüketici lehine daha uzun süreli dönme hakkı düzenleyebileceklerdir.

İkinci olarak gözden kaçırılmaması gereken nokta, Direktif'deki sürenin "iş günü" (*Werktage, working days*) olarak belirlenmiş olmasıdır. Ancak Direktif'de, iş günü tanımı yapılmamıştır. Dolayısıyla, bu konuda düzenleme yapma yetkisi üye devletlere bırakılmıştır.

Üye devletlerin iç hukuk mevzuatlarında iş gününün tanımı ile ilgili getirecekleri hukukî düzenlemelerinde tam bir birlik sağlamalarının imkansız olduğu, Direktif'deki düzenlemenin eleştirilen yönüdür. Bu anlamda sorunun çözümünün, uluslararası özel hukuk kurallarına göre belirlenmesi tavsiye edilmiştir. Dolayısıyla milli hukukun ne zaman ve nerede uygulanacağına dair bu sorun "*lex causae*" olarak belirlenecektir.[190]

Direktif m. 6/1'de, sözleşmeden dönme hakkınının işlemeye başlaması, mal ve hizmet sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmeden dönme hakkı mal sözleşmelerinde, *Direktif'in 5. maddesindeki yükümlülüklerin yerine getirilmiş olması şartıyla*, malın tüketiciye ulaştığı tarihten itibaren; hizmet sözleşmelerinde ise, *yine 5. maddedeki yükümlülüklerin yerine getirilmiş olması şartıyla*, sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren 7 iş günüdür.

Yukarıda da açıklandığı üzere, *Direktif m. 5'deki düzenleme*, tükecinin bilgilendirilmesine yönelik olup, "bilginin teyidinin bir belge ile tüketiciye iletilmesi"ne ilişkindir. Buna göre, bilginin teyidinin Direktif'in 5. maddesine uygun olarak tüketiciye gönderilmesi, Direktif m. 6'da düzenlenen dönme hakkı süresine ilişkin zaman diliminin saptanmasında önemli bir role sahiptir. Şöyle ki, Direktif m.

[190] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 69, A3 Art. 6 70-72.

5'deki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, tüketiciye tanınan dönme hakkı süresinin tüketici lehine 3 aya uzamasına neden olacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, 5. maddeki yükümlülüklerin yerine getirilmiş olmamasının, dönme hakkı süresinin işlemeye başlamasında herhangi bir etkisinin olmayacağıdır. Bir başka deyişle, söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sonucu 3 aya uzayan sözleşmeden dönme hakkı süresi, mal edimlerinde her halde malın tüketiciye ulaştığı tarihten; hizmet edimlerinde ise, sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Direktif'in 5. maddesindeki yükümlülüklerin söz konusu 3 aylık süre içerisinde yerine getirilmesi halinde ise, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği süre, bilginin teyidinin 5. maddeye uygun olarak tüketiciye iletildiği tarihten itibaren yine 7 iş günü olarak belirlenmiştir.

Direktif'in 5. maddesindeki yükümlülüklerin söz konusu 3 aylık süre içerisinde de yerine getirilmemiş olmasının ise, belirlenen 3 aylık süre üzerinde herhangi bir hukukî etkisi yoktur. Bu yönde, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği süre herhalde 3 ay ile sınırlı bırakılmıştır.

Mal sözleşmeleri ile hizmet sözleşmelerinde dönme hakkı süresinin işlemeye başlamasının, Direktif'de birbirinden farklı düzenleniş nedeni bu sözleşmelerin konusuna özgü niteliklerden kaynaklanmaktadır.[191] Bu anlamda, Direktif düzenlemesi ile edinilen amaç, tüketicinin, mal sözleşmelerinde; malın gerçektende tarif edildiği nitelikte olup olmadığını ve kendi ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadığını değerlendirebilmesidir. Söz konusu amaca, malın ancak tüketicinin eline geçmesi ile ulaşılacağı ortadadır. Hizmet sözleşmelerinde ise, hizmetin

[191] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 70, A3 Art. 6 70-72 A3.

tüketiciye sağlanması halinde, artık tüketicinin ifa edilen hizmeti kabul etmemesinden dolayı kendisine verilen hizmetin karşılıksız kalması istenmeyen bir sonuçtur.[192]

Yukarıdaki açıklamadan da anlaşılacağı üzere, özellikle mal sözleşmelerinde tekrar etmek gerekirse, tüketicinin dönme hakkını kullanıp kullanmayacağına karar verebilmesi için girişimcinin, konusu mal teslimi olan edimini ifa etmesi gerekmektedir. Bu yönde, Direktif'de herhangi bir açıklayıcı düzenlemeye gidilmemiş olması nedeniyle, uygulamada karşılaşılan soru, dönme hakkı süresinin işlemeye başlayacağı zamanın, *malın ayıplı olması* halinde ne şekilde tespit edileceğidir. Bu konuda, girişimcinin ifasını gereği gibi yapması üzerinde durulmuş ve söz konusu durum ile *girişimcinin edimini hiç ifa etmemesi* veya *kısmi ifası* arasında bağlantı kurularak, ayıplı ifanın sürenin işlemeye başlamasında yeterli olmayacağı öne sürülmüştür.[193]

Sözleşmeden dönme hakkı süresi 7 iş günü olarak belirlenmiş olmasına rağmen Direktif'de hakkında düzenlemeye gidilmemiş bir başka konu da, tüketicinin bu hakkını kullanması durumunda, onun dönme hakkını kullandığına dair beyanının,

---

[192] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 72, A3 Art. 6 70-72; Ancak bkz., Meents, sh. 200: Yazar, kurulan sözleşmenin bir mal sözleşmesi mi yoksa bir hizmet sözleşmesi mi olduğunun tespitinin zorluğu bakımından, özellikle internet üzerinden kurulan sözleşmelere dikkati çekmiştir. Buna göre, Direktif'de belirlenen sözleşmeden dönme hakkı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağının tayininde, birleşik sözleşmelerde uygulamada çeşitli sorunlarla karşılaşılabilinmektedir. Bu nedenle, yazara göre, "*mal ve hizmet sözleşmeleri bakımından söz konusu ayrıma gitmeksizin, sözleşmeden dönme hakkının işlemeye başlayacağı zamanın sözleşmenin ifasına bağlanması ve aynı zamanda, doğası gereği iade edilemeyen hizmetler bakımından ise, sözleşmeden dönme hakkına istisna getirilmesi daha yerinde olurdu*"; Aynı yönde bkz., Reich, sh. 585.

[193] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 81, A3 Art. 6 77-82.

girişimciye de bu süre içerisinde ulaşması gerekip gerekmediğidir. Bu durumda karşılaşılan soru, tüketicinin dönme hakkını acaba yedinci iş gününün sonunda kullanmasının kabul edilebilir olup olmadığı ya da bir başka deyişle, tüketicinin dönme bildirimini, süresinin bitiminden önce girişimciye ulaşacak şekilde, daha önce mi kullanması gereğine ilişkindir. Direktif'de yer alan bu boşluğun, Kapıdan Satışlar Hakkındaki Direktif'in 5. maddesi dikkate alınarak doldurulması önerilmiştir.[194] Kapıdan Satışlar Hakkındaki Direktif m. 5/1'e göre, sözleşmeden dönme hakkı beyanının, sürenin dolmasından önce gönderilmiş olması yeterlidir.

3. Sözleşmeden Dönme Hakkının Hukukî Sonuçları

Direktif m. 6'da, dönme hakkının kullanılması sonucu sözleşmenin kaderini belirleyen açık bir hükme rastlanmamakla birlikte, dönme hakkının hukukî hüküm ve sonuçlarının tespitine yarayan üç noktaya yer verilmiştir.

İlk olarak, Direktif m. 6/1'de, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını hiç bir neden bildirmek zorunda olmaksızın ve cezaî şart ödemeksizin kullanabileceği öngörülmüştür. Buna ilaveten, Direktif m. 6/2'de, dönme hakkını kullanması yüzünden tüketiciye yükletilebilecek tek yükümlülüğün, sözleşme konusu malın girişimciye iadesiyle ilgili olan *doğrudan masraflar* olduğuna işaret edilmiştir.

Buna göre, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması sonucu doğan yükümlülüklerinin neler olacağının belirlenmesi açısından Direktif m. 6'nın söz konusu bu iki fıkrasının birlikte dikkate alınması gerekmektedir. Malın iadesiyle ilgili olan doğrudan masrafların, posta giderinden başka herhangi bir ücreti

[194] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 75, A3 Art. 6 73-76.

kapsamadığı dikkate alındığında,[195] tüketicinin hakkın kullanılmasından doğan tek yükümlülüğünün, malı geri gönderirken ödeyeceği posta ücreti olduğu ortadadır.

Direktif'de, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına kadar geçen süre içerisinde elindeki malı kullanmasına getirilmiş bir sınırlama bulunmamaktadır. Ayrıca, girişimciye geri gönderilen maldan ötürü tüketicinin sorumluluğunu belirleyen bir maddeye de Direktif'de rastlanmamaktadır. Buna göre, karşılaşılan en önemli soru, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasından önce malı kullanmış olmasından doğan zararlara hangi tarafın katlanacağıdır. Direktif hükümlerinin iç hukuka aktarılmasında bir boşluk olarak değerlendirilen[196] bu durumun düzenlenmesi, üye devletlerin takdirine bırakılmıştır.

Belirtilmelidir ki, bu konuyla ilgili olarak Direktif'de, "sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına kadar geçen süre içerisinde, malda meydana gelen zararların tüketiciye yüklenemeyeceği" gibi bir düzenlemeye gidildiği yanılgısına kapılınmamalıdır. Direktif m. 6/2 c. 2, sadece "sözleşmeden dönme hakkının sonuçları"nın düzenlenmesine ilişkindir. Sözleşmeden dönme hakkı kullanılıncaya kadar malda meydana gelen zararlar ise, "malın kullanılmasının sonuçları" arasında değerlendirilecektir.[197]

İkinci olarak, yine Direktif m. 6/2'de, tüketicinin dönme hakkını kullanması durumunda girişimcinin, tüketiciden almış olduğu parayı en geç 30 gün ile sınırlı olmak kaydıyla mümkün olan en kısa zamanda ücretsiz tekrar tüketiciye geri vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu hüküm doğrultusunda tüketicinin, ödediği parayı

---

[195] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 84, A3 Art. 6 83-86.

[196] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Meents, sh. 204.

[197] Gößmann, Christine, "Elektronic Commerce, Die EU Fernabsatzrichtlinie und ihre Auswirkungen auf den Handel über neue Medien, MMR 1998, sh. 91.

girişimciden herhangi bir ücrete tabi kalmaksızın talep edebileceğine açıklık getirilmiştir. Buna göre, tüketiciden ödediği paranın kendisine iadesinden kaynaklanan örneğin, havale ücretini ya da herhangi bir benzeri ücreti yüklenmesi beklenemez.[198]

Ancak, burada hemen belirtilmesi gereken nokta, Direktif'de girişimcinin Direktif m. 6/2'deki yükümlülüğünü yerine getirmemesine bağlanmış herhangi bir yaptırımın olmayışıdır. Her ne kadar bir görüşe göre,[199] girişimcinin söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, tüketicinin, gecikme faizi talebinde bulunabileceği öne sürülse de, Direktif'de bu yönde açık bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, "tüketicinin ödediği bedeli geri alma garantisi" olarak adlandırılabilecek[200] bu hükmün uygulamadaki önemine gölge düşürülmüştür.[201]

Son olarak ise, Direktif m. 6/4'de, üye devletlerden, dönme hakkının kullanılmasıyla ortadaki kredi sözleşmelerinin herhangi bir tazminat ödenmesine gerek olmaksızın feshini öngören düzenlemelere gitmeleri beklenmiştir. Ancak, Direktif m. 6/4'e göre üye devletlere yüklenen bu yükümlülüğün, yalnızca malın veya hizmetin bedelinin, tamamen ya da kısmen *girişimci tarafından sağlanan bir krediyle finanse ediliyor olması durumunda* ya da *girişimci ile üçüncü bir kişi olarak bir kredi kurumu arasındaki bir anlaşma nedeniyle, o kredi kurumu tarafından*

[198] Bodewig, sh. 452, dpn. 56.

[199] Reich, sh. 585; Willingmann, sh. 401.

[200] Akipek, sh. 52-53.

[201] Ayrıca bkz., Dickie, sh. 224: Yazar, tüketici tarafından önceden yapılan ödemelerin Direktif'de güvence altına alınmamış olmasını "hayal kırıklığı" olarak değerlendirmiştir.

finanse ediliyor olması halinde yerine getirilmesi zorunludur.[202] Söz konusu kredi sözleşmesinin nasıl feshedileceğine dair özellikleri belirleme yetkisi de, yine üye devletlere bırakılmıştır.

E. Mesafeli Sözleşmelerde İfa Zamanı

Direktif m. 7'de, kurulan mesafeli sözleşme sonucu girişimcinin ifasını en geç ne zamana kadar yerine getirebileceği belirlenmiştir. Maddede ayrıca, girişimcinin edimini elinde ifa konusu mal ya da hizmet mevcut olmadığından dolayı ifa edememesinin hukukî sonuçlarına da yer verilmiştir.

Direktif m. 7/1'e göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, girişimci, tüketicinin kendisine siparişini ilettiği tarihten itibaren en geç 30 gün içinde ifada bulunmakla yükümlüdür. Söz konusu hüküm ile tüketicinin girişimci tarafından yersiz yere bekletilmesi önlenmek istenmiştir.[203]

Dikkat edilirse, öngörülen bu hükmün taraflarca aksi kararlaştırılabildiğinden girişimciye tanınmış olan 30 günlük ifa süresi emredici nitelikte değildir.[204] Bu nedenle, taraflarca sözleşmenin ifası için 30 günden az bir süre belirlenebileceği gibi daha uzun bir süre de saptanabilir. Ancak, bu hükmün düzenleniş amacı ele alındığında, hükmün nisbi emredici niteliğinin gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

---

[202] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Akipek, sh. 54: Yazar, kredinin üçüncü bir kişi tarafından verildiği durumlarda bunun kuşkusuz bir bağlı kredi olması gerektiği üzerinde durmuş ve aksi halde, kredi sözleşmesinin ondan bağımsız olarak kurulan mesafeli sözleşmedeki dönme hakkının kullanılmasından etkilenmeyeceği sonucuna varmıştır.

[203] Ring, sh. 29.

[204] Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Reich, sh. 585.

Bu anlamda, özellikle sürenin uzatılmasına ilişkin *sadece girişimci tarafından sözleşmeye konan şartlar (genel işlem şartları)* ile *tüketicinin de onayıyla tarafların aralarında kararlaştırdıkları sözleşme hükümleri* arasındaki fark çok önemlidir. Yığın sözleşmelerinde, girişimci genelde sözleşmeden doğan yükümlülüklerine çekince koyduğundan, bu konuda üye devletlerce gerekli önlemlerin alınması ve konuyla ilgili genel işlem şartları hükümlerinin düzenlenmesi yerinde olacaktır.[205] Buna göre, söz konusu "aksini kararlaştırma"nın yalnız tüketici lehine olabileceği unutulmamalıdır.

Direktif'de, girişimcinin ifa yükümlülüğünü yerine getirmemesinin yaptırımı düzenlenmemiştir. Bu nedenle, kendisine siparişin iletildiği tarihten itibaren ifa yükümlülüğünü kural olarak 30 gün içinde yerine getirmeyen girişimcinin temerrüde düşeceği sonucuna Direktif hükümleri doğrultusunda varılması mümkün değildir. Bu konuda düzenleme yapma yetkisi tamamen üye devletlere bırakılmıştır.[206] Ancak, üye devletlerin girişimcinin temerrüde düşmesine yönelik düzenlemelerinde Direktif'de öngörülmüş olan 30 günlük ifa süresini azami sınır olarak kabul etmek zorunda olmaları gözden kaçırılmamalıdır.[207]

Direktif m. 7/2'ye göre, eğer tüketicinin sipariş ettiği malın ya da hizmetin elde mevcut olmamasından dolayı ifası imkansız ise, girişimci tarafından durumun derhal tüketiciye bildirilmesi ve eğer tüketici bedeli ödemişse, ödenen bedelin de mümkün olan en kısa zamanda ve herhalde en geç 30 gün içinde ona iade edilmesi gerekmektedir. Direktif'de, bu 30 günlük sürenin ne zaman başlayacağı konusunda

---

[205] Ring, sh. 32.

[206] Ring, sh. 30.

[207] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 106, A3 Art. 7 103-107.

bir hüküm yer almamaktadır. Bu konuda öğretide, girişimcinin ifa yükümlülüğünü yerine getiremeyeceğini anladığı ya da anlaması gerektiği andan itibaren sürenin işlemeye başlayacağı öne sürülmüştür.[208]

Ancak, girişimcinin tüketiciye edimini yerine getiremeyeceği konusunda bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesinin de Direktif'de düzenlenmiş bir yaptırımı yoktur. Bu nedenle, bu konuda düzenleme yapma yetkisi yine üye devletlere bırakılmıştır.[209]

Direktif m. 7/3'de ise, sipariş edilen mal ya da hizmeti mevcut olmadığından dolayı sağlayamayan girişimcinin,[210] kalite ve bedel bakımından farklı olmamak kaydıyla, sipariş edilenin yerine başka bir mal ya da hizmeti tüketiciye sunmasına olanak verilmiştir. Ancak, üye devletlerin bu konuda yapacakları düzenlemelere getirilen şart, *sözleşme öncesi tüketicinin girişimci tarafından ilgili konuda bilgilendirilmesini*[211] ya da *konunun taraflarca önceden sözleşmede*

---

[208] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 109, A3 Art. 7 108-112.

[209] Ring, sh. 30.

[210] Her ne kadar Direktif m. 7/3'de, "sözleşme konusu mal ya da hizmetin elde mevcut olmamasından dolayı ifasının imkansızlığı"na yönelik açık ve doğrudan bir düzenleme getirilmemiş olsa da, maddenin amacı doğrultusunda yapılacak yorumundan bu Direktif hükmünün, aslında sadece söz konusu imkansızlık haline yönelik bir düzenleme öngördüğü dolaylı sonucuna ulaşılması yerinde olacaktır; Aynı yönde bkz., Aslan, Yılmaz, Tüketici Hukuku, bs. 2, İstanbul, Ekin Kitabevi, 2004, sh. 427; Gezder, Ümit, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, sh. 258.

[211] Ancak, üye devletlerin bu yönde yapacakları bir düzenlemenin eleştirisi için bkz., Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 112, A3 Art. 7 113-116: Yazar, Direktif m. 7/3'ün yorumundan hareketle, bu tip bir düzenlemenin Direktif'in amacına aykırı olabileceği üzerinde durmuştur.

kararlaştırılmasını öngörmeleri yönündedir. Hatta, AT Komisyonunun, girişimciye tanınan bu hakkı, tüketicinin önceden göstereceği ilgili rızasına bağlama eğiliminde olduğu da ayrıca belirtilmelidir.[212]

Burada üzerinde durulması gereken bir başka nokta da, girişimcinin tüketiciye aynı şart ve niteliklere uygun bir başka mal veya hizmet sunması halinde, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkının yine de var olduğudur. Direktif m. 7/3'de, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde malın tekrar girişimciye gönderilmesine ait masrafların girişimci üzerinde kalacağı ve bu konuda tüketicinin önceden bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

F. Mesafeli Sözleşmelerde Kartla Ödeme

Direktif m. 8'de, ödemeyi "ödeme kartı" (*Zahlungskarte, payment card*) ile yapan tüketicinin kartının girişimci ya da üçüncü bir kişi tarafından olası haksız kullanımının önlenmesi amacıyla üye devletlerden iç hukuklarında yapacakları düzenlemelerle gerekli tedbirleri almaları istenmiştir. Buna göre, üye devletlere iç hukuklarında öngörecekleri hükümlerle tüketiciye *asgari* şu hakları tanımaları şart koşulmuştur:

Çünkü yazara göre, tüketicinin bu yönde bilgilendirilmesi *genel işlem şartlarına* ait hükümler doğrultusunda kontrol edilemeyebilecektir.

[212] Freund, sh. 234, dpn. 30.

- Direktif'in kapsamına giren mesafeli sözleşmelerde tüketicinin kartının haksız kullanımının söz konusu olması durumunda, tüketici yapmış olduğu ödemenin iptalini talep edebilmelidir.
- Kartın haksız kullanımı sonucu tüketici tarafından ödenen miktar, tüketicinin kart hesabına alacak kaydı olarak yazılmalı ya da tüketiciye geri ödenmelidir.

İlk olarak, Direktif'in bu hükmü ile tüketicinin yapmış olduğu ödemenin iptalini talep edebilmesi gerektiği öngörülmüştür. Burada özellikle vurgulanan konu, tüketiciye tanınacak olan ödeme talimatından geri dönülebilmesi gibi bir hakkın tüketicinin korunması açısından yeterli olmayacağıdır.[213]

İkinci olarak, dikkat edilirse, tüketicinin kartının "haksız kullanımına" (*betrügerische Verwendung, fraudulent use*) karşı korunması amaçlanmış, ancak haksız kullanımın ne anlama geldiği ya da hangi durumları kapsadığı üzerinde herhangi bir açıklamaya gidilmemiştir. Böylece, bu yönde düzenleme yapma yetkisi yine üye devletlere bırakılmıştır.[214] Buna karşılık, bir görüşe göre bu konuda üzerinde önemle durulması gereken nokta, *kartın haksız kullanımı* ile *kartın kaybolması ve tüketicinin de kartı veren kurumu durumdan zamanında haberdar etmediği için kartın üçüncü bir kişi tarafından kullanımı* hallerinin birbirinden farklı

[213] Reich, sh. 586.

[214] Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Ring, sh. 35: Yazar kartın haksız kullanımını, "sözleşmenin karşı tarafı ya da üçüncü bir kişi tarafından kartın talimatsız kullanımı" olarak tanımlamaya çalışmıştır.

olduğudur. Bu anlamda, tüketicinin korunması sadece birinci hal için amaçlanmıştır.[215]

Son olarak, Direktif'de ayrıca, maddede sözü geçen ödeme kartının hangi çeşit kartları kapsamına alacağı, kartın haksız kullanıldığının ispatı yükünün hangi taraf üzerinde olduğu, tüketicinin kartının haksız kullanımına yol açan bir kusuru olup olmadığı[216] ve önceden yapılan ödemelerin örneğin, girişimcinin iflasa uğraması sonucu nasıl güvence altına alınacağı konularında da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konularda düzenleme yapma yetkisinin tamamen üye devletlere bırakılmasını eleştirici görüşe rağmen,[217] kanımızca her ülke hukukunun kendi iç hukukuyla uyumunu öne çıkaran bu uygulama yerindedir. Ancak, üye devletlerin Direktif doğrultusunda yapacakları iç hukuk düzenlemelerinde, yukarıda kısaca değinilen konuları gözden kaçırmamaları gerektiği de ortadadır.

G. Tüketici Tarafından Sipariş Edilmemiş Mal ya da Hizmetlerin Tüketiciye Gönderilmesi

Direktif m. 9'da, sipariş edilmeden tüketiciye mal gönderilmesini ya da hizmet sunulmasını önlemek amacıyla üye ülkelerden gerekli tedbirleri almaları istenmiştir. Maddede ayrıca, üye ülkelerin kendi iç hukuklarında yapacakları düzenlemelerde *asgari* olarak hangi konular üzerinde durmaları gerektiğine de açıklık getirilmiştir. Bu anlamda, Direktif m. 9 c. 1'e göre sipariş edilmemiş bir

[215] Bodewig, sh. 453; Aslan, sh. 434.

[216] Ring, sh. 35.

[217] Bradgate, sh. 8.

malın tesliminin ya da hizmetin sunumunun ödeme talebine bağlı olması halinde, girişimci tarafından yapılacak söz konusu mal teslimi ya da hizmet sunumunun üye devletlerce yasaklanması gerekmektedir. Direktif m. 9 c. 2'ye göre sipariş edilmemiş bir malın ya da hizmetin tüketiciye sağlanmış olması halinde ise, üye devletlerin iç hukuklarında getirecekleri düzenlemelerle, tüketicinin herhangi bir karşı edim borcundan kurtarılması ve hatta tüketicinin susmasının onun kabulü anlamına gelmemesi öngörülmüştür.

İlk olarak, Direktif ile getirilen bu düzenlemenin iki yönden incelenmesi gerekmektedir. Dikkat edilecek olursa, maddede hem rekabete aykırılık konusu üzerinde, hem de *susmanın* özel hukukta oynadığı rol üzerinde durulmuştur.[218] Bu anlamda, üye devletlerin iç hukuklarında Direktif doğrultusunda yapacakları düzenlemeleri, ilk önce, kendi Rekabet Hukuku kuralları ve susma ile ilgili Borçlar Hukuku genel hükümleri ile uyum içinde olmalıdır.

İkinci olarak, Direktif m. 9/2'de, tüketicinin herhangi bir karşı edim borcundan kurtarılmasının düzenlenmesi üye devletlerden talep edilmiş olmasına rağmen, karşı edim kavramı ile sadece temel edim yükümlülüklerinin mi kastedildiği, yoksa yan edim yükümlülüklerinin de bu kavramın içinde düşünülmesi gerekip gerekmediği konusunda bir düzenleme mevcut değildir.[219] Bu konuda, söz konusu kavramın üye devletlerin iç hukuk düzenlemelerinin dikkate alınarak *yorumlanmaması* gerektiği üzerinde duran görüş[220] önem taşımaktadır.

---

[218] Geist, Kerstin, Die Rechtslage bei Zusendung Unbestellter Waren nach Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, Konstanz, Hartung-Gorre Verlag, 2002, sh. 85 ve 90.

[219] Casper, Matthias, "Die Zusendung Unbestellter Waren nach § 241a BGB", ZIP 2000, sh. 1604.

[220] Geist, sh. 97.

Bu görüşe göre, Direktif m. 9/2 hükmünün, AT Hukukunun özerk bir düzenlemesi olarak yorumlanması gerekmektedir. Buna göre, karşı edim kavramının anlamının belirlenebilmesi ve sınırının çizilebilmesi için, Direktif'in 5 numaralı kıstası gözönüne alınacaktır. Direktif'in 5 numaralı kıstasında, siparişi verilmemiş mal teslimi ya da hizmet sunumu hallerine özgü olmak üzere Direktif'in amacı, tüketiciyi herhangi bir ödeme talebine muhatap olmaktan korumak olarak belirlenmiştir. Bir başka deyişle, üye devletlerden beklenen, girişimcinin tüketiciyi mal ya da hizmetle ilgili herhangi bir bedel ödemeye zorlamasının yasaklanmasıdır. O halde, bu görüşe göre varılması gereken sonuç, karşı edim kavramının dar yorumlanması ve sadece tüketicinin ödeme yükümlülüğünü kapsamasıdır.[221]

Buna ilaveten, Direktif'in tüketicinin susmasına herhangi bir hukukî sonuç bağlanmamasını öngördüğü de üye devletlerce gözden kaçırılmamalıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken konu, Direktif'in sadece "susma kurumu"na ilişkin bir kural öngörmüş olmasıdır. Tüketicinin susmanın yanında örneğin o malı kullanmaya başlamış olması hali ise, Direktif'de düzenleme alanı bulmamıştır. Buna göre, tüketicinin söz konusu malı kullanmaya başlamasına, üye devletlerce bağlanacak "bir sözleşmenin meydana geleceği" yönündeki hukukî sonuç, Direktif'e aykırı olmayacaktır.[222]

---

[221] Ayrıca bkz., Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 139, A3 Art. 9 137-140: Bu yönde yazar, Direktif'in 9. maddesiyle getirilen "siparişi verilmemiş malın teslimi ya da hizmetin sunumu yasağı"nın, girişimci tarafından tüketiciye eşantiyon gönderimini veya bir hediye gönderimi yoluyla yapılan reklamları kapsamadığı üzerinde durmuştur; Aynı yönde bkz., Ring, sh. 41: Ancak, yazar eşantiyon veya hediyelerin 9. madde kapsamına girmediğini belirtmekle beraber, karşı edim kavramının Alman Medeni Hukukuna göre tanımlanması gerektiğini ileri sürmekten de kaçınmamıştır.

[222] Casper, sh. 1604.

Son olarak, Direktif'in 9. maddesinin içeriğine bakıldığında bu madde ile getirilen hukukî düzenlemenin sadece mesafeli sözleşmelere özgü olmadığı dikkati çekmektedir. Gerçekten, bu hüküm ile tüketicinin bilgisizliğinden ve dolayısıyla onun susmasından yararlanılarak, siparişi verilmemiş bir malın teslimi ya da hizmetin sunumu yoluyla girişimci tarafından kurulmaya çalışılan her tür sözleşmenin kurulması engellenmeye çalışılmıştır.[223] Sonuç olarak, üye devletler Direktif'in 9. maddesi doğrultusunda öngörecekleri konuyla ilgili yapacakları yeni düzenlemelerde bu hükümlerin sadece mesafeli sözleşmelerle sınırlı kalmamasına özen göstermelidirler.[224]

§ 5. Mesafeli Sözleşmelerle İlgili Diğer AT Direktifleri

I. Genel Olarak

Direktif m. 13'de yer alan düzenlemeye göre, Direktif, mesafeli sözleşmeler üzerinde uygulama alanı bulacak tek direktif değildir. Bu anlamda, Direktif m. 13'de, aşağıda açıklanacağı şekilde iki ayrı düzenlemeye yer verilmiştir.

Direktif m. 13/1'de, belli bazı mesafeli sözleşme türlerinin Direktif'deki düzenlemeden ayrı, diğer bazı Topluluk Hukuku kaynaklarında daha kapsamlı olarak ele alındığı üzerinde durulmuştur. Buna göre, hakkında Topluluk Hukukunun başka bir direktifinde kapsamlı düzenleme bulunan bir mesafeli sözleşme türü üzerinde

[223] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 140, A3 Art. 9 137-140.

[224] Aynı yönde bkz., Reich, sh. 587: Yazar, Direktif'in 9. maddesi ile getirilen düzenlemede yalnızca bir mesafeli sözleşmenin kuruluşunun ya da ifasının değil, genel olarak bir pazarlama yönteminin konu edildiğini öne sürmüştür.

artık bu Direktif hükümlerinin uygulanmasından ziyade, o sözleşme türüne özgü özel hükümler öngeren Topluluk Hukuku kuralları uygulama alanı bulacaktır.

Direktif m. 13/2'de ise, mal teslimi ya da hizmet sunumuna ilişkin mesafeli sözleşmeleri sadece belli bazı açılardan düzenleyen özel Topluluk Hukuku kurallarının varlığına dikkat çekilmeye çalışılmıştır. Söz konusu durumda, artık konuya ilişkin Direktif hükümleri değil, bunun yerine Topluluk Hukukunun diğer özel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

İlk olarak, Direktif m. 13/1'in kapsamında, mesafeli sözleşme türlerinden bazıları üzerinde bu güne değin öngörülen diğer Topluluk Hukuku düzenlemelerinin saptanması yerinde olacaktır. Direktif'de, söz konusu diğer Topluluk düzenlemeleri hakkında açık bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak, Topluluk Hukukunda bu konuda fazla sayıda özel düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle yapılacak belirleme zor olmayacaktır. Buna göre, her biri aslında birer mesafeli sözleşme niteliğine de bürünebilen, ancak içlerinden bazıları Direktif'in uygulama alanı dışında da düzenlenmiş olan örneğin, "sigorta hizmetleri"ne (*Versicherungsdienstleistungen, insurance services*), "paket turlar"a (*Pauschalreisen, package tours*), "devre mülk"e (*Time-sharing*), "elektronik ticaret"e (*elektronischer Geschäftsverkehr, electronic commerce*) ve "finansal hizmetler"e (*Finanzdienstleistungen, financial services*) ilişkin sözleşmeler hakkında başkaca Topluluk direktifleri[225] vardır.[226]

[225] 92/49/EG sayılı ve 18.06.1992 tarihli Doğrudan Sigorta İşlemlerine İlişkin Hukukî ve İdarî Düzenlemelerin Koordinasyonu Hakkındaki Direktif (Üçüncü Hayat Dışı Sigorta Direktifi) düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. L 228 v. 11.08.1992, sh. 0001-0023; 90/314/EG sayılı ve 13.06.1990 tarihli Paket Turlara İlişkin Direktif düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. L 158 v. 13.07.1990, sh. 0059-0064; 94/47/EG sayılı ve 26.10.1994 tarihli Devre Mülk Direktif düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. L 280 v. 29.10.1994, sh. 0083-0087; 2000/31/EG sayılı ve 08.06.2000 tarihli

İkinci olarak, Direktif'in m. 13/2 düzenlemesi doğrultusunda, Topluluk Hukukunda mesafeli sözleşmelerde mal teslimi ya da hizmet sunumunu belli bazı açılardan düzenleyen diğer özel hükümlere de burada kısaca değinilmesinde yarar vardır.

Ancak Direktif m. 13/2'nin kapsamının bu anlamda kesin olarak belirlenmesi üzerinde daha tam bir fikir birliğine varılamamıştır. Geniş yorumlanması halinde, örneğin, "Paket Turlar" ve "Devre Mülk"e İlişkin Direktifleri de kapsayacak olan bu hükmün dar anlamda yorumlanması yoluna gidilmiştir. Buna göre, Direktif m. 13/2'nin kapsamının "Direktif'in üzerinde uygulama alanı bulacağı mesafeli sözleşmeler" ile sınırlanması önerilmiştir.[227]

Bu anlamda, Direktif m. 13/2 kapsamında değerlendirilen Topluluk Hukuku özel düzenlemeleri, "mal sigortaları" ile "tele-satış"a (*Teleshopping*) ilişkin konuları da kapsamına alanlardır. Gerçekten, Üçüncü Hayat Dışı Sigorta Direktifi,[228] Direktif'den farklı olarak "bilgi verme yükümlülüğü"ne ilişkin -*Direktif'in ilgili hükümleri karşısında önceliğe sahip olan*- özel kurallar öngörmesi; Görsel İletişim Araçlarında Yer Alan Uygulamalar Hakkındaki (*Ausübung der Fernsehtätigkeit*) Direktif ise,[229] "belli bazı uzaktan haberleşme araçları vasıtasıyla kurulan mesafeli sözleşmeler"i düzenlemesi ve ayrıca, "belli bazı mal ya da hizmetin reklamını

Elektronik Ticaret Hakkındaki Direktif düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. L 178 v. 17.07.2000, sh. 0001-0016; 2002/65/EG sayılı ve 23.09.2002 tarihli Finansal Hizmetler Hakkındaki Direktif düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. L 271 v. 09.10.2002, sh. 0016-0024.

[226] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 167-169, A3 Art. 13 167-173.

[227] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 171, A3 Art. 13 171-173.

[228] Bkz., yukarıda dpn. 225.

[229] Söz konusu düzenleme için bkz., ABl. Nr. L 202 v. 30.07.1997, sh. 0060-0070.

yasaklayan" kurallar öngörmesi bakımından Direktif m. 13/2'nin kapsamında düşünülmüşlerdir.[230]

Bu başlık altında Topluluk Hukukunun yukarıdaki tüm özel düzenlemelerinin teker teker incelenmesi tezin konusunu bir hayli aşacağından, bu anlamda, Direktif m. 13/1 kapsamında düşünülen (1) günümüzde uygulaması hızla artan elektronik mesafeli sözleşmelere özgü değişik hükümler öngören, "Elektronik Ticaret Hakkındaki Direktif" ve (2) elektronik mesafeli sözleşmelerin ispatında büyük öneme sahip olan, "Elektronik İmza Hakkındaki Direktif"[231] hükümleri kısaca incelenmiştir.

Söz konusu bu direktiflerin, Mesafeli Sözleşmeler Hakkındaki Direktif ile birlikte üye devletlerce benimsenmesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.[232] Buna ilaveten, "Finansal Hizmetler Hakkındaki Direktif"in de aşağıda kısaca incelenmesi uygun görülmüştür. Böylece Direktif'in milli hukuka aktarılmasında, söz konusu düzenlemelerin varlığına dikkat çekilerek, üye devletlerin iç hukuk mevzuatları ile Topluluk Hukuku müktesabatı arasındaki uyumun tam olarak sağlanmasında özellikle dikkate alınması gereken konular açıklığa kavuşturulmuş olacaktır.

---

[230] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 172, 173, A3 167-173; Ayrıca, "tele-satış"a özgü Topluluk Hukuku özel hükümleri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 173, A3 Art. 13 167-173 ve Rdr. 145, A3 Art. 4/2 145-146.

[231] 99/93/EG sayılı ve 13.12.1999 tarihli Elektronik İmza Hakkındaki Direktif düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. L 013 v. 19.01.2000, sh. 0012-0020.

[232] Wilmer/Hahn, sh. 61.

II. Direktif m. 13/1'deki Düzenleme Yönünden Mesafeli Sözleşmelerle İlgili Diğer AT Direktifleri

A. Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Bazı Hukuksal Yönleri ve Özellikle İç Pazarda Elektronik Ticaret Konusunda 08.06.2000 Tarih ve 2000/31/EG Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi (Elektronik Ticaret Hakkındaki Direktif) (ETHD)

Üye devletlere ETHD'yi iç hukuklarına aktarmaları için 17.01.2002 tarihine kadar zaman tanınmıştır.[233] Özellikle Mesafeli Sözleşmeler Hakkındaki Direktif'in elektronik sözleşmeler üzerindeki uygulama alanının da tam olarak belirlenebilmesi bakımından, ETHD'nin belli bazı kıstaslarında üye devletlere bazı açıklamalarda bulunulmuştur.[234]

Söz konusu kıstaslardan en önemlisi ETHD'nin 11 numaralı kıstasıdır. Bu kıstasta, Mesafeli Sözleşmeler Hakkındaki Direktif'in tüketicinin korunması bakımından sözleşme hukuku alanındaki önemine değinilmiştir. Bu nedenle, ETHD'nin daha önceki tarihli Mesafeli Sözleşmeler Hakkındaki Direktif hükümlerine halel getirmeyeceği üzerinde durularak, ETHD ile sadece bilgi toplumunun ihtiyaçları doğrultusunda tamamlayıcı bazı düzenlemelere gidildiği belirtilmiştir. Gerçekten de, bu konu incelendiğinde, ETHD'nin elektronik ticaretin tüm yönlerini düzenleyici kurallar öngörmediği, tam tersine zaten mevcut bulunan "bilgi toplumu hizmetleri" (*Dienste der Informationsgesellschaft, information society*

[233] Bu konudaki düzenleme için bkz., ETHD m. 22/1.

[234] Bu konudaki düzenleme için bkz., ETHD'nin 11, 27, 29, 30 ve 34 numaralı kıstasları.

services)[235] ile ilgili Avrupa yasal çerçevesinin parçalarını tamamlamaya niyetlendiği anlaşılacaktır.[236]

ETHD'de elektronik sözleşme kavramı ile kastedilen, bir sözleşmenin elektronik uzaktan haberleşme araçları kullanılarak kurulmasıdır.[237] Bu anlamda, tarafların sözleşmenin kurulması anında yüz yüze gelmemeleri ETHD'de de ön şart olarak öngörülmüştür. Buna ilaveten, ETHD'nin Mesafeli Sözleşmeler Hakkındaki Direktif'den ayrılan yönü, ETHD'nin ayrıca ticarî elektronik sözleşmeler üzerinde de uygulama alanı bulmasıdır. Ancak, ticarî elektronik sözleşmeler tezin konusu dışında kaldığından bu başlık altında ele alınmayacaktır.

ETHD'nin tezin konusu açısından da önem arzeden düzenlemeleri sırasıyla ETHD m. 9, m. 10 ve m. 11'dir. Bu nedenle aşağıda sadece bu maddeler üzerinde durulacaktır.

İlk olarak ETHD m. 9'da, elektronik uzaktan haberleşme araçlarıyla kurulan sözleşmelere uygulanacak kurallar belirlenmeye çalışılmıştır. Özellikle maddenin 1. fıkrasında üye devletlerin, elektronik haberleşme araçları kullanılarak yapılacak sözleşmelerin kurulmasını mümkün kılıcı kurallar getirmeleri öngörülmüştür. Bu anlamda üye devletler, elektronik sözleşmelerin hukukî etkiden ve geçerlilikten mahrum kalmasına neden olacak hukukî düzenlemelerini tekrar gözden

---

[235] Bu konudaki düzenleme için bkz., ETHD m. 2/a.

[236] Gezder, sh. 30; Ayrıca bkz., Micklitz/Tonner, sh. 173-174; http://www.bakernet.com/ecommerce/Doing%20E-commerce%20in%20Europe/Doing%20E-Commerce%20In%20Europe.pdf, (25.08.2004), sh. 15.

[237] Bu konudaki düzenleme için bkz., ETHD m. 9/1.

geçirmelidirler.[238] Bu hükmün özellikle üye devletlerin iç hukuklarında mevcut olan sözleşmenin kuruluşuna ilişkin şekil şartlarına yönelik olduğu gözden kaçırılmamalıdır.[239]

İkinci olarak ETHD m. 10'da, bir hizmet sunucusunun,[240] sözleşmenin karşı tarafı olan hizmet alıcısının siparişini vermesinden önceki bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Konu tüketicinin korunması açısından ele alındığında, Mesafeli Sözleşmeler Hakkındaki Direktif hükmü ile getirilen "girişimcinin sözleşme öncesi tüketiciye bilgi verme yükümlülüğü"nün ETHD ile elektronik sözleşmelere özgü nitelikler doğrultusunda tamamlandığı dikkati çekmektedir.[241] Ancak üzerinde önemle durulması gereken konu, ETHD ile getirilen söz konusu düzenlemenin Mesafeli Sözleşmeler Hakkındaki Direktif'in ilgili 4. maddesi hükmünden bir noktada ayrılmasıdır. ETHD'de, bilginin sağlanmasındaki zaman dilimi sözleşmenin kurulmasından önce olarak değil, tüketicinin siparişini vermesinden önce olarak belirlenmiştir. Bu nedenle, girişimcinin örneğin, internet üzerinden hizmetini

---

[238] Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Reich, Norbert (1999), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, (Yayına Hazırlayanlar, Schulte-Nölke/Schulze), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, sh. 79-106 (*Reich*, "Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Richtlinie des Europaparlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 23.12.98 und seine Auswirkungen auf das Vertragsrecht"), sh.85-86.

[239] Waldenberger, Arthur, "Electronic Commerce: der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission", EuZW 1999, sh. 300.

[240] ETHD'de "hizmet sunucusu" (*Dienstanbieter, service provider*) kavramı kullanılmış olmasına rağmen, tezde bu kavramın yerine yine bu kavramı da içine alan "girişimci" kavramının kullanılmasına devam edilecektir.

[241] Bu konudaki düzenleme için bkz., ETHD'nin 11 numaralı kıstası ve ETHD m.10/1 c. 1.

sunduğu web-sayfasında ya da bu sayfa üzerindeki bir "bilgi ikonuna" tıklanması sonucu açılacak bir başka sayfada, bu konuda ETHD'de belirtilmiş olan bilgileri tüketicinin bilgisine sunması gerektiği sonucuna varılabilecektir.[242]

Bu anlamda ETHD m. 10/1'e göre tüketici, sözleşmenin kurulabilmesi için karşı tarafa varması gereken sipariş talebinden önce Mesafeli Sözleşmeler Hakkındaki Direktif'de öngörülen bilgilere ek olarak[243] ayrıca şu konularda da aydınlatılacaktır:[244]

- *Sözleşmenin kurulmasına neden olacak her bir teknik adım*: Böylece tüketici, sözleşmenin kurulmasında rol oynayan her bir irade beyanının hukukî niteliği hakkında bilgilendirilmiş olacaktır. Bir başka deyişle, tüketici, örneğin hangi fare-tıklaması ile hukukî olarak bağlanacağı konusunda aydınlatılacaktır.
- *Kurulan sözleşmenin girişimcinin verilerine kaydedilip kaydedilmeyeceği ve her zaman tüketici tarafından erişilebilir olup olmadığı*: Böylece tüketici, ETHD m. 10/3'e göre bilgisine sunulan sözleşme hükümlerini ve genel işlem şartlarını kendisinin de kaydetmesinin gerekip gerekmediği konusundaki kararını sağlıklı bir şekilde verebilecektir.
- *Siparişin verilmesinden önce tüketici tarafından yapılan girdilerin hatalı olduğunun teşhisine ve düzeltilmesine ilişkin teknik yollar*: Bu durumda,

[242] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 8, A4 Art. 10 5-10.

[243] ETHD m. 10'da öngörülen, Mesafeli Sözleşmeler Hakkındaki Direktif'deki düzenlemeye ek olarak getirilen "bilgi verme yükümlülüğü"nün eleştirisi için bkz., Waldenberger, sh. 300: Yazar, söz konusu direktif düzenlemesinin elektronik ticareti olumsuz yönde etkileyeceği kanaatindedir.

[244] Söz konusu bilgi türlerinin açıklaması için bkz., Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 9-12, A4 Art. 10 5-10.

tüketici, örneğin bilgisayar klavyesinde yanlış bir tuşa dokunması ya da fareyi yanlışlıkla tıklaması sonucu ortaya çıkabilecek istemediği hukukî sonuçları söz konusu hatalarını düzelterek engelleyebilecektir.

- *Sözleşmenin kurulmasında kullanılabilecek diller*: Dikkat edilmesi gereken nokta, girişimcinin kendi web-sayfasındaki dilden başka yabancı dilleri tüketicinin kullanımına sunma yükümlülüğünün olmadığıdır.

Ancak, hemen belirtilmelidir ki, ETHD m. 10/4 ile girişimcinin yukarıda sayılan söz konusu yükümlülüklerine elektronik posta ya da benzeri *bireysel iletişimle* kurulacak sözleşmeler bakımından istisna getirilmiştir.

Son olarak, ETHD m. 11'de, elektronik sözleşmelerde tüketicinin siparişini vermesi düzenlenmiştir.[245] Bu hüküm ile, Mesafeli Sözleşmeler Hakkındaki Direktif'de düzenleme alanı bulmayan ve düzenlenmesi tamamen üye devletlerin takdirine bırakılan "tarafların sözleşmeyi kurucu irade beyanlarının birbirlerine ne zaman ulaşmış sayılacağı", Topluluk Hukukunun konusu dahiline sokulmuştur.

ETHD m. 11/1'de, ilk olarak, girişimcinin tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığını elektronik yolla derhal onaylaması öngörülmüştür. İkinci olarak ise, tüketicinin siparişini içeren irade beyanı ile girişimcinin siparişi aldığına dair

[245] Bu hüküm 1998 yılında sunulan AT Komisyonu direktif önerisinin 11. maddesinden çok farklıdır. 1998 yılında çıkarılan öneride sözleşmenin nasıl kurulacağı, bir başka deyişle, sözleşmenin kuruluş aşamaları ayrıntılı bir şekilde düzenleme alanı bulmuştur. Yapılan eleştiriler de dikkate alındığında öneride değişikliğe gidilmesi yerinde olmuştur (Bu konudaki öneri düzenlemesi için bkz., ABl. Nr. C 30 v. 05.02.1999, sh. 0004); Ayrıca, bu konuda daha ayrıntılı bilgi ve konuya yönelik eleştiriler için bkz., Hoeren, Thomas (MMR 1999), "Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce", MMR 1999, sh. 198; Waldenberger, 300.

elektronik beyanının birbirlerine ne zaman varmış sayılacağı ve dolayısıyla da, tarafların söz konusu irade beyanlarıyla ne zaman bağlanacakları düzenlenmiştir. Buna göre, girişimcinin tüketicinin siparişine ve tüketicinin de girişimcinin elektronik onayına ulaşabilecek konumda olması halinde, söz konusu irade beyanları taraflara varmış sayılacaktır.

Bu hüküm doğrultusunda tartışmaya yol açabilecek nokta, siparişin alındığına dair girişimcinin elektronik onayının tüketiciye varmış sayılması ile sözleşmenin kurulmuş olup olmayacağıdır. Buna ilaveten, ETHD'de, tüketicinin, kendisine elektronik yolla iletilen girişimci onayını aldığına dair girişimciye iletmesi gereken bir irade beyanına yer verilmemiştir. İşte bu durumda karşılaşılan soru ise, girişimcinin elektronik yolla gönderdiği onayın tüketiciye varmamış olması riskini kimin üstleneceğidir.[246]

Direktif eski tasarısında, "sözleşmenin ne zaman kurulmuş sayılacağı" konusunun düzenlenmesinin önerilmesi, ancak ETHD'de bu konuya değinilmemiş olması dikkate alındığında, yukarıdaki iki sorunun cevabının hukukî olarak düzenlenmesinin tamamen üye devletlerin yetkisine bırakıldığı sonucuna varmak kaçınılmazdır.

[246] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 8, A4 Art. 11 8-12.

B. Elektronik İmzalarla İlgili Ortak Çerçeve Koşulları Düzenleyen 13.12.1999 ve 99/93/EG Sayılı Avrupa Parlemantosu ve Konseyi Direktifi (Elektronik İmza Hakkındaki Direktif) (EİHD)

EİHD m. 1'de, EİHD'nin amacı, elektronik imzaların kullanımını kolaylaştırmak ve hukuken tanınmalarına katkıda bulunmak olarak belirlenmiştir. Söz konusu maddenin 2. fıkrasında ayrıca, elektronik sözleşmelerin şekline ilişkin şartların düzenlenmesinin tamamen üye devletlerin yetkisine bırakıldığı öngörülmüştür.

EİHD m. 1/2 anlamında örneğin, Alman ve Türk Borçlar Hukukundaki konu ile ilgili düzenlemeler dikkate alındığında bu hukuk sistemlerinde sözleşmenin kuruluşunda "şekil özgürlüğü ilkesi"nin benimsendiği ve istisnai olarak, belli hukukî işlemler için şekil zorunluluğunun kabul edildiği görülmektedir.[247] Buna göre, özellikle internet üzerinden yapılan bir elektronik sözleşmenin kurulması aşamasında rol oynayan taraf irade beyanları ile söz konusu sözleşmenin ifası aşamasında ortaya çıkması muhtemel hukukî sorunların *ispatına yönelik*[248] üye devletlerin EİHD doğrultusundaki milli hukuk düzenlemeleri, tüketicinin elektronik ticarete olan güveninin artmasına neden olacaktır.

---

[247] Bkz., aşağıda Bölüm II, §7, IV; Ayrıca, bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Keser-Berber, Leyla, İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, sh. 121-125; Froehlich, Jan, "Der Elektronische Geschäftsverkehr-praktische Fragen bei der Nutzung E-commerce, Spam und der Schutz von Werken im Urheberrecht", http://www.jan-froehlich.de/fro/pdf/016.pdf, (20.07.2004), sh. 3.

[248] Keser-Berber, sh. 127.

Elektronik imza (ya da dijital imza) kavramı, EİHD m. 2'de, "elektronik imza" (ya da basit elektronik imza) ve "gelişmiş elektronik imza" olmak üzere ikiye ayrılarak tanımlanmıştır. Buna göre, basit elektronik imza, "*başka bir elektronik veriye eklenen veya onunla mantıksal bağlantısı bulunan, kimlik teşhisine yarayan elektronik formda bulunan veriler*"den ibaret olmakla birlikte, gelişmiş elektronik imza, "*imza sahibine özgülenmiş, imza sahibini tanımlamaya yeterli, imza sahibinin münhasıran kontrolü altında bulundurabileceği araçlar kullanılarak yaratılan ve üzerindeki herhangi bir değişiklik farkedilebilecek şekilde veriye bağlanan imza*"ları kapsamaktadır.

Yukarıdaki iki tanımın birlikte değerlendirilmesi gerekirse, şöyle bir sonuca varılması yerinde olacaktır: "*Dijital imza, el yazısı ile atılan imzanın sahip olduğu özellikleri, elektronik belgeler bakımından da sağlamaya çalışan bir yöntemdir. Şifreleme yöntemleri sayesinde, elektronik olarak imzalanan bir belgenin, sadece elektronik imzanın sahibi olan kimse tarafından düzenlendiği tespit edilebilmektedir. Dijital imzanın başkaları tarafından taklit edilmesi çok güçtür*".[249]

Üye devletlerin EİHD'nin amacı doğrultusunda iç hukuklarında getirecekleri düzenlemelerinde kendilerine temel almaları gereken hüküm, EİHD m. 5'dir. EİHD m. 5/1'e göre, üye devletler, hukuksal geçeliliği olan bir sertifikaya dayanan ve güvenli bir imza oluşturan bir araç tarafından yaratılan "gelişmiş elektronik

[249] Keser-Berber, sh. 126-127; Ayrıca bkz., Erturgut, Mine, "Elektronik İmza Kanunu Bakımından e-Belge ve e-İmza", Bankacılık Açısından Elektronik İmza Kanunu Konferansı, 4 Mart 2004, İstanbul, Yayımlanmamış, sh. 4: Yazar, "*gelişmiş elektronik imza, genel olarak elektronik imza tanımından yola çıkılarak, bu tanıma çeşitli unsurların eklenmesi suretiyle tanımlanmaktadır. Gelişmiş elektronik imza, verinin bütünlüğünün korunduğunu göstermesi yanında, imzalayanın kimliğinin tespitine de yarar*" demektedir.

imza"ların, aynen kağıda dayalı bir belgede yer alan elle atılmış imzada olduğu gibi hukukî geçerliliğin tanınmasını ve hukuksal işlemlerde delil olarak kabul edilmesini sağlamakla yükümlüdürler.

Buna ilaveten, EİHD m. 5/2'ye göre ise, "basit elektronik imza"nın hukuksal yönden kabul edilebilirliğinin reddedilmesini engelleyeceklerdir. Buna göre, özellikle ispat hukuku açısından, basit imzanın (1) elektronik formatta olması, (2) hukuksal geçerliliği olan bir sertifikaya dayanmaması, (3) güvenilir bir setifika hizmet sağlayıcısı tarafından geçerliliği olan bir sertifikaya dayanmaması ve (4) güvenilir imza oluşturan bir araç tarafından yaratılmamış olması nedenlerinden biriyle delil gücüne halel getirilmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

C. 90/619/EG, 97/7/EG ve 98/27/EG Sayılı Avrupa Konseyi Direktiflerinin Değiştirilmesine Yönelik Uzaktan Finansal Hizmetler Hakkındaki 23.09.2002 Tarihli ve 2002/65/EG Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi (Finansal Hizmetler Hakkındaki Direktif) (FHHD)

Yukarıda da açıklandığı üzere, başta Direktif'in kapsamı dışında düşünülen mesafeli finansal hizmetler, FHHD m. 18 ile sonradan Direktif'in kapsamına dahil edilmişlerdir. Böylece, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınan özellikle "sözleşmeden dönme hakkı", konusu finansal hizmetler olan mesafeli sözleşmeler için de uygulama alanı bulabilecektir. Buna ilaveten örneğin, posta yoluyla kredi almak ya da internet aracılığıyla yatırım yapmak isteyen tüketicilerin o sözleşmenin kurulmasından önce yeterli ve ciddi bir şekilde bilgilendirilmesi de yine FHHD ile garanti altına alınmaya çalışılmıştır.

Üye devletler FHHD'yi en geç 09.10.2004 tarihine kadar iç hukuklarına aktarmakla yükümlüdürler (FHHD m. 21). Bu anlamda önem arzeden konu, FHHD'nin 13 numaralı kıstasının gözden kaçırılmamasıdır. FHHD'nin 13 numaralı kıstasında, üye devletlerin ilgili iç hukuk mevzuatlarında, FHHD ile getirilen hükümlerden farklı düzenlemelere gidemeyecekleri öngörülmüştür. Bir başka deyişle, üye devletler, FHHD'de açıkça tersi düzenlenmiş olmadıkça, bu direktif hükümlerini olduğu gibi iç hukuklarına aktarmakla yükümlü kılınmışlardır. Dikkat edilirse, FHHD bu yönüyle tüketiciyi koruyucu *asgari hükümler* öngören diğer direktiflerden ve özellikle de Mesafeli Sözleşmeler Hakkındaki Direktif'den ayrılmaktadır.[250]

FHHD'nin uygulama alanı kısaca belirlenmeye çalışılırsa görülecektir ki, bu direktif, konusu sadece "finansal hizmetler" olan mesafeli sözleşmeleri kapsamaktadır. "Finansal hizmetler" kavramı FHHD m. 2 b. (b)'de, her banka hizmeti ve ayrıca, kredi, sigorta, emeklilik, para yatırımı ve ödeme ile ilgili her hizmet olarak tanımlanmıştır.[251]

Bu başlık altında, Direktif'in temel düzenlemeleri olan "sözleşme öncesi tüketicinin bilgilendirilmesi" ve "sözleşmeden dönme hakkı" hükümlerinin, FHHD'de farklı düzenlendiği noktaları üzerinde de kısaca durmakta yarar vardır.

---

[250] Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Drygala, Tim, Festschrift Für Marcus Lutter Zum 70. Geburtstag, (Yayına Hazırlayanlar, Schneider, Uwe H. vd.), Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2000, sh. 1565-1566 (*Drygala,* "Die Vollharmonisierung des Vertriebsrechts für Finanzdienstleistungen im Fernabsatz"); Kriegner, Johann, Die Fernabsatz-Richtlinie für Finanzdienstleistungen an Verbraucher, Linz, Universitätsverlag Rudolf Trauner, 2003, sh. 122-125.

[251] Sayılan bu hizmetler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Finke, Tilman, Der Feranabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004, sh. 30.

Buna göre, ilk olarak FHHD m. 3.'de, tüketicinin sözleşme öncesi bilgilendirilmesi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, girişimci[252] tüketiciyi sırasıyla, "ticarî kimliği", "finansal hizmet", "mesafeli sözleşme" ve "kanunî tedbirler" hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür. FHHD m. 3'de başlıklar halinde belirlenen girişimcinin hakkında bilgi vermekle yükümlü olduğu bu konuların içerikleri de yine aynı maddede ayrıntılı olarak düzenlemiştir. FHHD'de bu konuda, Direktif'den farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu nedenle, üye devletlerin finansal hizmetlerle ilgili mesafeli sözleşmeleri düzenleyici hükümlerinde FHHD'yi gözardı etmemeleri bir nevi zorunluluktur.

İkinci olarak, FHHD m. 6'da sözleşmeden dönme hakkı da finansal hizmetlerin nitelikleri gözönüne alınarak Direktif'den farklı olarak düzenlemiştir. Buna göre, sözleşmeden dönme hakkının süresi sözleşmenin kuruluşu tarihinden itibaren 14 takvim günü olarak belirlenmiş, ancak hayat sigortaları ve emeklilik hizmetleri ile ilgili sözleşmelerde bu süre 30 takvim gününe uzatılmıştır.

Sözleşmeden dönme hakkı süresinin işlemeye başlayacağı zaman, hayat sigortaları hariç, sözleşmenin kuruluş tarihidir. Tüketiciye sözleşme şartları ve ön bilgilendirilmeye yönelik konuların FHHD m. 5 doğrultusunda zamanında iletilmemesi halinde ise, dönme hakkı süresi girişimcinin söz konusu yükümlülüğünü ifasına kadar işlemeye başlamayacaktır. Dikkat edilirse bu durumda, dönme hakkı süresinin Direktif'den farklı olarak 3 aya uzatılması ile yetinilmemiştir.

[252] FHHD'de, "sunucu" (*Anbieter, supplier*) kavramı kullanılmış olmasına rağmen, burada, yukarıda da açıklandığı üzere, tüketicinin muhatap olduğu sözleşmenin karşı tarafını en geniş anlamda kapsayan "girişimci" kavramı kullanılmaya devam edilecektir.

FHHD m. 6/2'de, sözleşmeden dönme hakkının istisnaları düzenlenmiştir. Ayrıca, FHHD m. 6/3'de ise, üye devletlere belli bazı finansal hizmetleri dönme hakkının istisnası olarak düzenleyebilmeleri konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Burada dikkat edilemesi gereken nokta, üye devletlere bırakılan düzenleme yapma yetkisinin sınırlarının yine de FHHD m. 6/3'de belirlenmiş olmasıdır.

Son olarak, FHHD m. 7'de, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, onun da onayı alınarak ifasına başlanmış olan finansal hizmet edimine ilişkin bedelin tüketici tarafından ödenmesi öngörülmüştür. Ancak, yine aynı maddede, tüketici tarafından ödenmesi gereken tutarın sınırlarının belirlenmesi yoluna gidilmesi de ihmal edilmemiştir. FHHD m. 7/2'de ayrıca, üye devletlere, tüketicinin sigorta sözleşmesini feshetmesi halinde, herhangi bir ek ödeme yükümlülüğüne maruz kalmayacağına dair kurallar koyabilmeleri konusunda takdir yetkisi de verilmiştir.

Buna ilaveten, Direktif'den farklı olarak, FHHD m. 7/5'de, sözleşmeden dönme hakkını kullanan tüketicinin iade yükümlülüğü konusunun da düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Buna göre, tüketici, kendisine girişimci tarafından verilmiş olan ödeme ve/veya maddî edim konusu şeyleri gecikmeksizin ve en geç 30 takvim günü içerisinde girişimciye geri vermekle yükümlüdür.

II. BÖLÜM

ALMAN HUKUKUNDA MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

AT Hukukunda Direktif'in yürürlüğe girmesiyle birlikte iç hukukunu Topluluk Hukuku ile uyumlaştırmak yükümlülüğü altında olan Almanya, mesafeli sözleşmelerde tüketiciyi koruyucu bir takım yeni hukukî düzenlemelere gitmiştir.

Ancak, Direktif m. 14'ü dikkate alan Almanya, Direktif'in sadece 1. maddesinden 7. maddesine kadar olan bölümünü iç hukukunda Mesafeli Sözleşmeler ile Tüketici Hukukunun Diğer Sorunları ve Euro Para Birimi Hakkındaki Hükümlerin Uyumlaştırılmasına İlişkin Kanun (FernAbsG) ile düzenleme gereğini duymuş;[253] Direktif'in diğer hükümlerine ise, Direktif'in amacını karşılayan benzer hükümler kendi iç hukuk kuralları içinde zaten mevcut olduğundan, ortaya çıkabilecek mükerrer hükümlerin önüne geçilebilmek amacıyla tekrar değinmemiştir. Bu yönde, Avrupa Adalet Divanı'nın "*üye devletlerin, AT direktif hükümlerini iç hukuklarına kelimesi kelimesine aynı şekilde aktarmak zorunluluğunda olmadıkları, tam tersine söz konusu direktiflerin eksiksiz uygulanmasına imkan veren üye devlet iç hukuk düzenlemelerinin AT Hukuku ile uyumunun sağlanması açısından yeterli*

[253] Lütcke, sh. 9.

olduğu" yönündeki kararı[254] da bu konuya parmak basmaktadır.[255]

27.06.2000 tarihli FernAbsG'nin tüm maddeleri ise, Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine Yönelik Kanun'un 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmesi ile BGB'ye dahil edilmiştir.[256] Alman kanun koyucusunun söz konusu düzenlemesindeki amaçlardan biri, yukarıda da açıklandığı üzere, toplumda aslında her biri tüketici konumunda olan kişilerin, günlük hukukî ilişkileri üzerinde geçerli olan hukukî kuralları temel kanun olan BGB'de bulmalarını sağlamak ve onların çeşitli özel kanunlar arasında boğulmalarını önlemektir.[257]

Aslında özellikle AT'nin sayısız direktifinin iç hukuka aktarılmasıyla özel kanunların sayısında takip edilemeyecek derecede bir çoğalma olmuştur. Böylece, aynı nitelikteki bazı hukukî hükümlere farklı özel kanunlarda değinilmesiyle, bu hükümlerin tekrarı kaçınılmaz hale geldiğinden,[258] Alman Hukuku açısından

---

[254] Pützhoven, sh. 115, dpn. 441: Yazar, ilgili Avrupa Adalet Divanı kararları için şu davalara göndermede bulunmuştur: *Case 163/82*, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften v Italienische Republik*, EuGH 1983, sh. 3273-3329 (Bkz., sh. 3286, Rdr. 9); *Case 360/87*, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften v Italienische Republik*, EuGH 1991, sh. I-812 - I-825 (Bkz., sh. I-814, Rdr. 7); *Case 433/93*, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften v Bundesrepublik Deutschland*, EuGH 1995, sh. I-2311 – I-2320 (Bkz., sh. I-2317, Rdr. 18).

[255] Pützhoven, sh. 115.

[256] Medicus, Dieter, Schuldrecht I, 13. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2002, sh. 257.

[257] Schmidt-Räntsch, Jürgen (2001), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, (Yayına Hazırlayanlar, Schulze/Schulte-Nölke), Mohr Siebeck Verlag, 2001, sh. 169 (*Schmidt-Räntsch*, "Reintegration der Verbraucherschutzgesetze durch den Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes").

[258] Micklitz, Hans W. (2001), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, (Yayına Hazırlayanlar, Schulze/Schulte-Nölke), Mohr Siebeck Verlag, 2001, sh. 191-192 (*Micklitz*,

BGB'de sürekli değişikliklere giderek onun bütünlüğüne zarar vermemek için benimsenmiş olan "özel nitelikteki hukukî ilişkilerin özel kanunlarla düzenlenmesi" yönteminin aslında yerinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Gerçekten burada gözden kaçırılmış olan nokta, AT Hukukunun iç hukuktaki geçerliliğini sağlamak için çıkarılan özel uyum yasalarının da BGB'deki hükümlerin yeniden düzenlenmesine neden olabilecekleridir. Bu durumda ise, daha tehlikeli sonuçlarla karşılaşılabileceği açıktır.[259]

Sonuç olarak, Alman Hukukunda mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasına yönelik herhangi bir özel kanun düzenlemesi günümüzde mevcut değildir. Buna ilaveten, FernAbsG'den başka konumuz açısından büyük öneme sahip olan örneğin, tüketici tanımının ve Elektronik Ticaret Hakkındaki Direktif doğrultusunda öngörülen yeni hükümlerin de söz konusu modernleştirme çerçevesinde BGB'nin kapsamında düşünülmesi gereği ortadadır.[260] Nitekim, Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine Yönelik Kanun ile BGB içinde adeta "Tüketicinin Korunması Hukuku Genel Hükümleri"ni düzenleyen bir bölüm oluşturulmuştur. Bu bölümde, özellikle "tüketici" (BGB § 13) ve "girişimci" (BGB § 14) kavramlarının tanımına yer verilmiş olması ve ayrıca, tüketiciyi korumaya

---

"Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für ein Verbrauchervertriebsrecht oder für eine Regelung der Vertragsschlussmodalitäten?"): Yazar, örneğin, tüketiciyi koruyan sözleşmeden dönme hakkının hem Kapıdan Satışlar Hakkındaki Kanun'da hem de FernAbsG'de iki defa düzenlenmiş olmasını eleştirmiştir.

[259] Schmidt-Räntsch (2001), sh. 171.

[260] Wilmer/Hahn, sh. 179.

yönelik "geri alma hakkı" (sözleşmeden dönme hakkı) ile "geri verme hakkı"nın düzenlenmiş olması konumuz açısından büyük bir önem ifade etmektedir.[261]

Ancak, Alman kanun koyucusunun tüketiciyi koruyucu özel kanunların hepsini BGB'ye entegre etmediğinin de burada hemen belirtilmesi yerinde olacaktır.[262] Bu nedenle, BGB'ye entegre edilmemiş özel kanunlarda, Direktif hükümleriyle uyum içinde olan, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasına yönelik başka hukukî düzenlemelerin olabileceği de dikkatten kaçırılmaması gereken bir konudur.

§ 6. Mesafeli Sözleşme Kavramı, Tarafları, Unsurları ve Kapsamı

I. "Mesafeli Sözleşme" Tanımı

BGB § 312b'de mesafeli sözleşmelerin tanımı verilerek, mesafeli sözleşmeleri düzenleyen hükümlerin uygulama alanı belirlenmiştir. Buna göre mesafeli sözleşmeler, bir tüketici ile bir girişimci arasında organize bir mesafeli işletme veya hizmet sistemi altında, sadece uzaktan haberleşme araçları kullanılarak kurulan ve bir malın teslimine ya da bir hizmetin ifasına ilişkin sözleşmelerdir.

Görüldüğü üzere BGB § 312b'de yapılan tanımın Direktif'in metninden hiç bir farkı yoktur. Ancak, söz konusu madde düzenlemesinin Direktif'in amacını milli hukukta karşılamaya yetip yetmediğinin tam olarak değerlendirilebilmesi için, maddede geçen ve her biri mesafeli sözleşmenin birer şartını oluşturan "tüketici",

[261] Pützhoven, sh. 138; Riehm, Thomas, "Das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts", JURA 2000, sh. 505.

[262] Lütcke, sh. 13.

"girişimci", "organize bir mesafeli işletme ya da hizmet sistemi" ve "uzaktan haberleşme araçları" kavramlarının Alman Hukukundaki tanımları ve öğretideki görüşler üzerinde durulmasında yarar vardır.

II. Mesafeli Sözleşmenin Tarafları

A. Genel Olarak

BGB § 312b'ye göre, mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için öngörülen ilk şart sözleşmenin bir tarafının tüketici, karşı tarafının ise girişimci olmasıdır. Buna göre, kurulan sözleşmenin her şeyden önce bir tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi asıl şarttır.

Tüketici sözleşmelerini düzenleyen hükümlerden özellikle FernAbsG'nin BGB'nin kapsamına alınmasıyla birlikte, sözleşmenin taraflarını oluşturan tüketici ile girişimci kavramlarının BGB'de tanımlanması da bir nevi zorunluluk haline gelmiştir.[263] Böylece, daha önceleri FernAbsG, "Tüketici Kredileri Kanunu" (*Verbraucherkreditgesetz*) (VerbrKrG) ve "Genel İşlem Şartları Kanunu" (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*) (AGB-Gesetz) gibi çeşitli özel kanunlarda tanımlanan tüketici ve girişimci kavramları, en nihayet BGB §§ 13, 14'de genel olarak düzenlenmiştir[264]

[263] Lorenz, sh. 835; Pfeiffer, Thomas, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, (Yayına Hazırlayanlar, Schulze/Schulte-Nölke), Mohr Siebeck Verlag, 2001, sh. 133 (*Pfeiffer*, "Der Verbraucher nach § 13 BGB").

[264] Riehm, sh. 505.

B. "Tüketici" Kavramı

BGB § 13'e göre, tüketici, girdiği hukukî ilişkide kendi ticarî ya da serbest meslekî faaliyeti doğrultusunda bir amaç izlemeyen her gerçek kişidir.

Dikkat edilirse, BGB § 13'de bir kişinin tüketici olarak tanımlanabilmesi için öngörülen **ilk şart**, onun bir gerçek kişi olmasıdır. Bir başka deyişle, tüzel kişiler Alman Hukukunda tüketici kavramının dışında tutulmuşlardır.

BGB § 13 ile ilgili Direktif m. 2/2 hükmü birlikte değerlendirildiğinde varılan sonuç, bu iki hükmün uyum içinde olduğudur. Ancak, Direktif m. 14 hükmünün dikkate alınmasıyla, Alman kanun koyucusunun ilgili düzenlemesinde daha geniş bir tüketici kavramına yer vermek amacında olabileceği de üzerinde durulması gereken bir konudur.[265] Bu nedenle, BGB § 13'deki gerçek kişi olma koşulunun hukukî yönden bir değerlendirilmesinin yapılması uygun olacaktır. Nitekim, AT Komisyonunun tüketicinin korunmasına yönelik 1993-1995 tarihli üç yıllık ikinci programında, tüketici hem bir gerçek kişi hem de bir tüzel kişi olarak tanımlanmıştır.[266] Bu yönde Alman Hukukunda sıkça karşılaşılan soru, tüzel kişilerin hiç bir şekilde tüketici sıfatına bürünemeyeceğini düzenleyen BGB § 13 hükmünün yerinde olup olmadığıdır.

---

[265] Lütcke, sh. 23-24.

[266] Faber, Wolfgang, "Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht", ZEuP 1998, sh. 860.

BGB § 13 hükmü, özellikle bir şahıs topluluğu olan ve "manevi amaç güden dernekler"i (*Idealverein*) tüketici kavramının dışında tuttuğu için[267] eleştiriye uğramıştır.[268] Söz konusu eleştiriye göre, örneğin bir öğrenci derneği genel kurul toplantısı ile Daimler-Chrysler firmasının genel kurul toplantısının BGB § 13 hükmünden hareketle aynı kategoride değerlendirilmesi mümkün görülmemektedir. Bu anlamda, tüketici kavramı için getirilen gerçek kişi olma sınırı kaldırılmalı ve ticarî amaç sınırı benimsenmelidir.[269] Bu yönde yapılacak bir düzenleme ile ayrıca,

[267] BGB §§ 21, 22 düzenlemeleri dikkate alındığında görülecektir ki, Türk Hukukunun aksine, Alman Hukukunda derneklerin amacı "kazanç paylaşımı"na yönelik de olabilmektedir. Bu nedenle dikkat edilmesi gereken nokta, Alman Hukukundaki söz konusu eleştirilerin, özellikle manevi amaç güden derneklerin BGB § 13'deki tüketici kavramının kapsamı dışında bırakılmış olması üzerinde yoğunlaşmış olmalarıdır. Türk Hukukunda ise, MK. m. 56'da derneklerin herhangi bir kazanç paylaşma maksadıyla kurulamayacakları açık olarak belirtilmiştir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, Türk Hukukunda derneklerin kazanç paylaşma dışındaki bir iktisadi amaçla kurulmalarına engel bir hüküm bulunmamaktadır (Bu konuda bkz., Akipek/Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, C. 1, bs. 4, İstanbul, Beta Yayınları, 2002, sh. 597-598). İlgili Alman hükümlerine de bakıldığında derneklerin zaten ya manevi (BGB § 21) ya da iktisadi (BGB § 22) amaçla kurulabilecekleri hükme bağlanmıştır. İki hukuk sistemi arasındaki farklılık ise, Alman Hukukunda derneklerde kazanç paylaşımını yasaklayan bir hükmün bulunmamasından kaynaklanmaktadır.

[268] Söz konusu eleştiri için bkz., Pfeiffer, sh. 138; Faber, sh. 863; Ayrıca bkz., Flume, Werner, "Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung", ZIP 2000, sh. 1428; Kapnopoulou, Elissavet N., Das Recht der mißbräulichen Klauseln in der Europäischen Union, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 1997, sh. 80; Remien, Oliver, "AGB-Gesetz und Richtlinie über Verbrauchervertrgsklauseln in ihrem europäischen Umfeld", ZEuP 1994, sh. 42.

[269] Pfeiffer, sh. 138-139; Ayrıca bkz., Remien, sh. 40-41: Yazarın bu konuya ilişkin verdiği Fransız örneği ilgi çekicidir. Fransız Hukukunda tüketici sözleşmeleri, meslek icra edenler ile meslek icra etmeyenler ya da tüketiciler arasındaki sözleşmelerden olarak tanımlanmıştır.

"Alman Ticaret Kanunu" (*Handelsgesetzbuch*) (HGB) § 344'de öngörülen "şüphe halinde bir tacirin hukukî ilişkilerinin ticarî sayılacağı" hükmü[270] de uygulamada önem kazanacak ve böylece, tüketici kavramının dışında tutulması hedeflenen ticaret şirketlerinin tüketici hükümlerinden yararlanması yine de engellenebilecektir.

Buna ilaveten, yine şahıs topluluklarından biri olan, ancak düzenlemede kendine tüzel kişilik tanınmamış olan her "adi şirket"in (*Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts*) tüketici sıfatına sahip olabileceği de dikkate alındığında, yukarıda öne sürülen görüşün yerinde olduğunu savunmak kaçınılmazdır.

Adi şirketlerle ilgili hükümlere BGB §§ 705-759'de yer verilmiştir. İki veya daha fazla kimsenin şirket sözleşmesiyle müşterek amaçlarını gerçekleştirmek yükümlülüğü altına girdikleri BGB § 705'de düzenlenmiştir.[271] Adi şirketin, BGB'de medeni haklardan istifade ehliyeti olmayan şahıs topluluklarının temelini oluşturduğu ileri sürülmektedir.[272] Buna göre, tüzel kişiliği olmayan bir adi şirketin amacını gerçekleştirmek için üçüncü kişilerle bir takım hukukî ilişkilere girmesi, şirketi temsil yetkisi olan ortak aracılığıyla olacaktır.[273] İşte, bir üçüncü kişi konumundaki girişimciyle kurulan, ama amacı adi şirketin ticarî faaliyetini karşılamak doğrultusunda belirlenmemiş olan bir mal ya da hizmet edimine yönelik sözleşmede söz konusu adi şirketin tüketici olarak belirlenmesi kaçınılmazdır.[274]

---

[270] Türk Hukukundaki aynı yönde düzenleme için bkz., TK m. 21.

[271] Adi şirketlere ilişkin Türk Hukukundaki düzenleme için bkz., BK m. 520.

[272] Köbler, Gerhard, Juristisches Wörterbuch, 12. Aufl., München, Verlag Vahlen, 2003, sh. 198.

[273] Adi şirketin temsiline ilişkin düzenleme için bkz., BGB § 714; Ayrıca, bu konuda Türk Hukukundaki düzenleme için bkz., BK m. 533.

[274] Lütcke, sh. 24.

Sonuç olarak, BGB § 13 ile tüketicilere getirilen tüzel kişi olmama sınırının, özellikle yukarıda açıklandığı üzere "manevi amaç güden dernek" ile "adi şirket" şahıs toplulukları arasında haksız bir ayırıma yol açıldığından anlamsızlığının ileri sürülmesi yerinde olacaktır.[275]

BGB § 13'e göre bir gerçek kişinin tüketici olarak tanımlanabilmesi için aranan **ikinci şart** ise, onun kurulan hukukî ilişkide kendi ticarî ya da serbest meslekî faaliyetleri doğrultusunda bir amaç gütmemesidir. Söz konusu kavram tanımlarına geçilmeden önce, ilgili konuya yönelik BGB'de herhangi bir ifade olmamasına rağmen Direktif m. 2/2 düzenlemesinden hareketle, kanun koyucunun bu konuda, kişinin *sözleşmenin kurulması anındaki* amacına önem verdiğini vurgulamakta yarar vardır.[276] Bir başka deyişle, sözleşmenin kurulmasından sonraki bir zamanda değiştirilen amaç o kişinin tüketici olarak belirlenmesinde hiç bir rol oynamayacaktır. Bu anlamda, bir malı özel amacı doğrultusunda satın alan, ama daha sonra kendi ticarî ya da serbest meslekî faaliyeti çerçevesinde kullanan kişi tüketicidir ve gerekli diğer şartların da varlığı halinde mesafeli sözleşme hükümleri o sözleşme üzerinde uygulama alanı bulacaktır.[277]

---

[275] Kendisine tüzel kişilik tanınmamış şahıs topluluklarının BGB § 13'e göre tüketici olarak değerlendirilebilmeleri konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz., MünchKomm/*Micklitz*, sh. 384-385 (§ 13, Rdr. 15).

[276] Faber, sh. 866.

[277] Lütcke, sh. 25.

Burada, kişinin bir irade beyanıyla dışa vurmadığı içte kalan iradesi, kurulan hukukî ilişkinin amacının ticarî ya da meslekî yönde olup olmadığının belirlenmesinde yalnız başına rol oynamayacaktır.[278]

HGB § 1 Abs. 2'de, hangi faaliyetlerin "ticarî iş" (*Handelsgewerbe*) olduğu tanımlanmıştır. Ancak bu HGB § 1 Abs. 2 hükmünün AT direktiflerinde sözü geçen çeşitli ticarî iş kavramlarına denk kılınması mümkün değildir. Özellikle Tüketici Hukukunun düzenlenmesindeki "koruma" amacı, ticarî iş kavramının Alman Hukukunda özerk bir şekilde yorumlanmasını beraberinde gerektirmektedir. Buna göre, bir ticarî işten söz edilebilmesi için, söz konusu faaliyetin "ticarî bir amaca yönelik olması" ve "bir plan çerçevesinde belli bir süre devamı" ile "iş riskinin faaliyeti gerçekleştiren kişiye ait olması" şarttır.[279]

Bu anlamda ilk olarak dikkat edilmesi gereken nokta, "belli bir süre devamı öngörülen ticarî amaç" şartı ile mutlaka kazanç paylaşımının ifade edilmiş olmamasıdır. Gerçekten, amacı kazanç paylaşımına yönelik bir işi yürüten kimse de örneğin, son derece büyük iktisadi bir güçle donatılmış bir iş ortağının karşısına çıktığında korunmaya muhtaç konumdadır. Bu nedenle kazanç paylaşımını, bir kişinin hukukî yollarla korunma ihtiyacının olup olmadığının belirlenmesinde etken bir faktör olarak değerlendirmek mümkün değildir.[280]

Sonuç olarak, ticarî amacın varlığını, "kişinin o andaki hukukî işleminin, işletmecilik faaliyeti ilkesiyle yönetilen devamlı bir faaliyetin amacının

---

[278] Jauernig/*Jauernig*, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., München, Verlag C.H.Beck, 2003, sh. 5 (§ 14, Rdr. 3).

[279] Faber, sh. 868-869.

[280] Baumbach/Hopt/*Hopt, Klaus J.*, (Yayına Hazırlayanlar, Hopt, K. J., Merkt, H.), Handelsgesetzbuch, 31. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2003, sh. 40 (§ 1, Rdr. 15-16).

gerçekleştirilmesine yönelik" olup olmamasına göre belirlemek daha uygun olacaktır.[281]

İkinci ve son olarak, "iş riskinin faaliyette bulunan kişiye ait olmasının", bir işin ticarî iş niteliğinde tanımlanabilmesi için aranmış olması da konumuz açısından çok önemlidir. Bu şart ile ifade edilmek istenen, kişi hareketlerinin bağımsız olmasıdır.[282] Buna göre, söz konusu kişinin yapılan işin sorumluluğunu, hesabını ve tüm risklerini üstlenmesi asıldır.[283]

Hangi hukukî işlemlerin serbest meslekî faaliyet kapsamında düşünülmesi gerektiği, HGB § 84 I 2'de belirtilmiştir.[284] Ancak yukarıda açıklanan bazı kıstasların, serbest meslekî faaliyetin çerçevesinin çizilmesinde dikkate alınması hususunun da şart olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.[285]

HGB § 84 I 2'de, serbest meslek sahibi kişi, faaliyetlerinde bağımsız olan ve çalışma saatlerini kendi belirleyebilen kişi olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda, yukarıda sayılan şartlardan "bağımsızlık", bir başka deyişle, "işin riskini üstlenme koşulu"nun zaten kanun koyucu tarafından açıkça arandığı ortadadır. Buna ilaveten, "işin belli bir plan dahilinde belli bir süre devamı" ile "dışarıdan algılanışı ve ücretli ifa edilmesi" de, bir işin serbest meslekî faaliyet olarak nitelendirilebilmesinde öğretinin aradığı diğer şartlardandır.[286]

---

[281] Faber, sh. 869.

[282] Westphalen/Emmerich/Rottenburg/*Westphalen*, Verbraucherkreditgesetz, 2. Aufl., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1996, sh. 47 (§ 1, Rdr. 20).

[283] MünchKomm/*Micklitz*, sh. 405 (§ 14, Rdr. 24).

[284] Riehm, sh. 505.

[285] Faber, sh. 871.

[286] Faber, sh. 871.

Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken nokta, her meslekî faaliyetin değil, sadece *serbest* meslekî faaliyetlerin tüketici sınırının çizilmesinde kullanılmış olmasıdır ki, bu noktada BGB § 13 hükmü Direktif düzenlemesinden ayrılmaktadır.[287] Bu anlamda uygulamada sıkça karşılaşılan soru, örneğin bir işçinin işine gitmek için bir araba satın alması ile bir garsonun işinde giymek üzere bir garson kıyafeti satın alması hallerinde ya da bir öğretmenin ders hazırlamak için kendisine bir bilgisayar satın alması durumunda bu kişilerden her birinin tüketici sıfatına sahip olup olmadıklarıdır.[288] Örnek olarak gösterilen kişilerin her biri bağımsız olarak değil, tam tersine bir işverene bağlı olarak çalıştıklarından, bu sorunun cevabı Alman Hukukunda söz konusu kişilerin tüketici ve korunmaya muhtaç oldukları yönünde cevaplanacaktır. Direktif'in ilgili 2. maddesinin 2. fıkrasında ise, mesleğin serbest olması ayrımına gidilmediğinden, yukarıdaki örnekteki kişiler AT Hukukunda tüketici sıfatını kazanamayacaklardır. Sonuç olarak, üçüncü bir kişinin tüm riskleri üstlendiği bir işte ona bağımlı olarak çalışan bir işçinin, hukukî ilişkiye söz konusu iş ile ilgili bir amaç nedeniyle girmiş olması halinde, AT Hukukunda tüketici olarak nitelendirilmesi mümkün değilken, Alman Hukukunda yürürlükte olan tüketici hükümleriyle koruma altına alınması mümkün olabilecektir.[289]

---

[287] MünchKomm/*Micklitz*, sh. 389 (§ 13, Rdr. 27); Lütcke, sh. 25-26.

[288] Faber, sh. 871.

[289] Bülow/Artz, "Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB", NJW 2000, sh. 2050; Roth, Herbert, "Das Fernabsatzgesetz", JZ 2000, sh. 1014; Karşıt görüş için bkz., MünchKomm/*Micklitz*, sh. 405 (§ 14, Rdr. 24-25): Yazar, Direktif'de sözü geçen "meslek" kavramının, Alman iç hukukunda düzenlendiği şekilde, *sadece* "serbest meslek" kavramını ifade etmek için kullanıldığını savunmaktadır. Yazara göre "girişimci" kavramı, işin tüm iktisadi

BGB § 13'de dikkati çeken, "işin riskinin üstlenilmesi" şartıyla bağlantılı olduğu ileri sürülebilecek bir başka nokta da, maddede sözü geçen ticarî ya da serbest meslekî faaliyetin kişinin *kendisine* ait olmasıdır. Buna göre, girdiği hukukî ilişkide, kendisine ait olmayan bir ticarî ya da serbest meslekî faaliyetiyle ilgili bir amaç güden kimse, tüketici olarak nitelendirilebilecektir.

Öğretide bu konuya yönelik öne sürülen eleştiri, Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine Yönelik Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce Genel İşlem Şartları Kanunu ve Kapıdan Satışlar Hakkındaki Kanun gibi tüketiciyi koruma amaçlı çıkarılan çeşitli kanun düzenlemelerindeki tüketici kavramını tanımlayan diğer hükümler dikkate alınarak yapılmıştır. Bu eleştiriye göre, FernAbsG'deki tüketici tanımında değinilen "kendi" ifadesi, diğer kanunlarda geçen tüketici tanımlarında bu tip bir sınırlamaya gidilmediği için yersizdir.[290] Ancak Alman Hukukundaki modernleştirme hareketi ile birlikte, tüketiciyi korumaya yönelik yukarıda sözü geçen tüm özel kanunların BGB'ye dahil edilmiş olması ve BGB'de bu doğrultuda "kendi" ifadesini içeren tek bir tüketici tanımına yer verilmiş olması söz konusu eleştiriyi kanımızca çürütmüştür.

Ayrıca, yukarıda da değinildiği gibi, bir işin ticarî ya da serbest meslekî faaliyet olarak adlandırılabilmesi için öngörülmüş olan riskin üstlenilmesi şartı da, "kendi" ifadesinin kullanılmasının yerinde olduğuna delildir. Nitekim, bir gerçek kişinin girdiği hukukî ilişkide, *risklerini kendisinin üstlenmediği*, yani *kendisine ait olmayan* üçüncü bir kişinin ticarî ya da serbest meslekî faaliyetleri doğrultusunda bir

---

risklerinin o kişi tarafından üstlenilmesiyle karakterize edilmiştir ki, bu özellik işçinin eksik olan yönüdür.

[290] Flume, sh. 1427.

amaç gütmesi halinde tüketici konumunda olduğu yukarıda verilen garson-öğretmen örneğinde de belirtilmiştir. Bir başka örnekle de açıklamamızı kuvvetlendirmek gerekirse, çalıştığı bir şirkette kullanmak üzere kendisine bilgisayar alan kişinin tüketici olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü, söz konusu kişi yaptığı satım sözleşmesinde her ne kadar meslekî bir amaç gütse de, kendisi işçi konumundadır ve çalıştığı şirketin bir tüzel kişiliği olduğundan kendi adına bağımsız olarak değil, tam tersine, ticarî işin tüm risklerini üstlenmiş olan şirketin emirleri doğrultusunda çalışmaktadır. Ancak, kanımızca dikkat edilmesi gereken konu, söz konusu kişiye çalıştığı şirket tarafından bilgisayar alması yönünde emir verilmiş olması halinde, durumun yukarıdaki örnekten farklılık arzetmesidir. Böyle bir durumda, kişinin yetkili bir temsilci olarak şirket adına hareket etmiş olduğu kabul edileceğinden ve bu nedenle, yapılan sözleşmenin hakları ve borçları tüzel kişiliğe sahip şirkete intikal etmiş olacağından, söz konusu kişi tüketici olarak adlandırılamayacaktır.[291]

Uygulamada sıkça karşılaşılan bir başka soru da, kişinin hem ticarî hem de özel ihtiyaçlarını karşılamak üzere "çifte bir amaç" (*gemischte Nutzung, dual use*) izlemesi halinde, onun tüketici olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Bu konuda Alman Hukukunda herhangi bir kanun hükmü bulunmadığı gibi, AT Hukukunda da ilgili herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Öğretide hakim olan görüşe göre ise, sözleşmenin kurulması anında kişinin hangi amacının daha ağır bastığı tüketici tanımının yapılmasında belirleyici rol oynayacaktır.[292]

---

[291] Alman Hukukunda temsil hükümleri için bkz., BGB § 164-166; Ayrıca, Türk Hukukundaki ilgili hükümler için bkz., BK m. 32-34.

[292] Lütcke, sh. 25.

C. "Girişimci" Kavramı

BGB § 14'de, girişimci, bir hukukî ilişkinin kurulmasında kendi ticarî ya da serbest meslekî faaliyetlerini uygulayan gerçek kişi, tüzel kişi veya fiil ehliyetine sahip olan şahıs toplulukları olarak tanımlanmıştır.

Bu tanım doğrultusunda ilk olarak yukarıda açıklanan, bir işin *ticarî iş* ya da *serbest meslekî faaliyet* olarak nitelendirilebilmesi için aranan koşullar, bu madde altında kişinin girişimci olarak tanımlanıp tanımlanamayacağının tespitinde de dikkate alınacaktır. Buna göre öğretide, girişimci, "*mal ya da hizmetlerini pazarda bir bedel karşılığında arz eden ve bu faaliyetini bir plan dahilinde belli bir süre devam ettiren her gerçek ya da tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır.[293] Ayrıca, gerçek ya da tüzel kişinin söz konusu faaliyetin tüm risklerini üstlenmesi, bir başka deyişle, o gerçek ya da tüzel kişinin faaliyetinin bağımsız olması ve yapılan ticarî iş ya da serbest meslekî faaliyetin, kendisine ait olması da asıldır.

Girişimci kavramını tanımlayan Direktif m. 2/3 hükmü ile karşılaştırıldığında, BGB § 14 öngördüğü "serbest meslek faaliyet" unsuru ile Direktif'den ayrılmaktadır. Bu konuda yukarıda yapılan açıklamalar geçerli olacağından, bu konuya burada tekrar değinilmemesi uygun görülmüştür.

Dikkat edilirse, öğretide benimsenen girişimci tanımında, yapılan faaliyetin bir bedel karşılığında olması gerektiği öngörülmüş, ama söz konusu bedelin istenmesinde *kazanç sağlama amacının varlığı* şart koşulmamıştır. Böylece, manevi amaçla kurulan dernek ve amacı kazanç paylaşmak olmayan kamu kurum ve

[293] Palandt/*Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2005, sh. 22 (§§ 14-20, Einf v § 21, Rdr. 2).

kuruluşlarının da tüketici sözleşmesinin güçlü tarafını oluşturan girişimci kavramı kapsamında düşünülebilmeleri imkan dahiline sokulmuştur.[294]

Alman öğretisinde kabul edilen bu görüş, AT Hukuku ile de uyum içindedir. Direktif'de her ne kadar bu konuda bir açıklık olmasa da, söz konusu öğreti görüşü Avrupa Adalet Divanının kartel hukuku ile ilgili kararları doğrultusunda desteklenebilecek niteliktedir. Gerçekten, Avrupa Adalet Divanı söz konusu kararlarında "bedel" kavramının niteliğini, bir kazancın sağlanmasının amaçlanması olarak *belirlememiştir.*[295] Buna göre, kamu yararına çalışan kurum ve kuruluşların da, Direktif'in uygulama alanı dahilinde düşünülmeleri gerekmektedir.[296]

BGB § 14'deki tanım doğrultusunda ikinci olarak üzerinde durulması gereken konu, maddede, "hukukî ilişkinin kurulması sırasında kişinin ticarî işinin ya da serbest meslekî faaliyetinin *uygulamasının*" şart koşulmuş olmasıdır. Dikkat edilmediği taktirde bizi, Direktif düzenlemesinde ifade edilen "sözleşmenin kurulması sırasında ticarî ya da meslekî faaliyeti *çerçevesinde* hareket eden kişi" tanımlamasından farklı bir hukukî sonuca götürebilecek gibi görünen bu hükmün "girişimcinin o anda eriştiği muamele hacminin, onun profesyonel tepkilerinin ve hukukî kurallar gereğince yükümlülük altına alınması nedeniyle ortaya çıkan zararlı

---

[294] Faber, sh. 869; Ulmer/Brandner/Hensen/*Brandner*, (Yayına Hazırlayanlar, Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt), AGB-Gesetz, 9. Aufl., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001, sh. 1655 (§ 24, Rdr. 10).

[295] Lütcke, sh. 28; Aynı yönde bkz., MünchKomm/*Micklitz*, sh. 403 (§ 14, Rdr. 17): Yazar, aksi halde, yani "bedel" kavramının tanımlanmasının mutlaka kazanç sağlama kastına bağlandığının kabul edildiği bir halde, Avrupa Adalet Divanı'nın da, kamu teşebbüslerini ilgili konuda Topluluk Hukukuna tabi kılmayabilecek olduğu üzerinde durmuştur.

[296] Micklitz (ZEuP 1999), sh. 878.

sonuçların bir ölçü olarak ele alınmaması" yönünde yorumlanması yerinde olacaktır.[297]

Böylece, BGB § 14 düzenlemesi ile asıl ifade edilmek istenenin, "o kişinin sözleşmenin kurulması sırasında kendi ticarî işini ya da serbest meslekî faaliyetini yaptığının şart koşulduğu"nun vurgulanması yönünde olduğu ortadadır. Bir başka deyişle, kişinin sadece sözleşmenin kurulması sırasındaki ticarî işi ya da serbest meslekî faaliyetini gerçekleştirmesi yönündeki *amacı*, o kişinin girişimci olarak nitelendirilmesinde hiç bir rol oynamayacaktır ki, zaten bu yöndeki bir uygulama Direktif tarafından da talep edilmemektedir.

Bir tacirin hukukî işleminin niteliği hakkında şüpheye düşülmesi halinde ve dolayısıyla da, o tacirin girişimci olarak belirlenip belirlenemeyeceğine karar verilememesi halinde, HGB § 344 hükmünün gözden kaçırılmaması gerekmektedir. HGB § 344'e göre, "*şüphe halinde bir tacirin hukukî ilişkilerinin ticarî sayılması*" asıldır.[298]

Üçüncü ve son olarak, BGB § 14'deki "hak ehliyetine sahip şahış toplulukları" (*rechtsfähige Personengesellschaften*) belirlemesi ilgi çekicidir. Maddede böyle bir kavrama yer verilmiş olması eleştirilere uğramıştır. Gerçekten BGB § 14 Abs. 2'de yapılan "hak ehliyetine sahip şahıs toplulukları" kavramının tanımına bakıldığında, söz konusu kavramın "tüzel kişilik" kavramından hiç bir farklı niteliğe sahip olmadığı ve "tüzel kişi" kavramının kanun koyucunun bu belirlemesini zaten kapsadığı görülecektir.[299]

---

[297] MünchKomm/*Micklitz*, sh. 404 (§ 14, Rdr. 22).

[298] Lütcke, sh. 30.

[299] Flume, sh. 1428; Jauernig/*Jauernig*, sh. 5 (§ 14, Rdr. 2).

III. Mesafeli Sözleşmenin Unsurları

A. Sözleşmenin Kuruluşu Aşamasında "Sadece Uzaktan Haberleşme Araçlarının Kullanılması" Şartı ve Belirli Türden Uzaktan Haberleşme Araçlarının Reklam Amaçlı Kullanılmasına Yönelik Getirilen Sınırlama

"Uzaktan haberleşme aracı" kavramının tanımı, BGB § 312b Abs. 2'de yapılmıştır. Buna göre, tüketici ile girişimcinin yüz yüze gelmeden sözleşmenin kurulmasına imkan veren mektup, katalog, telefon, fax, elektronik posta, radyo v.b. uzaktan haberleşme araçlarındandır.

Söz konusu BGB tanımı uzaktan haberleşme araçlarının tanımının yapıldığı Direktif m. 2/4 ile aynı doğrultudadır. Bu nedenle, yukarıdaki açıklamaların bu başlık altında da dikkate alınması gerekmektedir.[300]

Ancak Direktif ile uyumu konusunda akıllarda herhangi bir soru işaretine yer vermese de,[301] burada biraz daha ayrıntıya inerek incelenmesi gereken konu, BGB §

[300] Bkz., yukarıda Bölüm 1, §4, IV, B, 1, b.

[301] Aslında, Direktif m. 2/1 ile karşılaştırıldığında, BGB § 312b Abs. 1 hükmü metninde bir farklılık gözlemlenmektedir. Gerçekten, BGB § 312b Abs. 1'de, "sözleşmenin kurulması anına kadarki süreçte dahil olmak üzere" cümlesine maddede açıkça yer verilmemiştir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, söz konusu eksiklik Alman Hukukunda gerek öğretide gerek uygulamadaki yorumlanış tarzı bakımından Direktif düzenlemesinden aslında farklı değildir. Şöyle ki, Alman Hukukunda "sadece uzaktan haberleşme araçlarının kullanılması" şartının, sadece sözleşmenin kurulması anını değil, o sözleşmenin kuruluşu aşamasını da kapsadığı kabul edilmektedir [Bu konuda bkz., MünchKomm/*Wendehorst* 2003 (bd. 2a), (Yayına Hazırlayanlar, Rebmann/Säcker/Rixecker), Bd. 2a Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-432, 4. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2003, sh. 1699-1700 (§ 312b, Rdr. 469); Bamberger/Roth/*Schmidt-Räntsch*, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, München, Verlag C. H. Beck, 2003, sh. 1230 (§ 312b, Rdr. 15)];

312b Abs. 1'de sözü geçen, mesafeli sözleşmelerde "sadece" uzaktan haberleşme araçlarının kullanımını öngören kuraldır. Bu anlamda sıkça karşılaşılan soru, tüketicinin örneğin, satın almak istediği bir malı maddede öngörülen "sadece" şartından ötürü önceden mağazaya giderek görmesinin mümkün olup olmadığı ya da tüketicinin örneğin, önceden girişimcinin temsilcisi ile muhatap olması ama mal siparişini sonradan telefonla vermesi halinde söz konusu sözleşmenin mesafeli sözleşme sayılıp sayılamayacağıdır.[302]

Öğretide bu gibi soruların aydınlığa kavuşturulmasında çeşitli kıstaslara yer verilmiştir.

Bu anlamda *Schulte-Nölke*'ye göre belirleyeci olan ilk kıstas,[303] sözleşmenin kurulması aşamasında yüz yüze gelen tarafların sözleşmenin *esaslı noktaları hakkında* konuşup konuşmadıklarıdır. Buna göre, yukarıda verilen örnekte girişimcinin temsilcisi ile yüz yüze gelerek sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde konuşan ve siparişini sonradan telefonla veren tüketici, BGB § 312b kapsamında bir mesafeli sözleşmenin varlığını ileri süremeyecektir. Buna ilaveten, malın satıldığı mağazaya giderek satıcıya malın bulunduğu yeri soran ve malı gören, ama satıcı ile yapmak istediği satım sözleşmesinin esaslı noktalarına ilişkin herhangi bir diyaloğa girmeyip, o mala ilişkin siparişini internet üzerinden veren tüketicinin kurduğu sözleşme, BGB § 312b'ye göre mesafeli sözleşme olarak nitelendirilecektir.

Alman Hukukunun bu düzenlemesi ile Türk Hukukunun TKHK m. 9/A hükmünün ilgili lafzı aynıdır. Bu anlamda, gereksiz tekrardan kaçınmak amacıyla bu konunun üzerinde Türkiye bölümünde ayrıntılı olarak durulması tercih edilmiştir.

[302] Schulze/Dörner/Ebert vd./*Schulte-Nölke*, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, sh. 379 (§ 312b, Rdr. 4).

[303] Schulze/Dörner/Ebert vd./*Schulte-Nölke*, sh. 379 (§ 312b, Rdr. 4).

Aynı kıstası biraz daha farklı şekilde yorumlayan *Wendehorst*'a göre ise,[304] sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde mutlaka konuşulmuş olması şart değildir. Ona göre, tüketicinin örneğin, gittiği mağazada sözleşmenin esaslı noktaları hakkında bilgi edinme *imkanına* sahip olması, sonradan telefon üzerinden kurulan sözleşmenin mesafeli sözleşmeleri düzenleyen hükümlerin uygulama alanı dışında değerlendirilmesinde yeterli olacaktır.

Wendehorst'un bu görüşüne katılmak daha uygundur. Çünkü, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasının nedenlerinden birisi de örneğin, internette gördüğü bir malı satın almak isteyen tüketicinin çevresinde o malın özelliklerine ilişkin soru yöneltebileceği bir kişinin bulunmamasıdır.[305]

Bu bağlamda dikkate alınması gereken ikinci kıstas ise, tarafların yüz yüze gelmesinden, sözleşmenin kurulması anına kadar geçen süredir.[306] Söz konusu sürenin kısa ya da uzun olduğunun değerlendirilmesinde, her somut olayın özellikleri dikkate alınacaktır.[307]

Söz konusu sürenin çok uzun olduğu ve dolayısıyla, ilgili her iki olay arasında bir zamansal ilişkinin varlığından söz edilemeyen durumlarda, esaslı noktalara ilişkin bir takım yeniliklerin ortaya çıkmış olması (ör., malın fiyatının değişmiş olması) mümkündür. Bu anlamda tüketicinin, örneğin, yüz yüze geldiği satıcıdan edinmiş olduğu bilginin o günki doğruluğunda şüpheye düşmesi yersiz

---

[304] MünchKomm/*Wendehorst* 2003 (bd. 2a), sh. 1700 (§ 312b, Rdr. 48).

[305] Ayrıca bkz., Bamberger/Roth/*Schmidt-Räntsch*, sh. 1232 (§ 312b, Rdr. 24).

[306] Bamberger/Roth/*Schmidt-Räntsch*, sh. 1232 (§ 312b, Rdr. 25); MünchKomm/*Wendehorst*, 2003 (bd. 2a), sh. 1700 (§ 312b, Rdr. 48).

[307] MünchKomm/*Wendehorst* 2003 (bd. 2a), sh. 1700 (§ 312b, Rdr. 48).

olmayacaktır. Zaten mesafeli sözleşmelerin düzenleniş nedenlerinden birisi de, tüketicinin tek başına bilgiye ulaşmasındaki güçlüktür.[308]

Bu konuya ilaveten, bir mesafeli sözleşmenin kurulmasında birden çok uzaktan haberleşme aracının kullanılmasının mümkün olduğuna da burada kısaca değinilmesi yerinde olacaktır.[309] Buna göre örneğin, kendine girişimci tarafından gönderilen kataloğa dayanarak telefonla siparişini veren tüketici BGB § 312b kapsamında korunacaktır.

Bu başlık altında ikinci olarak incelenmesi gereken konu, Direktif m. 10'da öngörülen "belirli türden uzaktan haberleşme araçlarının kullanımındaki kısıtlamalar" hükmünün Alman iç hukuk mevzuatındaki görünümüdür. Yukarıda da açıklandığı üzere Direktif m. 10, tüketicinin özel hayatına saldırı olarak nitelendirilebilecek, girişimcinin çeşitli uzaktan haberleşme araçlarını kullanarak yaptığı reklamları önlemek amacıyla düzenlenmiştir. Örneğin, tüketicinin elektronik posta adresine gönderilen mal tanıtımları (*spamming*) ya da tüketicinin telefonla aranarak bir mal hakkında bilgilendirilmeye çalışılması bu tür reklamlardandır.

Her şeyden önce "Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkındaki Kanun" (*Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb*) (UWG) § 1'i dikkate alan Alman kanun koyucusu, iç hukuk mevzuatında Direktif m. 10 doğrultusunda yeni bir düzenlemeye gitme ihtiyacı duymamıştır.[310] UWG § 1'e göre, "*rekabet amacıyla meslekî faaliyet ilişkisi*

---

[308] Bkz., Direktif'in 14 numaralı kıstası; Ayrıca, Bamberger/Roth/*Schmidt-Räntsch*, sh. 1232 (§ 312b, Rdr. 25): Yazar, "zamansal bağ" unsurunu reddeden görüşün, mesafeli sözleşmelerin düzenlenmesiyle edinilen amaca aykırı düştüğünü ileri sürmektedir.

[309] Palandt/*Heinrichs*, sh. 499 (§ 312b, Rdr. 8).

[310] Ring, sh. 54.

içinde hareket eden kişi, doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı hareket ettiği takdirde hakkında ihmal ve zararın tazminine ilişkin dava açılabilir".

UWG § 1'in tüketiciyi koruyucu nitelikteki uygulaması sayesinde varılan sonuç, müşteri ile bireysel iletişime geçilebilmesinin ancak, söz konusu müşterinin herhangi bir şekilde *olumsuz etkilenmesine* neden olunmaması halinde mümkün olduğu yönündedir. Bir başka deyişle, girişimcinin potensiyel tüketiciyle bireysel iletişime geçerek tüketiciye gönderdiği reklamlar kural olarak kanuna aykırıdır ve tüketici uğradığı zararı, BGB §§ 823 Abs. 1, 1004'e göre talep edebilecektir.[311]

Bu anlamda, "Federal Mahkeme"nin (*Bundesgerichtshof*) bazı kararlarının incelenmesi, özellikle tüketicinin örneğin, telefon, telex, televizyon sistemleri (*Bildschirmtext*) (Btx) ve fax yoluyla kendisine gönderilen reklamlar nedeniyle uğrayacağı zararların tespiti bakımından yerinde olacaktır.

Telefon reklamlarıyla ilgili kararlarında Federal Mahkeme, bir hukukî ilişkinin kurulabilmesi amacıyla, o zamana kadar kendisi ile herhangi bir şekilde iletişime geçilmemiş olan bir kişinin aranmasının, doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı olduğuna hükmetmiştir.[312] Ancak, muhatap olunacak kişinin söz konusu telefon görüşmesine anlayış göstereceği tahmin edilebilecek nitelikteyse telefon reklamı caizdir.[313] [314]

---

[311] Pützhoven, sh. 116.

[312] BGH v. 19.06.1970, GRUR 1970, sh. 523.

[313] BGH v. 08.06.1989, GRUR 1989, sh. 753.

[314] Funk, Axel, "Wettbewerbsrechliche Grenzen von Werbung per Elektronik posta", CR 1998, sh. 416.

Federal Mahkeme, telex, Btx ve fax yoluyla yapılan reklamlar bakımından da yukarıda açıklanan telefon-reklamlarına yönelik kararını tekrarlamıştır.[315] Neden olarak ise, bir telex aracına sahip olan kişinin kendisine hızlı bir şekilde ulaşılabilmesini sağlamayı ve ayrıca, onun da iş ortakları ile hızlı ve emniyetli bir şekilde iletişim kurmayı amaçladığı gösterilmiştir. Uzaktan yazışma tesisatı söz konusu olduğundan, telex-reklamları kişinin telex ekranını gereksiz yere kaplayacaktır ve dolayısıyla da, kişinin amacına ulaşmasını engelleyebilecek niteliktedir. Fax-reklamlarında bu nedene ilaveten karşılaşılan diğer bir sorun, reklamın muhatabı olan kişinin kağıt, toner ve elektrik masraflarını karşılamak zorunda olmasıdır.[316]

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında varılacak sonuç, Alman iç hukukunda Direktif m. 10'dan farklı olarak, *sadece* opt-in sisteminin benimsenmiş olmasıdır. Gerçekten, Direktif m. 10/2'de, "telefon bantları" ve "fax" yoluyla gönderilen reklamlar dışında diğer uzaktan haberleşme araçları kullanılarak yapılan reklamların kural olarak yasal olduğu (opt-out sistemi) üzerinde durulmuştur.[317]

Alman kanun koyucusunun bu tavrı, Direktif m. 14 hükmü dikkate alındığında, AT Hukukuna aykırı olarak nitelendirilemese de, öğretide çeşitli tartışmalara neden olmuştur. Bu anlamda tartışılan soru, UWG § 1 hükmünün tüketicinin korunmasına yönelik uygulamasının, AT Hukukunun temel ilkelerinden biri olan "mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesi"ne aykırı olup olmadığıdır.[318]

---

[315] BGH v. 25.10.1995, GRUR 1996, sh. 208; BGH v. 03.02.1988, GRUR 1988, sh. 614.

[316] Funk, sh. 417; Leible/Sosnitza, sh. 285.

[317] "Opt-in" ve "opt-out" kavramları açıklamaları hakkında bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, B, 1, b.

[318] Pützhoven, sh. 119.

AET m. 28 ve 29'a (eski m. 30 ve 34) göre, "*ithalat ve ihracat üzerinde getirilecek tüm sınırlamalar ya da aynı etkiye sahip olacak nitelikteki diğer kısıtlamalar, üye devletler arasında yasaklanmalıdır*".

Ancak belirli bazı pazarlama yöntemlerinin kısıtlanması belli koşulların varlığı halinde üye ülkeler arasındaki ticareti engelleyecek nitelikte değildir. Bunlar: (1) O ülkede faaliyette bulunan tüm girişimciler için geçerli olmalı ve (2) söz konusu yasak gerek iç üretimi gerekse diğer üye devletlerin üretimini gerçekten aynı yönde etkilemelidir.[319]

Uzaktan haberleşme araçları vasıtasıyla yapılan reklamların yasaklanması, girişimcinin sadece söz konusu pazarlama methoduna getirilen bir sınırlama olduğundan malların serbest dolaşımı ilkesine aykırı değildir. Söz konusu yasak eğer girişimcinin işletme anlayışını değiştirmesine neden olsaydı, o zaman malların AT'de serbest dolaşımına bir engel olarak değerlendirilebilecekti.[320]

"Hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesi" ise, AET m. 49'da (eski m. 59) düzenlenmiştir. Avrupa Adalet Divanı, *Direktif'in yürürlüğe girmesinden önce*, AET m. 49 doğrultusunda verdiği bir kararında,[321] söz konusu pazarlama yöntemlerine getirilen yasağı, hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesine aykırı bulmuştur. Avrupa Adalet Divanının söz konusu kararında ileri sürdüğü neden, "mekanik ses" (*cold-calling*) methodunun hızlı ve doğrudan bir reklam aracı olduğu ve girişimcinin bu

[319] Avrupa Adalet Divanının bu yöndeki kararı için bkz., EuGH v. 24.11.1993, NJW 1994, sh. 121.

[320] Leible/Sosnitza, sh. 287.

[321] Avrupa Adalet Divanının ilgili kararı için bkz., *Case 384/93*: *Alpine Investments BV v Minister van Financien*, EuGH 1995, sh. I-1167 – I-1184 (Bkz., sh. I-1176, Rdr. 28).

pazarlama methodu sayesinde diğer üye ülkelerdeki potansiyel müşterisine kolayca ulaşabilmesidir.[322]

Bu karardan hareketle, Alman Hukukunda sadece opt-in sisteminin benimsenmiş olmasına yönelik varılabilecek sonuç bu sistemin, tüm uzaktan haberleşme araçlarının girişimci tarafından reklam amaçlı kullanılmasını sınırlaması ve dolayısıyla da, kendisini tanıtmada zorluk çekecek yabancı girişimcilerin, Almanya'da hizmet sunmaktan vazgeçmeleri yönündedir.[323]

Direktif'in 17 numaralı kıstasında da, Avrupa İnsan Hakları Konvensiyonu'nun 8. ve 10. maddeleri uyarınca "*tüketicinin özel hayatının, özellikle uzaktan haberleşme araçları kullanılarak onun rahatsız edilmesine karşı koruma altına alınması*", Direktif'in temel ilkelerinden biri olarak öngörülmüştür. İşte, bu ilkeye rağmen, Direktif m. 10/2'nin telefon, elektronik posta vb. uzaktan haberleşme araçları için opt-out sistemi ayırımına gitmiş olması, Alman Hukuku sisteminin yerinde olmadığını ispatlayıcı niteliktedir.[324]

---

[322] Pützhoven, sh. 124.

[323] Pützhoven, sh. 124.

[324] Alman iç hukuk mevzuatında, Direktif m. 10'daki düzenlemeden daha katı hukukî kuralların benimsenmesine hak vermeyen görüş için bkz., Leible/Sosnitza, sh. 289; Reich, Norbert (2000), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, (Yayına Hazırlayan, Grundmann, Stefan), Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, sh. 479-509 (*Reich*, "Verbraucherrechte als -unverzichtbare- subjektive Rechte passiver Markbürger), sh. 491-492; Ayrıca bkz., Reich, sh. 586-587: Yazar, Direktif'in 10 maddesinde asgari bir hükme yer verilmediği, tam tersine emredici bir hükme yer verildiği üstünde durmuştur; Micklitz/Reich, Die Fernabsatzrichtlinie im deutschen Recht, 1. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, sh. 94-95; Karşıt görüş için ise bkz., Ring, sh. 54.

Buna ilaveten, ekonomik açıdan değerlendirildiğinde, Alman Hukuku sistemi kanımızca tüketicinin gereğinden fazla korunması anlamına gelir ki, söz konusu sistem yabancı girişimciler arasındaki rekabeti engelleyici ve Topluluk pazarının gelişimini önleyici niteliktedir.

B. Sözleşmenin "Organize Mesafeli İşletme ya da Hizmet Sistemi Varlığı Altında Kurulması" Şartı

BGB § 312b Abs. 1'de, tüketici ile girişimcinin yüz yüze gelmeden bir uzaktan haberleşme aracı vasıtasıyla kurdukları sözleşmenin, *sözleşme tarafı girişimcinin bir organize mesafeli işletme ya da hizmet sistemine sahip olmaması halinde*, mesafeli sözleşme olarak nitelendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

BGB § 312b'de öngörülen bu şart, Direktif m. 2/1'de yapılan mesafeli sözleşme tanımı ile tam bir uyum içindedir. Bu nedenle, yukarıda yapılan açıklamalar burada da geçerliliğini koruyacaktır.[325] Buna göre, bir sözleşmenin mesafeli sözleşme sayılabilmesi için girişimcinin, düzenli bir şekilde işleyecek telekomünikasyon üzerine sürüm ve satışa yönelik her türlü personel ve teknik donanımını tamamlamış olması asıldır. Girişimcinin personel ve teknik donanıma yönelik büyük bir harcama yapması şart koşulmamakla beraber, internetteki sayfasında, telefon, elektronik posta vb. yollarla sipariş imkanı tanıması, söz konusu

[325] Bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, B, 1, c.

sistemin varlığının kabulü için yeterli kabul edilmektedir.[326]

Ancak üzerinde önemle durulması gereken nokta, öğretide, girişimcinin internet sayfasının tek başına bir organize sistemin varlığına işaret edemeyeceği görüşünün benimsenmiş olmasıdır. Girişimcinin internet sayfasındaki mal ya da hizmet sunumunu, özellikle bu mal ya da hizmetin bir uzaktan haberleşme aracı vasıtasıyla siparişine imkan verecek şekilde desteklemiş olması, söz konusu değerlendirmenin farklı yönde yapılmasında büyük rol oynayacaktır.[327]

BGB § 312b Abs. 1'in "*mesafeli sözleşme,... sözleşmedir, meğer ki söz konusu sözleşme bir mesafeli işletme ya da hizmet sistemi çerçevesinde kurulmuş olmasın*" şeklindeki metni, organize sistemin varlığının ispatı yükünün sözleşmenin hangi tarafına ait olacağının tespiti açısından çok önemlidir. Kanun koyucu söz konusu hükümdeki "meğer ki" ibaresi ile, tarafların yüz yüze gelmeksizin uzaktan haberleşme aracı vasıtasıyla kurdukları sözleşmenin, bir mesafeli sözleşme olduğu karinesinin varlığına işaret etmiştir. Bu nedenle, girişimcinin bir organize sisteme sahip olmadığı iddiası ispat edilmelidir.[328]

---

[326] Lorenz, sh. 838.

[327] Wilmer/Hahn, sh. 266; Ayrıca bkz., Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 10, A3 Art. 2 Nr. 1 10-11.

[328] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 31; Ayrıca bkz., Pützhoven, sh. 149.

IV. Mesafeli Sözleşmenin Kapsamı

A. Mesafeli Sözleşmelerin Düzenlendiği BGB §§ 312b ff. Hükümlerinin Üzerinde Uygulama Alanı Bulamayacağı Sözleşmeler

BGB § 312b Abs. 3'de, mesafeli sözleşmelerin istisnaları düzenlenmiştir. Buna göre, aşağıda sayılan sözleşme türleri üzerinde mesafeli sözleşmeleri düzenleyen hükümler uygulama alanı bulmayacaktır:

- Uzaktan öğretime ilişkin sözleşmeler (*Fernunterricht*),
- Konut amaçlı taşınmazlardan kısmi ve dönemsel yararlanma sağlayan devre mülk sözleşmeleri (*Teilnutzung von Wohngebäuden, Time-sharing*),
- Sigorta sözleşmeleri (*Versicherungen*),
- Taşınmaz ve taşınmaz hükmünde sayılanlar üzerinde ayni hak kurulması, devri ve sona erdirilmesi ile bina inşası hakkındaki sözleşmeler,
- Temel gıda maddeleri ile içeceklerin veya ev halkının günlük tüketimine özgü diğer malların, tüketicinin ikametgâhına veya işyerine sürekli ya da düzenli olarak teslimine yönelik sözleşmeler,
- Sözleşmede vadesi belirlenen ya da belirli bir zaman dilimi içinde ifası kararlaştırılan yiyecek ve içeceklerin teslimine ve boş zaman organizasyonu düzenlemesine ilişkin hizmet sözleşmeleri,
- Mal satışı yapan otomatları kullanarak ya da otomasyona geçmiş ticarî işyerleri ile yapılan işlemler sonucu kurulan sözleşmeler ve
- Halka açık telefonların kullanımı sonucu uzaktan haberleşme aracının işleticisi ile kurulan sözleşmeler.

Dikkat edilirse, BGB § 312b Abs. 3 hükmünde, Direktif'in ilgili 3. maddesindeki gibi "mesafeli sözleşme hükümlerinin tamamen kapsamı dışında kalan sözleşmeler" (m. 3/1) ve "mesafeli sözleşme hükümlerinden sadece 4., 5., 6. ve 7/1. maddesinin uygulama alanı dışında kalan sözleşmeler" (m. 3/2) olmak üzere ikili bir ayırıma gidilmemiştir. Dolayısıyla BGB § 312b Abs. 3, bu düzenlemesi ile, Direktif m. 3/2'ün uygulamasından ayrılmış gibi gözükmektedir.

Ancak söz konusu BGB düzenlemesinin nedeni, yukarıda da açıklandığı üzere, Alman kanun koyucusunun, Direktif'in sadece 4., 5. ve 6. maddelerini yeni düzenleyeceği BGB hükümleriyle iç hukukuna aktarma gereğini duymuş olmasıdır.[329] [330] Bu nedenle, Alman kanun koyucusunun, Direktif m. 3/2'yi iç hukukuna aktarmayı ihmal etmiş olduğu gibi bir yanılgıya düşülmemelidir.

BGB § 312b Abs. 3'ün Direktif'in 3. maddesinden farklı olan düzenlemeleri, "uzaktan öğretime ilişkin sözleşmeler"in, "devre mülk sözleşmeleri"nin ve "sigorta sözleşmelerinin" BGB § 312b Abs. 3'de mesafeli sözleşmeleri düzenleyen hükümlerin kapsamı dışında öngörülmüş olmalarıdır.[331]

[329] Direktifin 1. maddesinden 3. maddesine kadar olan hükümleri de iç hukuka aktarılmış olmakla beraber, söz konusu maddeler Direktif'in uygulama alanını belirlemektedirler.

[330] Lütcke, sh. 48-49.

[331] Alman Hukukundaki söz konusu farklı düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda Bölüm II, §6, IV, C.

B. Sözleşmeden Dönme Hakkının[332] Düzenlendiği BGB § 312d Hükmünün Üzerinde Uygulama Alanı Bulmayacağı Sözleşme Türleri

Mesafeli sözleşmeden dönme hakkının istisnaları, BGB § 312d Abs. 4'de düzenlenmiştir. Buna göre, *taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça*, tüketiciye aşağıda sayılan mesafeli sözleşme türleri üzerinde sözleşmeden dönme hakkı tanınmamıştır:

- Tüketicinin belirlediği niteliklerde veya açıkça kişisel ihtiyaçlar doğrultusunda üretilen ya da niteliği itibariyle geri göndermeye elverişli olmayan veya çabuk bozulan ya da son kullanma tarihi geçecek nitelikte olan malların teslimine ilişkin sözleşmeler,
- Tüketici tarafından dışı kapalı ve mühürlü paketi açılmış olan bir kaset, CD, disket gibi ses ya da görüntü bantlarının ya da bilgisayar yazılım programlarının teslimine yönelik sözleşmeler,
- Gazete, dergi veya diğer magazin yayınlarının teslimine ilişkin sözleşmeler,
- Bahis, yarışma ve piyango gibi yetkili kurum iznine bağlı olarak yürütülen hizmetlerin ifasına ilişkin sözleşmeler ve
- Açık arttırma yoluyla yapılan sözleşmeler.

[332] BGB'de "geri alma hakkı" olarak ele alınan söz konusu hakkın, tezde hukukî niteliği itibariyle aslında "sözleşmeden dönme hakkı" olduğu sonucuna ulaşıldıldığından, bundan önceki açıklamalarda olduğu gibi bundan sonra da, "sözleşmeden dönme hakkı" belirlemesinin kullanılmasına devam edilecektir (Bu konudaki açıklama için bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, D, 1).

BGB § 312d Abs. 4 düzenlemesi, Direktif'in 6. maddesinin 3. fıkrasını karşılamaktadır. Söz konusu iki madde karşılaştırıldığında varılan sonuç, iki maddenin de bir noktaya kadar uyumlu olduklarıdır. Bu anlamda, Alman kanun koyucusunun Direktif m. 6/3'den farklı olan düzenlemesi, "açık arttırma yoluyla yapılan sözleşmeler"i mesafeli sözleşmeleri düzenleyen hükümlerin tamamen uygulama alanı dışında bırakmak yerine, sadece sözleşmeden dönme hakkının istisnası olarak öngörmüş olmasıdır.

Buna ilaveten, Alman kanun koyucusu, Direktif m. 6/3'de düzenlenen "fiyatın, girişimci tarafından kontrol edilemeyen finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değiştiği mal ya da hizmet sözleşmeleri" istisnai durumuna ise kendi iç hukuk düzenlemesinde hiç bir şekilde değinmemiştir.[333]

C. Gerek Mesafeli Sözleşmelerin İstisnalarının Düzenlenmesi Gerek Sözleşmeden Dönme Hakkının İstisnalarının Düzenlenmesi Bakımından BGB ile Direktif Hükümlerinin Birbirinden Ayrıldığı Noktalar

BGB hükümlerinin Direktif hükümlerinden farklı olarak düzenlediği "uzaktan öğretime ilişkin sözleşmeler", "devre mülk sözleşmeleri", "sigorta sözleşmeleri" ve "açık arttırma yoluyla yapılan sözleşmeleri" hükümlerine kısaca değinilmesi yerinde olacaktır.

[333] Bu istisnai halin Direktif'de düzenlemesinin eleştirisi için bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, C, 3.

1. Uzaktan Öğretime İlişkin Sözleşmeler

Uzaktan öğretime ilişkin mesafeli sözleşmelerin, Direktif düzenlemesinden farklı olarak, mesafeli sözleşmeleri düzenleyen BGB hükümlerinin uygulama alanı dışında tutulmasının nedeni, Alman Hukukunda bu sözleşme türünü düzenleyen özel bir kanunun ("Uzaktan Öğretim Kanunu") (*Fernunterrichtsschutzgesetz*) (FernUSG) varlığıdır.[334]

Bu anlamda, uzaktan haberleşme araçlarıyla kurulan uzaktan öğretime ilişkin sözleşmeler üzerinde uygulanacak FernUSG'nin ilgili maddeleri ile BGB §§ 312b ff. kısmen çakışmaktadır. Şöyle ki, örneğin, FernUSG'de düzenlenen girişimcinin bilgi verme yükümlülüğüne dair hüküm, Alman iç hukukunda Direktif ile olan uyumunun sağlanması yolunda yapılan düzenlemeler doğrultusunda daha da genişletilmiştir.[335] Bunun haricinde, FernUSG'de de, sözleşmeden dönme hakkına ilişkin hükümlerin öngörüldüğü dikkati çekmektedir.[336]

FernUSG ile mesafeli sözleşmeleri düzenleyen ilgili BGB hükümlerindeki koruma amacı benzer olmasına rağmen, söz konusu uzaktan öğretime ilişkin hükümlerin BGB'ye dahil edilmesinin reddi daha uygun görülmüştür. Bu anlamda, özellikle uzaktan öğretim için şart koşulmuş olan resmi denetim mekanizmasının diğer mesafeli sözleşme türleri üzerinde uygulanamayacağı bir neden olarak ileri sürülmüştür.[337]

---

[334] Gaertner/Gierschmann, "Das neu Fernabsatzgesetz", DB 2000, sh. 1601

[335] Lütcke, sh. 49.

[336] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 31.

[337] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için BT-Drs. 14/2658, sh. 31.

Uzaktan haberleşme araçları vasıtasıyla kurulan doğrudan eğitime ilişkin sözleşmeler üzerinde ise, mesafeli sözleşmeleri düzenleyen BGB §§ 312b ff. hükümleri uygulama alanı bulacaktır.[338]

2. *Devre Mülk Sözleşmeleri*

Devre mülk sözleşmelerinin kapsam dışı bırakılması temelini, Direktif'in 13. maddesine dayandırmaktadır.[339] Bu konuda AT Hukukunun 26.10.1994 tarihli "Devre Mülk Direktifi"ni dikkate alan Alman kanun koyucusu, AT Hukuku ile uyumun sağlanması çabası altında "Devre Mülk Kanunu"nu (*Teilzeit-Wohngesetz*) düzenlemiştir. Böylece, Alman Hukukunda devre mülk sözleşmeleri konusununda Direktif doğrultusunda yapılacak ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç kalmamıştır. Devre mülk sözleşmelerinin, mesafeli sözleşmeleri düzenleyen hükümlerin açıkça kapsamı dışında bırakılmasıyla, hakların ve yükümlülüklerin karmaşası önlenmiştir.[340]

3. *Sigorta Sözleşmeleri*

Yeni haliyle sadece sigorta işlemlerini mesafeli sözleşmelerin kapsamı dışında düzenleyen BGB § 312b Abs. 3 Nr. 3 hükmünün, FHHD'nin Alman iç hukukuna aktarılmasından önceki düzenlemesi, "*finansal hizmetler hakkındaki*

---

[338] Palandt/*Heinrichs*, sh. 500 (§ 312b, Rdr. 12).

[339] Direktif m. 13 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda Bölüm I, §5, I.

[340] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 32.

sözleşmelerden özellikle banka ile ilgili olan hukukî işlemler, finans- ve kıymetli evraklara ilişkin hizmetler ve sigorta işlemlerine" ilişkindir.

İşte, FHHD doğrultusunda finansal hizmetlerin mesafeli sözleşmelerin kapsamına alınması ve bu yöndeki ilgili hükümlerin Alman Hukukunda yürürlük kazanması sonucu, BGB § 312b Abs. 3 Nr. 3 hükmü de bu bağlamda değişikliğe uğramıştır.

Ancak belirtilmelidir ki, FHHD m. 2 b. (b) dikkate alındığında, Alman kanun koyucusunun söz konusu yeni düzenlemesinin ilk bakışta FHHD ile uyumsuz olduğu ileri sürülebilecektir. Gerçekten, FHHD m. 2 b. (b)'ye göre, FHHD'nin konusunu ayrıca, tüketiciye sağlanan sigorta işlemlerinin temeli de oluşturmaktadır. Bu anlamda karşılaşılan soru, sigorta işlemlerinin neden yeni BGB § 312b Abs. 3 Nr. 3 hükmü ile mesafeli sözleşmelerin kapsamı dışında düzenlendiği yönündedir.

Alman kanun koyucusu "Mesafeli Sözleşme Hükümlerinin FHHD Doğrultusunda Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı"nda[341] bu düzenlemesini, "*haklarında başka düzenleme bulunan belli sözleşme türleri üzerinde, mesafeli sözleşme hükümleriyle edinilen koruma amacının gerçekleştirilmesinin bu ilgili hükümlerin değiştirilmesi yoluyla sağlanması*" gerekçesiyle açıklamıştır.[342] Bu yönde, Alman kanun koyucusunun FHHD ile uyum çabası altındaki sigorta işlemlerine ilişkin gerekli düzenlemelerine, "Sigorta Sözleşmeleri Hakkındaki

[341] Söz konusu Kanun tasarısının asıl adı, "Mesafeli Sözleşme Hükümlerinin Finansal Hizmetler Alanında Değiştirilmesine Yönelik Kanun Tasarısı"dır (*Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen*) (Bu konudaki düzenleme için bkz., BT-Drs. 15/2946).

[342] Mesafeli Sözleşme Hükümlerinin Finansal Hizmetler Alanında Değiştirilmesine Yönelik Kanun tasarısının gerekçesi için bkz., BT-Drs. 15/2946, sh. 18.

Kanun" (*Gesetz über den Versicherungsvertrag*) (VVG) §§ 48a ff.'de rastlanmaktadır.[343]

Sonuç olarak, yeni BGB § 312b Abs. 3 Nr. 3 düzenlemesinin FHHD ile uyumsuzluğunun ileri sürülmesi mümkün değildir.

4. Açık Arttırma Yoluyla Yapılan Sözleşmeler

Alman Hukukunda, BGB § 156 anlamında açık arttırma yoluyla kurulan sözleşmeler, sözleşmeden dönme hakkının istisnası olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda, örneğin, bir malı satın almak için internet üzerinden açık arttırmaya katılan tüketici ile kurulan sözleşme, diğer şartların da varlığı halinde, BGB §§ 312b ff. hükümleri kapsamında değerlendirelecek, ancak tüketici aksi kararlaştırılmış olmadıkça, BGB § 312d'de kendisine tanınmış olan sözleşmeden dönme hakkını bu tür sözleşmeler üzerinde kullanamayacaktır.

Direktif'in 14. maddesi dikkate alındığında, tüketici lehine Direktif'den daha sert bir uygulama öngören bu hükmün, Direktif ile uyumsuz olduğu ileri sürülemeyecektir. Gerçekten, Alman Hukukunda bu tür sözleşmelerin mesafeli sözleşmeleri düzenleyen hükümlerin kapsamına alınması ile birlikte bilgi yönünden zayıf durumda olan tüketicinin en azından sözleşmenin kurulmasından önce girişimci tarafından gerekli konularda bilgilendirilmesi garanti altına alınmıştır.[344]

Direktif'den daha farklı bir düzenlemeyi seçmiş olan Alman kanun koyucusunun bu tür sözleşmeleri dönme hakkının uygulama alanı dışında olarak

[343] Palandt/*Heinrichs*, sh. 500 (§ 312b, Rdr. 13).

[344] Aynı yönde ayrıca bkz., Meents, sh. 216-217.

düzenlemesinin nedeni ise, tüketiciye dönme hakkının tanınmış olması halinde girişimcinin ilgili pazardaki faaliyetlerinin çok büyük bir oranda engelleneceğidir.[345]

Ancak, Kanun düzenlemesi bu yönde olmakla birlikte, Federal Mahkeme 03.11.2004 tarihinde "*e-Bay'de internet üzerinden yapılan açık arttırmaların, BGB § 156'de düzenlenen geleneksel anlamdaki açık arttırma sözleşmelerinden farklı olduğu*" kararına varmıştır.[346]

BGB § 156'ya göre, açık arttırma yoluyla yapılan sözleşmeler ihaleye katılanlardan en yüksek teklifi yapan kişinin söz konusu teklifinin arttırmayı yapanın *kabulü* ile kurulacaktır.[347] İnternet-açık arttırmalarında (ör., *www.ebay.de* ve *www.ricardo.de*) ise, bu anlamda bir "kabul"ün varlığı reddedilmiştir. Buna göre, internet-açık arttırmalarında bir sözleşmenin kurulması, satıcı ya da artırmayı gerçekleştirenin icabı ile malı satın almak isteyen katılımcının en yüksek teklifi

---

[345] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 33; Ayrıca bkz., Gaertner/Gierschmann, sh. 1601.

[346] BGH v. 03.11.2004, (İlgili basın açıklaması için bkz., http://www.bundesgerichtshof.de/index.php?presse/presse, (10.11.2004)).

[347] Hangi şartlar altında BGB § 156 anlamında geleneksel bir açık artırma sözleşmesinin söz konusu olacağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Härting/Schirmbacher, MDR 2000, sh. 921, dpn. 31; Ayrıca Türk Hukukundaki durum için bkz., Yıldırım, Musatafa Fadıl, "İnternette Artırma Suretiyle Satım ve Yargı Kararları", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaşgünü Armağanı, C. II, 2002, sh. 1308: Yazar, Türk Hukukunda geleneksel açık arttırma suretiyle satımda sözleşmenin kuruluşu aşamasında taraf iradelerinin öğretide hakim olan görüşe göre şu şekilde nitelendirildiğini belirtmiştir: "*İhale şartnamesi icaba davet, pey sürenlerin beyanları ise icaptır. İcabın bağlayıcı niteliği karşısında, ileri sürülen her yeni pey, icapta bulunan önceki kişiyi icabı ile bağlı olmaktan kurtarmaktadır. Artırmayı ya da eksiltmeyi yapanın kabul beyanı ile sözleşme kurulmuş olmaktadır*"; İnal, sh. 159.

yaparak açığa vuracağı kabul beyanı sonucu mümkün olacaktır.[348] Bir başka deyişle, internet-açık arttırmalarında satıcı ya da arttırmayı gerçekleştirenin, kendisine en yüksek fiyatı vererek malı satın almak isteyen katılımcının teklifini kabul etmemek gibi bir serbestliği söz konusu değildir.[349] İşte, BGB § 156'nın düzenlemesinden bu yönüyle ayrılan internet-açık arttırmaları, BGB § 312d Abs. 4 Nr. 5'in kapsamına dahil değildir. Bu nedenle, internet üzerindeki bir açık arttırmaya katılarak bir

[348] İnternet-açık arttırmalarının yapılış biçimleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Wilmer/Hahn, sh. 89-90.

[349] Lorenz, sh. 840; Ayrıca bkz., Wilmer, Thomas, "Rechtliche Probleme der Online-Auktion", NJW-CoR 2000, sh. 95: Yazar, internet-açık arttırmalarında en yüksek teklifi verene süreli otomatik bir kabul beyanının gönderildiğini belirtmiştir; İcapta (teklifte) bulunma süresinin tespiti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., LG Münster v. 21.01.2000, NJW-CoR 2000, sh. 168; Ayrıca aynı yönde Türk Hukukundaki görüşler için bkz., Yıldırım, sh. 1310, 1312-1313: Yazar, internet açık arttırmalarında benimsenen farklı yöntemlerde temel alınan hususun, katılımcıların teklif vermeleri için öngörülen süre olduğunu belirtmiştir. Sürenin dolması ile sözleşme en yüksek teklifi veren ile kurulacak ve sözleşmenin kendisiyle kurulduğu yolunda bir bilgi de katılımcıya iletilecektir. Böylece, satıcının elinden verilen en yüksek teklifi kabul edip etmeme özgürlüğü alınmıştır. Yazar, verilen en yüksek teklife rağmen ihalenin o kişiye yapıldığının bildirilmemesi halini ise, satıcı ile arttırmayı gerçekleştiren firma arasında "arttırma sonucunda ulaşılması gereken asgari bedel"i tespit eden gizli bir anlaşmanın varlığına bağlamıştır; Ancak bkz., İnal, sh. 160: Yazar, internet-açık arttırmalarında taraf irade beyanlarının yorumlanmasında artırma şartnamesi niteliğini taşıyan genel işlem şartlarının dikkate alınması gereği üzerinde durmuştur. Buna göre, tüm internet üzerinden yapılan açık arttırmalarda arttırmayı yapanın beyanının icap ve dolayısıyla da, arttırma süresinin sonunda en yüksek teklifte bulunan katılımcının beyanının kabul olduğu yolunda bir genellemeye gitmek doğru olmayacaktır.

girişimciden mal satın alan tüketicinin BGB § 312d Abs. 1'e göre sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına hiç bir hukukî engel yoktur.[350]

Buna ilaveten, "tüketicinin yeteri derecede korunabilmesi" de, söz konusu Federal Mahkeme kararının bir gerekçesi olarak açıklanmıştır. Buna göre, karşı tarafı bir girişimci olan internet üzerinden kurulan açık arttırma sözleşmelerinin mesafeli sözleşmelerin diğer türlerinden hiç bir farkı yoktur. Bu sözleşmelerde de tüketicinin karşılaşacağı olası riskler aynıdır ve bu nedenle, tüketici aynı derecede korunmaya muhtaçtır.[351]

Dikkat edilirse Federal Mahkeme, yukarıda açıklanan kararı ile *sadece BGB § 156'nın uygulama alanı dışında kalan* açık arttırma sözleşmeleri üzerinde, BGB §§ 312b ff. hükümlerinin tümden uygulanacağını vurgulamıştır. Buna göre, geleneksel açık arttırma sözleşmelerinin Direktif'de kapsam dışı düzenlemesinin nedeni olarak gösterilen "mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanması ile bu tür sözleşmelerin uygulamadaki özelliklerinin olumsuz yönde etkileneceğinin" Alman uygulamasında da gözden kaçırılmadığı ortadadır.

§ 7. Mesafeli Sözleşmenin Kurulması

I. Genel Olarak

Bir sözleşmenin kurulabilmesi ve böylece, hukukî hüküm ve sonuçlarını meydana getirebilmesi için sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade

[350] http://www.bundesgerichtshof.de/index.php?presse/presse (10.11.2004).

[351] http://www.bundesgerichtshof.de/index.php?presse/presse (10.11.2004); Aynı yönde ayrıca bkz., Roth/Schulze, sh. 925-926; Wilmer, sh. 99.

beyanlarına ihtiyaç vardır. Tarafların icap ve kabul olarak adlandırılan söz konusu irade beyanları sırasıyla, BGB §§ 145, 147'de düzenlenmiştir.[352]

Yukarıda da açıklandığı üzere, Direktif'de, üye devletlerin mesafeli sözleşmelerin kuruluşunu engelleyici hükümler öngermeleri yasaklanmış, ancak sözleşmenin kurucu unsuru olan taraf iradelerinin hukukî niteliği hakkında herhangi bir düzenlemeye gidilmemiştir. Buna göre, açıklanan taraf iradelerinin hukukî niteliğinin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği ve dolayısıyla da, mesafeli sözleşmenin kuruluşu anına ilişkin sorular,[353] her üye devletin kendi iç hukukunda getireceği hükümlerle cevaplanacaktır. Direktif'de bu konuda herhangi bir düzenlemeye gidilmediğinden konunun düzenlenmesi tamamen üye devletlerin takdirine bırakılmıştır.

Sözleşmenin kurucu unsuru olan taraf iradelerinin hukukî niteliğinin belirlenmesinde Alman Hukukunda mesafeli sözleşmelere ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiş, Borçlar Hukukunun genel hükümleri uygulamada dikkate alınmıştır. Bu anlamda aşağıda ilk olarak, Alman Hukukunda mesafeli sözleşmelerde taraf iradelerinin hukukî niteliği konusunun incelenmesi yerinde görülmüştür.

Ancak üzerinde özellikle durulması gereken konu, internet üzerinden yapılan elektronik mesafeli sözleşmelerin örneğin, otomatik bilgisayar beyanları gibi kendine özgü bazı niteliklerinden dolayı, "postalama suretiyle yapılan satışlarda bir broşür ya da katalog üzerinden kurulan klasik mesafeli sözleşmeler"den[354] ayrı incelenmesi

[352] Wilmer/Hahn, sh. 17.

[353] Gezder, sh. 80.

[354] Wilmer/Hahn, sh. 18.

gereğidir. Bu nedenle aşağıda, klasik mesafeli sözleşmeler ile elektronik mesafeli sözleşmeler olmak üzere ikili bir ayırıma yer verilecektir.

İkinci olarak, yine mesafeli sözleşmelerin kuruluşu aşaması konusuna ilişkin olan, ancak taraf iradelerinin tersine Direktif'in temel düzenlemelerinden biri olan "tüketicinin sözleşme öncesi bilgilendirilmesi" konusu da ayrıca incelenecektir.

Bu konuda, elektronik mesafeli sözleşmelere ilişkin ETHD düzenlemesi gözden kaçırılmamalıdır. İşte, aşağıda ikili bir ayırıma gidilerek yapılacak olan inceleme, "tüketicinin sözleşme öncesi bilgilendirilmesi" konusunda da önemini korumaktadır. Nitekim, Alman kanun koyucusu da, BGB § 312c'de "mesafeli sözleşmelerde tüketicinin bilgilendirilmesi" ve BGB § 312e'de "elektronik sözleşmelerde yükümlülükler" hükümleri ile söz konusu ayırımı gözönünde bulundurmuştur.

Üçüncü ve son olarak aşağıda incelenmesi gereken konu ise, mesafeli sözleşmelerde "şekil ve ispat" konusudur. Bu yönde yapılacak açıklamalarda, Alman kanun koyucusunun özellikle EİHD doğrultusundaki BGB § 126a düzenlemesi dikkate alınacaktır.

II. Sözleşmenin Kuruluşunda Taraf İradeleri (İcap ve Kabul)

A. Klasik Mesafeli Sözleşmelerin Kuruluşunda Taraf İradeleri

1. İcap-İcaba Davet

Taraflardan birinin diğerine yaptığı karşı tarafa ulaşması gereken ve diğer tarafça kabul edildiği taktirde sözleşmenin meydana gelmesini sağlayacak nitelikteki irade açıklamasına icap denir.

Bir irade beyanının BGB § 145 anlamında icap sayılabilmesi, o irade beyanının ilk olarak, kurulması amaçlanan sözleşmenin esaslı noktalarını ihtiva etmesi şartına bağlanmıştır. Bir başka deyişle, söz konusu icabın içeriğinin, -hedeflenen sözleşmenin kurulmasında karşı tarafın "evet" cevabı yeterli olacak şekilde- belirlenmesi asıldır. Alman Hukukunda bu anlamda, örneğin bir satış sözleşmesinde icapta bulunanın söz konusu irade beyanınında en azından, "satış konusu"nu, "satış fiyatı"nı ve her şeyden önemlisi "icabını yöneltildiği kişi"yi[355] belirtmesi gerektiği örnek kabilinden sayılmıştır. Bu özelliği ile icap, karşı tarafın icapta bulunmasını sağlamak için yapılan, basit bir teklif niteliğinde olan ve hukukî açıdan hiç bir bağlayıcılığı olmayan icaba davetten ayrılmaktadır.[356]

Bir irade beyanının icap sayılabilmesi için aranan ikinci şart ise, beyanda bulunanın bağlanma iradesinin varlığıdır ve bu bağlanma iradesinin söz konusu irade beyanından anlaşılması gerekmektedir.[357]

---

[355] Palandt/*Heinrichs*, sh. 156 (Einf v § 145, § 145, Rdr. 1).

[356] Glatt, Christoph, Vertragsschluss im Internet, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, sh. 28.

[357] İnal, sh. 122.

Bu anlamda, icaba davette bulunan taraf açısından, onun söz konusu teklifini ileride kurulacak olan sözleşmenin temeli olarak kabul etmek istemediğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Buna göre, bir sözleşmenin kurulmasında yaptığı teklife karşılık karşı tarafın teklifi üzerinde düşünmek isteyen ve son sözü kendine saklayan tarafın sadece icaba davette bulunduğu ortadadır.[358]

Yapılan icabın ulaşacağı kişi kurulacak olan sözleşmenin karşı tarafıdır. İşte bu anlamda özellikle mesafeli sözleşmeler açısından uygulamada karşılaşılan soru, girişimci tarafından hazırlanan, malın özellikleri ve fiyatı gibi sözleşmenin tüm esaslı noktalarını içeren bir katalog teklifinin icap niteliğine sahip olup olmadığıdır.

BGB § 145'e göre, icapta bulunan kişi, *karşı tarafa aksini bildirmediği sürece*, yaptığı icabıyla hukuken bağlıdır. Buna göre, bir katolog teklifinin icap sayıldığı varsayımında girişimci, karşı tarafın kabul beyanının kendisine ulaşması halinde örneğin, stoğunda ilgili malın bulunmadığı ya da karşı tarafın ödeme gücüne sahip olmadığı gerekçeleriyle tazminat sorumluluğu doğmaksızın ifa yükümlülüğünden kurtulamayacaktır.

Ancak, gerek katalog gerek mağaza vitrinleri olsun sergilenen malların sadece bir kişiye yönelik olmadığı, tam tersine sayısı belirsiz ilgi gruplarına hitap ettiği açıktır. Bu anlamda, "umuma" yöneltilen mal tekliflerinde, girişimcinin söz konusu teklifi ile bağlanmak isteyeceği yönündeki iradesinin varlığı kural olarak reddedilmiştir.[359]

---

[358] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2004, sh. 555 (§ 29, Rdr. 19).

[359] Wilmer/Hahn, sh. 69; Ayrıca bkz., OLG Karlsruhe v. 25.03.1988, NJW-RR 1989, sh. 19: Mahkeme kararında, "yapılan icabın belli bir kişiye yönelik olmadığı" da bir gerekçe olarak gösterilerek, icabın geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır; Ayrıca bkz., Larenz/Wolf, sh. 556 (§ 29,

Sonuç olarak, Alman öğretisinde baskın olan görüş, katalog tekliflerinin icap niteliğine sahip olmadığıdır. Söz konusu durumda, ancak icaba davetten bahsedilebilecektir.[360] Buna göre, BGB § 145 anlamındaki bir icabın varlığı ilk, tüketicinin bir katalogta gördüğü malı ekteki sipariş formunu doldurarak ısmarlaması ile kabul edilebilecektir.[361]

2. Kabul

Muhatapça karşı tarafın icabına karşılık yapılan ve sözleşmenin söz konusu icaba uygun olarak kurulmasına muvafakati kapsayan karşı tarafa ulaşması gereken irade açıklamasına kabul denir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, icapta bulunan icabıyla bağlıdır. Böylece, kendine ulaşan icaba güvenen muhatabın bu güveni hukuken koruma altına alınmış ve bu nedenle, icapta bulunanın icabını serbestçe geri alması engellenmiştir. İşte, kabulün de hukuken bağlayıcılığı bu nedenle öngörülmüştür.

Rdr. 22): Yazar bu konuda, ayrıca sadece tacirler arasındaki hukukî işlemlerde uygulama alanı bulan "Birleşmiş Milletler Satım Kanunu" (*UN-Kaufrecht*) m. 14(2)'ye de dikkati çekmiştir. Bu maddeye göre, bir irade beyanının icap mı yoksa icaba davet mi olduğunun saptanmasında şüphe olması halinde söz konusu irade beyanı icaba davet niteliğindedir.

[360] MünchKomm/*Kramer*, sh. 1486 (§ 145, Rdr. 10); Ayrıca bkz., Palandt/*Heinrichs*, sh. 158 (EinF v § 145, § 145, Rdr. 2); Staudingers, (Yayına Hazırlayan, Habermann, Norbert), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 134-163 (Allgemeiner Teil 4), Berlin, Verlag Sellier-de Gruyter, 2003, sh. 586 (§ 145, Rdr. 5); Lehmann, Micheal, Vertragsanbahnung durch Werbung, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1981, sh. 115.

[361] Wilmer/Hahn, sh. 18-19.

Katalog üzerinden yapılan satışlar, "hazır olmayanlar" arasındaki sözleşmelerdendir. Bu anlamda, öğretide uzun yıllar tartışma alanı bulmuş ve konumuz açısından da önem arzeden herhangi bir sürenin belirlenmemiş olması halinde,[362] kabul beyanının hüküm ifade etmesi ya da başka bir deyişle, söz konusu sözleşmeyi kurabilmesi için kişinin yaptığı icabıyla bağlı kalacağı sürenin bu tür sözleşmelerde nasıl hesaplanacağı sorusu önem kazanmıştır. Dolayısıyla bu konuya kısaca değinilmesi yerinde olacaktır.[363]

BGB § 147 Abs. 2'ye göre, hazır olmayanlar arasında yapılmış olan icap, icapta bulunanın karşı tarafın göndereceği cevabın normal hal ve şartlar altında kendisine ulaşmasını bekleyeceği zamana kadar bağlayıcıdır. Buna göre, katalog üzerinden yapılan satışlarda; (1) icabın girişimciye ulaşması süresinin, (2) girişimcinin icap üzerinde işin önemine göre ihtiyaç duyacağı asgari düşünme süresinin ve (3) girişimci tarafından gönderilecek kabul beyanının tüketiciye ulaşması için geçecek sürenin kabul beyanının karşı tarafa zamanında ulaşmasının hesaplanmasında dikkate alınması gerektiği üzerinde durulmaktadır.[364]

[362] Sürenin belirlenmesi halinde geçerli olacak hukukî durum için bkz., BGB § 148.

[363] Wilmer/Hahn, sh. 19.

[364] MünchKomm/*Kramer*, sh. 1494 (§ 147, Rdr. 6); Ayrıca, "zamanında gönderilen karşı tarafa geç ulaşan kabul beyanı" konusundaki düzenleme için bkz., BGB § 149.

B. Elektronik Mesafeli Sözleşmelerin Kuruluşunda Taraf İradeleri

Yapılan bu ayırım altında, telefon, faks, televizyon ve internet gibi elektronik ticaret araçları kullanılarak kurulan mesafeli sözleşmelerin konu ile ilgili özelliklerine değinilecektir.

Yukarıdaki katalog üzerinden yapılan satışlarda icap ve kabule ilişkin sorular, bu başlık altında da önemini korumaktadır.

Buna ilaveten, irade beyanının bir fare tıklamasıyla gönderilmesinin ya da otonom bilgisayar açıklamalarının insan iradesi yerine geçmesinin mümkün olup olmadığı ve elektronik sözleşmelerden hangilerinin "hazırlar arasındaki sözleşmeler"den ve hangilerinin "hazır olmayanlar arasındaki sözleşmeler"den sayıldığı soruları hukuken önem kazanmaktadır.

1. "Elektronik İrade Beyanları" ile "Otonom İrade Beyanları"

Bir sözleşmenin ancak fiil ehliyetine sahip gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulması ve hüküm ve sonuçlarını da yine yalnızca bu kişiler üzerinde doğurması mümkün olduğundan, sözleşme görüşmelerinin "iki kişi arasında elektronik uzaktan haberleşme araçları kullanarak gerçekleştirilmesi" ile "bir kişi ile bir elektronik bilgi-işlem aracı arasında" gerçekleştirilmesi durumlarını birbirinden ayırmak gerekmektedir. Belirleyici olan kıstas, sözleşme görüşmelerinin kişiler tarafından

yürütülüp yürütülmediği ve bu doğrultuda, sözleşmeyi kurucu irade beyanlarının kişi iradesinden ibaret olup olmadığıdır.[365]

Elektronik uzaktan haberleşme araçlarından olan bilgisayarın, taraflar arasında sadece bir iletişim aracı olarak kullanılması halinde, "elektronik irade beyanı"ndan bahsedilmektedir ki, bu yolla kurulan sözleşmelerin posta ya da telefon aracılığıyla kurulan sözleşmelerden hiç bir farkı yoktur.[366]

Bir sözleşmeyi kurucu irade beyanlarının "önceden bilgisayara yüklenmiş bir program" vasıtasıyla karşı tarafa gönderilmesi halinde ise söz konusu olan, "otonom irade beyanı"dır. Bu yolla yapılan icap ya da kabul beyanları her ne kadar "*yerine beyanda bulunulanın doğrudan katılımı olmaksızın gerçekleştiği*"[367] gerekçesi ile kişi iradesinden farklı tutulsa da, söz konusu programın hazırlanmasında ya da başkasına hazırlatılmasında ve bilgisayara yüklenmesinde kişi iradesinin varlığı gözardı edilmemelidir. Bu nedenle, yukarıda değinilen, bir sözleşmenin bir kişi ile bir elektronik bilgi-işlem aracı arasında kurulması durumu burada gerçekleşmemiştir.[368]

---

[365] Larenz/Wolf, sh. 603 (§ 30, Rdr. 51); Bilgisayar irade beyanlarının ya da bir başka deyişle, elektronik irade beyanlarının hukukî bakımdan değerlendirilmesi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., Mehrings, Jos, Handbuch Multimedia Recht, (Yayına Hazırlayanlar, Hoeren/Sieber), Verlag C.H. Beck, Teil 13.1, 2003, sh. 41-48 (Rdr. 105-133) (*Mehrings*, "Vertragsabschluss im Internet").

[366] Larenz/Wolf, sh. 603 (§ 30, Rdr. 52); Mehrings, sh. 35 (Rdr. 90).

[367] Rehbinder/Schmaus, "Rechtsprobleme beim Vertragsschluss im Internet", UFITA 2000, 314; Ayrıca bkz., Altınışık, Ulvi, Elektronik Sözleşmeler, bs. 1, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, sh. 39: Yazar, bir örnekle sözleşmenin kurulması sırasında yapılan işlemlerden tarafın haberinin olmayacağını açıklamıştır.

[368] Larenz/Wolf, sh. 603 (§ 30, Rdr. 56-58).

Sonuç olarak, elektronik irade beyanları ile otonom irade beyanları günümüzde tartışmaya yer vermeyecek şekilde "insan irade beyanı" ile aynı statüde kabul edilmektedirler.[369]

2. İcap-İcaba Davet

Günümüzde özellikle internet üzerinden yapılan sözleşmelerin sayısı gittikçe artmaktadır. İnternet sözleşmelerinin en çok karşımıza çıkan türü, girişimcinin kendi web (www) sayfasında gösterdiği ürün çeşitlerini "karşı tarafça doldurulacak sanal mal sepetini" de ekranın bir köşesine iliştirerek satıma sunmasıdır.[370] İşte, bu sözleşme türlerinde karşılaşılan en büyük sorun, yine girişimcinin web sayfasındaki irade beyanının hukukî niteliği ile ilgilidir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, icap ile icaba davetin birbirinden ayrılması irade beyanında bulunan kişinin bu irade beyanıyla bağlanıp bağlanmayacağının değerlendirilmesinde önem kazanmaktadır.

Girişimcinin internet üzerinden "dünya"ya sunduğu söz konusu malları her zaman stoğunda bulunduramayacağı açıktır. Açıklığa kavuşturulması gereken konu, onun aldığı siparişleri yerine getiremeyecek durumda olması halinde web sayfasındaki söz konusu beyanıyla doğal olarak bağlanmak istemeyeceğidir. Bu

---

[369] Scherer/Butt, "Rechtsprobleme bei Vertragsschluss via Internet", DB 2000, sh. 1012; Ayrıca, "bilgisayar beyanları"nın hukukî açıdan değerlendirilmesi konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Gezder, sh. 84-94.

[370] Rehbinder/Schmaus, sh. 314.

nedenle, internet sayfasındaki irade beyanları (v.b., televizyon[371] ya da diğer televizyon sistemlerindeki-*Btx*[372] irade beyanları da) kural olarak icaba davet olarak nitelendirilmelidir.

Gözden kaçırılmaması gereken konu, uzaktan haberleşme araçlarını kullanarak teklifte bulunan girişimcinin bazı tekliflerinin somut olayın özellikleri dikkate alınarak istisnai hallerde icap olarak nitelendirilebileceğidir. Bu anlamda, girişimcinin teklifinde kullandığı örneğin, "en iyi teklif", "hemen ısmarlayın" ve "anında teslim" gibi ibareler, söz konusu teklifin hukukî niteliğinin icap olarak saptanmasında belirleyici kıstaslardır.[373] Bu durumda, girişimcinin söz konusu beyanındaki bağlanma iradesi ortadadır.

---

[371] Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Eckert, Hans-Werner, "Teleshopping-Vertragsrechtliche Aspekte eines neuen Marketingkonzepts", DB 1994, sh. 718: Yazar, tele-satışlarda televizyondaki malın tanıtımı ve fiyatını içeren girişimci tekliflerini "icaba davet" olarak nitelendirmiştir.

[372] Btx'de irade beyanının hukukî niteliği hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., Redeker, Helmut, "Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst", NJW 1984, sh. 2390-2391; Paefgen, Thomas C., "Forum: Bildschirmtext-Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre?", JuS 1988, sh. 595-597; Brinkmann, Werner, "Vertragsrechtliche Probleme bei Warenbestellungen über Bildschirmtext", BB 1981, sh. 1185.

[373] Dilger, Petra, Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet, München, Verlag C.H. Beck, 2002, sh. 32; Ayrıca bkz., Palandt/*Heinrichs*, sh. 499 (§ 312b, Rdr. 4); OLG Hamburg v. 14.12.2000, NJW 2001, sh. 1142: Kararda, internet-açık arttırması yoluyla halka mal arzının, icap olarak nitelendirileceği hükmüne varılmıştır; Biernoth, Christian, Zivilrechtlicher Erwerberschutz beim Teleshopping, 1. Aufl., Sinzheim, Pro Universitate Verlag, 1999, sh. 122-125: Yazar, tele-satış yoluyla örneğin, tüketiciyi sipariş vermeye yönlendirerek, televizyon üzerinden yapılan mal sunumlarının icab olarak nitelendirilmesi gerektiği üzerinde durmuştur.

Sonuç olarak, sanal mal sepetini doldurup siparişini veren tüketicinin bu faaliyeti, girişimcinin irade beyanındaki bağlanma iradesinin açık olduğu haller dışında, icap teşkil edecek ve ancak, girişimcinin "onay belgesi"ni tüketiciye göndermesi sonucu sözleşmenin kurulduğu kabul edilebilecektir.[374]

Ancak öğretide, internette yayınlanan mala ya da hizmete yönelik bilgilerin aklı başında normal bir muhatapça algılanış tarzı ayrıca dikkate alınarak yukarıdakinden farklı bir başka görüşe de yer verilmiştir.[375]

Söz konusu görüşte, olayın hukuksal boyutundan bir parça uzaklaşılarak girişimcinin internet-sözleşmelerinde üstlenmesi gerektiği riskler üzerinde durulmuştur. Buna göre *birinci risk*, sanal mal sepetini seçtiği mallarla dolduran kişinin girişimci tarafından kendisine seçmiş olduğu malların tamamının gönderileceği beklentisi içinde olmasıdır.[376] *İkinci risk*, girişimcinin hatalı bir teklif yapmış olabileceği ve söz konusu bu hatanın karşı tarafça algılanmayabileceğidir. *Üçüncü risk* ise, girişimci tarafından istenmeyen bir müşteri grubunun varolabileceği, ancak bu tür bir durumun karşı tarafça farkına varılmayabileceğidir.[377]

---

[374] Wilmer/Hahn, sh. 69.

[375] Wilmer/Hahn, sh. 69-70; Ayrıca bkz., Gezder, sh. 97-99: Yazar bu görüşü, "*objektif alıcı ufkuna istinaden belirleme*" olarak tanımlamıştır.

[376] Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Mehrings, sh. 53-56 (Rdr., 148-157): Yazar, muhatabın hukukçu olmayabileceğinden hareketle, onun internette gördüğü örneğin, "hemen ısmarlayın!" ya da "anında teslim!" gibi ibareleri nasıl değerlendireceği üzerinde durmuştur. Bu nedenle yazar, siparişin bir tüketici ile bir girişimci tarafından verilmiş olma hallerini birbirinden farklı iki ayrı konu olarak inceleme gereğini duymuştur.

[377] Wilmer/Hahn, sh. 70.

İşte bu görüşe göre, yukarıda sayılan üç durumdan her biri girişimcinin üstlendiği birer risktir ve söz konusu konularda aklı başında normal bir muhataptan farklı bir düşünce yapısına sahip olmasını beklemek doğru görünmemektedir. Bu nedenle, her ne kadar gösterilen nedenin doğruluğu reddedilemeyecek olsa da desteklenmesi mümkün olmayan, "*internet sayfasında açıkça aksi belirtilmedikçe girişimcinin teklifinin icap olarak nitelendirilmesi gerektiği*" sonucuna varılmıştır.[378]

Ancak, bu görüşün internet üzerinden kurulan ve online dijital yoldan ifa edilen mal ve hizmet sözleşmelerinin özelliklerini de dikkate alarak yapmış olduğu bir başka açıklaması ise son derece isabetli olmuştur. Buna göre, görsel-işitsel, video ve yazılım programları gibi dijital dosyaların girişimcinin internet-sayfasında hizmete sunulması ve edimin online dijital yoldan ifa edilmesi halinde, girişimcinin teklifinin icap olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Gerçekten, bu tür dosyaların internetten indirilmesinin muhatabın talebiyle kopyalanarak, anında gerçekleştirilebileceğinin gözden kaçırılmaması gerekmektedir.[379]

---

[378] Wilmer/Hahn, sh. 70; Ayrıca, ikinci ve üçüncü risk grubunun bir örnekle açıklanması konusunda bkz., Mehrings, sh. 50 (Rdr. 139); Aynı yönde ayrıca bkz., Dilger, sh. 32: Yazar, söz konusu görüşün ikna edici olmadığı üzerinde durarak, tüketicinin herhangi bir uyarıcı ibareye gerek olmadan kendiliğinden girişimcinin arzettiği malının tükenmiş olabileceği sonucuna varabileceğini belirtmiştir.

[379] Wilmer/Hahn, sh. 71; Karşıt yöndeki görüş için bkz., Dilger, sh. 33: Yazara göre dijital yoldan ifa edilen mal ve hizmet sözleşmelerine getirilen söz konusu ayırım yerinde değildir. Ona göre, bu halde de, girişimcinin örneğin dijital malların çoğaltılmasında bazı teknik problemlerle karşı karşıya kalarak ifa yükümlülüğünü yerine getirememesinden bahsedilebilecektir; Ayrıca bkz., İnal, sh. 129: Yazar bu görüşe karşı getirilen bir başka eleştiriyi de şu şekilde ifade etmiştir: "*Aynı dijital ürünü kullanıcının talebine göre, ister internet üzerinden online olarak kullanıcının bilgisayarına yüklemek, isterse de offline olarak bir disket şeklinde klasik posta yoluyla teslim etmek şeklinde*

Bu tür online işlemlerde ayrıca, dijital ürünün tüketicinin bilgisayarına yüklenmesinden önce tüketicinin kart bilgileri alınarak ürün bedelinin tüketicinin kartına yüklendiği de dikkate alınmalıdır.[380] Bu anlamda, web sayfasındaki irade beyanının icap teşkil etmesi halinde, girişimcinin karşı tarafın ödeme gücünü kontrol edememesine yönelik getirilen eleştiri de bu durumda önemi kaybetmektedir.

3. Kabul

Elektronik sözleşmeler açısından bu konuda sorun teşkil eden nokta, BGB § 147'de düzenlenen kabul süresi ile ilgilidir.

BGB § 147'de "hazırlar arasındaki sözleşmeler" ile "hazır olmayanlar arasındaki sözleşmeler" olmak üzere iki ayrı düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre, bu başlık altında cevaplanması gereken soru, özellikle yeni olan elektronik uzaktan haberleşme araçlarından hangilerinin "hazırlar arasındaki sözleşmeler"e sebep olduğudur.[381]

---

seçenek sunan bir web sayfasında, ifa şekline göre aynı irade beyanının öneri veya öneriye davet olarak farklı hukukî nitelendirmeye tabi tutulması ve internet üzerinden yüklemeyi tercih eden bir kullanıcının bu web sayfasını bağlayıcı bir öneri, buna karşılık klasik yollarla teslimi tercih edecek kullanıcının bir öneriye davet olarak görmesi beklenemez". Kanımızca, söz konusu eleştiriye hak vermemek olanaksızdır. İşte bu nedenle, yapılan söz konusu ayırımın online ve offline ifa edilen sözleşmeler bakımından değil, yalnızca sözleşmenin konusu olan dijital ürün ve dijital olmayan maddî mallar bakımından yapılması daha uygun olurdu.

[380] İnal, sh. 129.

[381] Wilmer/Hahn, sh. 19.

"Yüz yüze gelmeyenler" arasındaki sözleşmeler kural olarak "hazır olmayanlar" arasındaki sözleşmelerden olmakla birlikte, Alman Hukukunda telefon vasıtasıyla kurulan sözleşmeler "hazırlar arasındaki sözleşmeler"den sayılmıştır. Kanun koyucu, tarafların ya da taraf vekillerinin telefonda birbirleriyle doğrudan iletişim imkanını ve açıklanan irade beyanlarının taraflara eşzamanlı varacağı gerçeğini göz önünde tutarak böyle bir düzenlemeye gitme gereğini duymuştur.[382] Buna göre, muhatap kendisine telefonda yapılan icabı kabul edip etmediğini icapta bulunana o anda bildirmekle yükümlüdür (BGB § 147 Abs. 1). Kabul beyanının telefon görüşmesi sırasında açıklanmamış olması halinde, icapçı icabıyla bağlı olmaktan kurtulacaktır.[383]

İşte, telefona özgü öngörülen bu istisnai durum, özellikle bilgisiyarın sözleşme hukukunun bir parçası haline gelmesi ile yeni bazı elektronik uzaktan haberleşme araçlarını da kapsayacak şekilde genişletilmeye çalışılmıştır. Elektronik uzaktan haberleşme araçlarında ise her iki taraf yönünden de doğrudan, fakat kesintisiz devamlı bir tarzda söz konusu olan ses iletişiminin sağlanmış olması, diğer bir deyişle, tarafların doğrudan doğruya ve eş zamanlı bir iletişim ilişkisi içerisinde, karşılıklı olarak derhal soru sorma, açıklama yapma ve tepki verme imkanına sahip bulunmaları halinde hazırlar arasında bir sözleşme söz konusudur. Buna göre, "internet-telefonu" (*Internettelefonie, voice over IP*) ve "ekranlı telefon" (*Bildschirmtelefonie*) vasıtasıyla kurulan sözleşmeler bu kapsamda düşünülmelidir.[384]

---

[382] Larenz/Wolf, sh. 603 (§ 30, Rdr.54).

[383] Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., MünchKomm/*Kramer*, sh. 1493-1494 (§ 147, Rdr. 3 ve 5).

[384] Wilmer/Hahn, sh. 19.

Hazırlar arasındaki mesafeli sözleşmelerde muhatapça kabul beyanının yapılacağı sürenin belirlenmesinde, BGB § 147 Abs. 1 hükmü uygulanacaktır. BGB § 147 Abs. 1'de, yukarıda da açıklandığı üzere, icabın ancak *derhal* kabul edilebileceği öngörülmüştür.

Yukarıda belirlenen özelliği taşımayan elektronik uzaktan haberleşme araçları vasıtasıyla kurulan sözleşmeler ise, hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerdendir. Bu tür sözleşmelerde kabul beyanı süresi konusunda BGB § 147 Abs. 2 hükmünün dikkate alınması gerekmektedir. Yine yukarıda da açıklandığı üzere, BGB § 147 Abs. 2'ye göre, hazır olmayanlar arasındaki icabın kabulü ancak icapçının normal hal ve şartlar altında karşı tarafın cevabının kendisine varmasını beklediği süreye kadar mümkündür.

III. Tüketicinin Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü

A. Genel Olarak

Alman Hukukunda, bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların o sözleşmenin örneğin, malın özellikleri ve fiyatı gibi esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmaları şart koşulmakla birlikte, tüketiciye söz konusu bilgilerin sözleşmenin kurulmasından önce girişimci tarafından sağlanmasını öngören, *bazı özel kanunlardaki düzenlemeler dışında*,[385] genel bir kanun hükmüne

[385] Örneğin, VerbrKrG ile FernUSG, söz konusu özel kanunlardandır.

rastlanmamaktadır.[386] Tüketici, sözleşmeyi kurucu irade beyanının oluşmasını sağlayan bilgileri kendisi toplayacaktır.[387]

İşte, Direktif'in yürürlüğe girmesi ve Almanya'nın da Direktif'i iç hukuka aktarma yükümlülüğünü yerine getirmesi sonucu, Alman Hukukunda mesafeli sözleşmelerde, sırf sözleşmenin "esaslı" noktalarının aktarılmasının dahi ötesinde, tüketicinin girişimci tarafından bilgilendirilmesini öngören düzenlemelere gidilmiştir.[388] Bu anlamda, girişimcinin bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen BGB hükümleri şunlardır:

- *Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin bilgilendirilmesi* (BGB § 312c) ve
- *Elektronik mesafeli sözleşmelerde tüketicinin bilgilendirilmesi* (BGB § 312e Abs. 2).

Yukarıda belirtilen her iki hükümde de olabildiğince soyut bir düzenlemeye gitmeyi tercih eden Alman kanun koyucusu, girişimcinin söz konusu yükümlülüğünün kapsamını "Bilgi Verme Yükümlülüğüne Dair Yönetmelik" (*Informationspflichtenverordnung*) (InfoVO) ile ayrıntılı bir biçimde belirlemiştir.[389]

[386] Gaertner/Gierschmann, sh. 1601.

[387] Micklitz/Tonner, sh. 96.

[388] Härting, sh. 508.

[389] Lütcke, sh. 71.

B. Klasik Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü

Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin bilgilendirilmesini düzenleyen temel hüküm, BGB § 312c'dir. Söz konusu hüküm hem klasik, hem de elektronik sözleşmelerde dikkate alınmalıdır.

İlk olarak, BGB § 312c Abs. 1'de, tüketicinin sözleşmenin kurulmasından önce girişimci tarafından (1) zamanında, (2) kullanılan uzaktan haberleşme araçlarının işlev ve niteliğine uygun düşecek şekilde,[390] (3) açık ve anlaşılabilir bir biçimde[391] bilgilendirilmesi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, girişimci, tüketiciyi "sözleşmenin özellikleri" ve "sözleşmenin ilgili amacı" hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür.

Söz konusu BGB § 312c Abs. 1 hükmü, tüketicinin önceden bilgilendirilmesini düzenleyen Direktif m. 4/1 hükmü ile aynı yöndedir.

Bu anlamda üzerinde özellikle durulması gereken konu, bilginin "zamanında" aktarılması şartına ilişkin olandır. Öğretide söz konusu şartın, "*sözleşmenin kurulmasından 3 gün öncesinin kastedildiği*" yönünde yorumlanması eğilimi vardır.[392]

Kanun tasarısında söz konusu şartın düzenleniş nedeni, "*tüketicinin, kendisine iletilen bilgileri değerlendirebilmesi ve bu yönde uygun bir karara varabilmesi için zamana ihtiyacı olduğu*" olarak açıklanmıştır.[393] Gösterilen bu neden haklı olarak

[390] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Demir (2004), sh. 40, dpn. 127.

[391] Bu konuda bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, B, 2, c.

[392] Söz konusu görüş için bkz., Micklitz/Tonner, sh. 109.

[393] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 38.

öğretide de desteğini bulmuş ve bilginin aktarılmasının sözleşmenin kurulması anına denk gelmesi halinin, Topluluk Hukukunun amacına da aykırı düşeceği ileri sürülmüştür.[394]

Ancak, kanımızca somut olayın hal ve şartları gözönüne alınarak yorumlanması gereken "zamanında" şartının, herhangi bir süre ile sınırlandırılması isabetli olmamıştır. Bu nedenle, 3 günlük süre kısıtlamasını reddeden öğretinin karşıt görüşüne[395] hak verilmesi daha doğru olacaktır.

İkinci olarak, BGB § 312c Abs. 2'de, InfoVO § 1 Abs. 1 Nr. 1-9'a göre sözleşme öncesi iletilecek bilgi türleri ile InfoVO § 1 Abs. 3'deki diğer bilgi türlerinin tüketiciye "metin şeklinde" en geç ne zamana kadar iletilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre, hizmet sözleşmelerinde en geç sözleşmenin ifasına ve mal sözleşmelerinde, en geç malın teslimine kadar metin şeklinde iletilmesi öngörülmüştür.

BGB § 312c Abs. 2 düzenlemesi de, "bilgi teyidinin bir belge ile tüketiciye iletilmesi" yönündeki Direktif m. 5 hükmü ile uyumludur. Ancak, burada BGB § 312c Abs. 2'deki ibarelerden kaynaklanan bazı farklılıklara, maddenin olası yanlış yorumunun önüne geçilebilmesi için, kısaca değinmekte yarar vardır.

Bu anlamda, BGB § 312c Abs. 2 düzenlemesinde tüketiciye iletilmesi gereken *InfoVO § 1 Abs. 1 Nr. 1-9* ile *InfoVO § 1 Abs. 3* bilgilerinin kanun koyucu tarafından birbirleriyle bağdaştırılmaması öğretide eleştirilmiştir.[396]

---

[394] Micklitz/Tonner, sh. 109.

[395] Söz konusu karşıt görüş için bkz., Fuchs, Andreas, "Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbrauchersschutzrechts", sh. 1277.

[396] Lütcke, sh. 95.

Öğretide, bu maddelerde sözü geçen bilgi türlerinin özü itibariyle birbiriyle bağlantılı oldukları üzerinde durulmuş ve dolayısıyla da, *girişimcinin bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen birbirinden farklı iki ayrı hükümden bahsedilmesinin* doğru olmayacağı sonucuna varılmıştır. Buna göre, InfoVO § 1 Abs. 1 Nr. 1-9 ile InfoVO § 1 Abs. 3 hükümleri içerik bakımından birbirlerini tamamlamaktadırlar.[397]

Buna ilaveten, BGB § 312c Abs. 2'de kanun koyucu, Direktif m. 5'den farklı olarak, "ulaşılabilir sürekli bir veri taşıyıcısı" kavramını kullanmamış, bunun yerine bilginin teyidinin tüketiciye "metin şeklinde" iletilmesini öngörmüştür.

Alman kanun koyucusunun, Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine Yönelik Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki konuyla ilgili düzenlemesi dikkate alındığında, FernAbsG § 2 Abs. 3 hükmü metninin Direktif'den farksız olduğu görülmektedir. Bu anlamda burada tartışılması gereken konu, mesafeli sözleşme hükümlerinin BGB'ye aktarılmasında kanun koyucunun neden farklı bir tutum izlediği yönündedir. Acaba, BGB § 312c Abs. 2 hükmü metniyle farklı bir uygulamaya mı yol açmıştır?

İdari kurulun gerekçesine göre, "ulaşılabilir sürekli veri taşıyıcısı" kavramının yerini "metin şekli" kavramının alması, 2001 tarihinde yürürlüğe giren BGB § 126b hükmü nedeniyle hukuk terminolojisinde kavram birliğinin sağlanabilmesi için gereklidir. Önerilen "metin şekli", "ulaşılabilir sürekli veri taşıyıcısı" düzenlemesi ile aynı amacı izlemekte ve "hazır olmayanlar arasındaki irade beyanlarının hüküm ve

[397] Lütcke, sh. 95.

sonuçlarını ne zaman doğuracağı"nı düzenleyen BGB § 130 hükmüyle birlikte ele alındığında, aynı hukukî sonucu doğurmaktadır.[398]

BGB § 126b'ye göre, Kanun'un "metin şekli"ni öngördüğü her halde, yapılacak açıklamanın, bir belge ya da yazı-sembollerini kalıcı olarak iletmeye elverişli başka bir aktarıcı yoluyla verilmesi şarttır. Buna göre, örneğin, girişimcinin Kanun'da öngörülen ilgili bilgi türlerini sadece kendi internet-sayfasında yayınlayarak tüketiciye sunması yeterli değildir. Girişimcinin internet-sayfasında yayınlanan veriler, sonradan girişimci tarafından değiştirilebilecek niteliktedirler. Bu nedenle, kalıcı olarak kabul edilebilmeleri mümkün değildir.[399]

İşte, BGB § 126b'de sözü geçen "yazı-sembollerini kalıcı olarak iletmeye yararayan aktarıcı" tabiri ile kanun koyucunun aslında, söz konusu şartlara uyan her tür uzaktan haberleşme aracını kastettiği açıktır.[400] Buna göre, madde düzenlemesinde bilginin teyidinin tüketiciye aktarılmasında "yazılı şekil şartı"nın öngörüldüğünü iddia etmek doğru olmayacaktır. Sonuç olarak, bilginin yazı-sembolleriyle kalıcı olarak tüketiciye iletilmesini sağlayan her tür şeklin caiz olduğu kabul edilecektir ki, böyle bir uygulama Direktif m. 5 düzenlemesine de uygun düşmektedir.[401]

---

[398] BGB § 312c hükmünün düzenlenmesine ilişkin kanun tasarısının bu yönde değiştirilmesini uygun gören idari kurul gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/7052, sh. 191.

[399] Härting/Schirmbacher, sh. 920.

[400] Hähnchen, Susanne, "Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr", NJW 2001, sh. 2833.

[401] Lütcke, sh. 106.

BGB § 126b'de, ayrıca, açıklamanın kimin tarafından yapıldığının belirtilmesi ve açıklamanın sonunda kişinin imzasının varlığı ya da onun imza dışında bir başka yolla tanınabilir kılınması öngörülmüştür.

Dikkat edileceği üzere, BGB § 126b'de kişinin imzasının mutlak bir şart olarak öngörülmüş olmaması da, "metin şekli"nin yazılı şekil şartından ayrıldığına delildir.[402] Yazılı şekil şartının Kanun'da öngörülmesi halinde gerekli olan, yazının bir kağıt parçası üzerinde yer alması ve kişinin eliyle attığı imzanın da o belge üzerinde yer almasıdır (BGB § 126). Bunun tek istisnası, ileride incelenecek olan "elektronik şeklin", yazılı şeklin yerine kullanılabilmesi halidir (BGB § 126 Abs. 3).

Son olarak, BGB § 126b'de kullanılan "yazı-sembollerinin iletilmesini sağlayan" ibaresi ile, bilginin tüketici tarafından herhangi bir şekilde okunabilir kılınması ifade edilmek istenmiştir. Buna göre de, bilginin teyidinin tüketiciye iletilmesinde ses bandı gibi araçların kullanılmasının yeterli olmayacağı açıktır.

1. Sözleşme Öncesi Tüketiciye Sağlanacak Bilgi Türleri

Yukarıda da açıklandığı gibi, sözleşme öncesi tüketiciye iletilmesi gereken bilgiler, BGB § 312c Abs. 1'de genel olarak "sözleşmenin özellikleri" ve "sözleşmenin ticarî amacı" ile ilgili olanlar olarak belirlenmiştir.

İlk olarak "sözleşmenin özellikleri" ile ilgili olan bilgi türleri üzerinde durmak gerekirse, InfoVO § 1 Abs. 1'in dikkate alınması gerekmektedir. Söz konusu hükme göre, tüketiciye sözleşme öncesi sağlanması gereken bilgiler şunlardır:

[402] Lütcke, sh. 106.

- Girişimcinin ve temsilcisinin kimliği,
- Girişimcinin ve temsilcisinin adresi,
- Sözleşmenin nasıl kurulacağı gibi, sözleşme konusu malın ya da hizmetin esaslı özellikleri,
- Konusu süreli ya da düzenli olarak dönemsel bir ifayı içeren mesafeli sözleşmelerde sözleşmenin asgari geçerlilik süresi,
- Kalite ve fiyat bakımından eş değerde bir mal ya da hizmetle ifaya yönelik çekince ve mal ya da hizmetin mevcut olmaması durumunda söz verilen ifanın yerine getirilemeyeceğine dair çekince,
- Her çeşit vergi de dahil olmak üzere sözleşme konusu malın ya da hizmetin fiyatı ve fiyatı etkileyecek durumları,
- Yükselen her tür teslim ve taşıma ücreti ve ayrıca, girişimciye yüklenmemiş olan ya da girişimci tarafından ödenmesi karşı tarafa yüklenen olası her tür vergi ya da masraflar
- Ödeme, teslim ve ifaya ilişkin özellikler,
- "Sözleşmeden dönme" ya da "geri verme" (*Rückgaberecht*) hakkının tanınıp tanınmadığı ve ayrıca, söz konusu haklardan birinin tanınmış olması halinde, hakkın şartları, özellikleri ve hukukî hüküm ve sonuçları,
- Temel fiyatı etkileyebilecek olan ve tüketici tarafından gözönünde tutulması gereken hususlar ile uzaktan haberleşme aracının kullanılmasında tüketiciye yüklenen masraflar ve
- Bir süreyle kısıtlanmış mal ya da hizmet tekliflerinin özellikle bedel bakımından geçerlilik süresi.

InfoVO § 1 Abs. 1 hükmü Direktif'in konuyla ilgili 4. maddesi ile karşılaştırıldığında, Direktif'de de hemen hemen aynı bilgi türlerinin tüketiciye sözleşme öncesi iletilmesi üzerinde durulduğu görülmektedir.

Ancak dikkatli incelendiğinde, Direktif m. 4'e ek olarak Alman Hukukunda düzenlemesini bulmuş olan bilgi türü, "kalite ve fiyat bakımından eş değerde bir mal ya da hizmetle ifaya yönelik çekince" ile ilgili olandır.[403] Alman Hukukunda, böylece, girişimcinin ifa yükümlülüğünü kalite ve fiyat bakımından eş değerde bir başka mal veya hizmeti kullanarak yerine getirebilmesi sağlanmıştır.

Bu anlamda açıklığa kavuşturulması gereken konu, Alman kanun koyucusunun bu hüküm ile tüketici aleyhine sonuç doğuracak bir düzenlemede bulunup bulunmadığıdır. Gerçekten, sözleşmenin kurulmasından önce böyle bir olasılık hakkında açıkça bilgilendirilen tüketici, sözleşmeyi söz konusu şart altında kabul etmiş olacağından sonradan herhangi bir itirazda bulunamayacaktır.

Ancak, konunun Alman Hukukunun genel işlem şartlarını düzenleyen hükümleri dahilinde incelenmesi yerinde olacaktır. Buna göre, tüketicinin, girişimcinin kendisine sözleşmenin kurulmasından önce bildirmiş olduğu bu çekincenin geçersizliğini ileri sürebilmesi, BGB § 308 Abs. 4 doğrultusunda mümkün olabilecektir.[404]

---

[403] Direktif'de bu konuya ilişkin ilgili düzenleme hatırlanacağı üzere Direktif m. 4'de değil, Direktif m. 7/3'de tanınmıştır. Buna ilaveten, Direktif m. 7/2'de ise, mal ya da hizmetin mevcut olmamasından dolayı ortaya çıkan imkansızlık hali düzenlenmiştir: Bu konuda ayrıca bkz., aşağıda Bölüm II, §9, IV; Ayrıca bkz., Micklitz/Tonner, sh. 130: Yazar, sözleşmeye eklenmiş olan bu tür bir çekincenin, tüketicinin mal ya da hizmetin mevcut olmamasından doğan imkansızlık halinden girişimci tarafından bilgilendirilmesi yükümlülüğüne halel getirmeyeceği üzerinde durmuştur.

[404] Micklitz/Tonner, sh. 129; Palandt/*Heinrichs*, sh. 2724 (BGB-InfoV 1, Rdr. 4).

InfoVO § 1 Abs. 1'de öngörülen diğer bilgi türlerine gelince, bunlar Direktif m. 4'de tüketiciye sözleşme öncesi sağlanması öngörülen bilgilerin aynılarıdır. Ancak, Direktif'de sadece adlarının sayılması ile yetinilen ve kapsamının düzenlenmesi üye devletlere bırakılan bu bilgi türlerinin Alman Hukukundaki uygulamasına kısa örneklerle değinmekte yarar vardır.

Örneğin, girişimcinin kimliği hakkında tüketiciyi bilgilendirmesi koşulunun gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için, onun *ticarî adını* tam olarak eksiksiz tüketiciye iletmesi gerekmektedir. Buna ilaveten, girişimcinin kayıt numarası ve AT içinde tüketicinin yerleşim yerinde bir temsilcisinin bulunması halinde, onun da kimliğini tüketiciye açıklaması InfoVO § 1 Abs. 1 Nr. 1 ve Nr. 2'de öngörülmüştür.

Özellikle tüketici ile girişimci arasında ileride ortaya çıkabilecek hukukî sorunlar da dikkate alındığında, tüketicinin, o girişimcinin *faaliyet alanı* ve *hukukî kişiliği* hakkındaki bilgileri elinde bulundurması önemli bir konu teşkil etmektedir.[405] Bu anlamda, Frankfurt Yüksek Eyalet Mahkemesi bir kararında, "*girişimcinin kimliği hakkındaki bilgilerin sadece bir link üzerinden anlaşılmasının yeterli olmadığı*"nı hükme bağlamıştır.[406]

Girişimcinin tüketiciye bildireceği adresinde yalnızca ülke, şehir, posta kodu ve merkezin ya da şubenin bulunduğu caddeyi belirtmiş olması artık yeterli bulunmamaktadır. Girişimci, ayrıca, telefon ve fax numarasıyla internet adresini de tüketiciye bildirmekle yükümlüdür.[407]

---

[405] Micklitz/Tonner, sh. 125; MünchKomm/*Wendehorst* 2003 (bd. 2a), sh. 1718 (§ 312c, Rdr. 42).

[406] OLG Frankfurt v. 17.04.2001, CR 2001, sh. 782.

[407] Palandt/*Heinrichs*, sh. 2723-2724 (BGB-InfoV 1, Rdr. 2).

Sözleşmenin esaslı noktalarının bildirilmesi konusunda özellik arzeden nokta, InfoVO § 1 Abs. 1 Nr. 4'de ayrıca, tüketiciye sözleşmenin *nasıl* kuralacağı hakkındaki gerekli bilgilerin sağlanmasının öngörülmüş olmasıdır. InfoVO § 1 Abs. 1'de öngörülen bu unsurun yanlış yorumlanmasına yer vermemek açısından, girişimcinin tüketiciye sözleşmenin *ne zaman*, bir başka deyişle, sözleşmenin hangi beyan ile kurulacağını bildirmekle yükümlü olmadığının vurgulanması yerinde olacaktır. Çünkü kanun koyucunun buradaki amacı sadece, söz konusu sözleşmenin kurulmasının girişimci tarafından açıklığa kavuşturulması yönündedir.[408]

Buna ilaveten, tüketiciye örneğin, eşyanın kumaşı, rengi, büyüklüğü ve yıkanıp yıkanamayacağı gibi onun karar vermesinde dikkate alacağı malın özelliklerinin de ayrıntılı bir şekilde sağlanması gerekmektedir.[409]

Teslim ve taşıma ücreti hakkındaki bilgilerin tüketiciye sağlanması konusuna gelince, dikkat edilmesi gereken nokta, girişimcinin teslim ve taşıma ücretinin ne kadar olduğunu tüketiciye *her zaman* bildirmek gibi bir yükümlülüğünün olmayışıdır. Maddenin metninden de anlaşılacağı üzere, girişimci, sadece yeni yükselen teslim ve taşıma ücretlerini açıklayacaktır. Tüketicinin, herhangi bir fiyat

---

[408] BT-Drs. 14/7052, sh. 209.

[409] LG Magdeburg v. 29.08.2002, NJW-RR 2003, sh. 409: Karara göre, "*tüketicinin malı önceden bilmesi, onun, sözleşmenin tüm esaslı noktaları hakkında da bilgi sahibi olduğu anlamına gelmemektedir. Mesafeli sözleşmelerde belirleyici olan kıstas, sözleşmeyi kurucu irade beyanlarının uzaktan haberleşme araçları vasıtasıyla taraflara iletilmesidir. Bu noktada, tüketicinin herhangi bir şekilde sözleşmenin bir veya birkaç esaslı noktası hakkında önceden bilgi sahibi olması,girişimciyi artık ilgilendirmemektedir. Bu nedenle girişimci, Kanun'da belirlenen bilgi verme yükümlülüğünü eksiksiz olarak yerine getirecektir*".

artışına tabi olmayan teslim ve taşıma ücreti hakkındaki bilgileri aynı maddede yer alan fiyatı etkileyen durumlar içinde değerlendirmesi gerekmektedir.[410]

İkinci ve son olarak, "sözleşmenin ticarî amacı" konusu da kısaca ele alınmalıdır.

Özellikle "yanıltıcı reklam yasağı"nı beraberinde getiren bu şart, girişimcinin tüketiciyi kendi ticarî amacı hakkında bilgilendirmesi ile ilgilidir. Böylece, tüketicinin doğacak ilişkinin hukukî boyutu hakkında şüpheye yer vermeyecek şekilde bilgilendirilmesi sağlanmış olacaktır.[411]

2. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Tüketiciye Sağlanacak Bilgi Türleri ("Bilginin Teyidinin Tüketiciye Metin Şeklinde İletilmesi" Yönündeki Düzenleme)

BGB § 312c Abs. 2'de, hizmet sözleşmelerinde en geç sözleşmenin ifasına ve mal sözleşmelerinde ise, en geç malın teslimi anına kadar bazı bilgilerin teyidinin tüketiciye metin şeklinde iletilmesi öngörülmüştür.

BGB § 312c Abs. 2 hükmü, InfoVO § 1 Abs. 4 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, metin şeklinde tüketiciye teyidinin iletilmesi gereken bilgilerin, InfoVO § 1 Abs. 1'deki bilgi türleri ile InfoVO § 1 Abs. 4'de öngörülenler olduğu görülmektedir. InfoVO § 1 Abs. 1'deki bilgi türleri hakkında yukarıda yeterli

[410] MünchKomm/*Wendehorst* 2003 (bd. 2a), sh. 1721 (§ 312c, Rdr. 62); Micklitz/Tonner, sh. 131.

[411] Marx, sh. 1230.

açıklama yapılmış olduğundan[412] bu başlık altında sadece, InfoVO § 1 Abs. 4 düzenlemesi üzerinde durulacaktır.

InfoVO § 1 Abs. 4'de düzenlenen bilgi türleri:

- Süresi bir seneyi aşan ya da süresi belirlenmemiş sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde sözleşmenin feshi koşulları ve
- Müşteri servisi ile garanti koşullarıdır.

Tüketicinin garanti koşulları hakkında bilgilendirilmesi, yalnızca girişimcinin özel bir garantisinin varlığı haline ilişkindir. Bu durumda girişimcinin, tüketicinin muhattap olacağı ilgili müşteri servisini belirlemesiyle söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmiş olacağı kabul edilmektedir.[413]

Tüketicinin fesih hakkı hakkında bilgilendirilmesinde, eğer kanunî bir fesih hakkının varlığı söz konusu ise, girişimcinin, sadece bu hakkın düzenlendiği kanun maddesine gönderme yapması yeterlidir. Kanunî bir fesih hakkının yokluğu halinde ise tüketici, bu konuda detaylı bir şekilde bilgilendirilmelidir.[414]

Buna ilaveten, InfoVO § 1 Abs. 4'de, tüketicinin InfoVO § 1 Abs. 1'e göre sözleşmeden dönme ve geri verme hakkı hakkında bilgilendirilmesinde, kanun koyucu tarafından hazırlanmış olan ilgili nüshanın kullanılabileceği de ayrıca öngörülmüştür. Söz konusu hakkın tüketiciye iletilmesinde genel işlem şartları

[412] Bkz., yukarıda Bölüm II, §7, III, B, 1.

[413] Lütcke, sh. 99.

[414] Lütcke, sh. 100; Waldenberger, Arthur (2003), Handbuch Multimedia Recht, (Yayına Hazırlayanlar, Hoeren/Sieber), Verlag C.H. Beck, Teil 13.4, 2003, sh. 54 (Rdr., 94) (*Waldenberger*, "Verbraucherschutz im Internet").

yolunun tercih edilmesi halinde ise, hakkın özel olarak açıkça belirginleştirilerek vurgulanması yoluna gidilmesi şart koşulmuştur. BGB § 312c Abs. 2'de de, InfoVO § 1 Abs. 4'de belirlenen ve bir bakıma şekli şart olarak tanımlanabilecek olan bu düzenlemeye mutlaka uyulması gerektiği açıkça düzenlenerek aksi takdirde, kanımızca girişimcinin yükümlülüğünü usulüne uygun olarak getirmemiş olacağı ifade edilmeye çalışılmıştır.[415]

C. Elektronik Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirilmesi

Alman Hukukunda "elektronik sözleşmelerde tüketicinin sözleşme öncesi bilgilendirilmesi", ETHD'nin iç hukuka aktarılması ile BGB § 312e Abs. 1 Nr. 2'de düzenleme alanı bulmuştur.

Ancak, yukarıda da açıklandığı üzere gözden kaçırılmaması gereken konu, ETHD'nin sadece girişimci ile tüketici arasındaki sözleşmeleri düzenlemediği, tam tersine, girişimci ile girişimci arasındaki ilişkilerin de ETHD'nin kapsamına girdiğidir. İşte, Alman kanun koyucusu da BGB § 312e Abs. 1 Nr. 2'de aynı yönde bir düzenlemeye giderek bu maddede, "elektronik sözleşmelerde girişimcinin müşteriyi bilgilendirme yükümlülüğü" konusunu düzenlenmiştir. "Müşteri"

[415] Sözleşmeden dönme hakkının ihtarına ilişkin nüsha, Alman kanun koyucusu tarafından, sözleşmeden dönme hakkının usulüne uygun yapılabilmesini sağlamak amacıyla geliştirilmiştir. Bu düzenleme önemini, sözleşmeden dönme hakkı hakkında usulüne uygun olarak bilgilendirilmeyen tüketicinin söz konusu hakkının 6 ay ile sınırlandırılmamasında göstermektedir (Bu konuda bkz., aşağıda Bölüm II, §8, III, A, 3; Ayrıca daha ayrıntılı bilgi için bkz., Erman/*Saenger*, (Yayına Hazırlayan, Westermann, H. Peter), Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004, sh. 1205 (§ 312c, Rdr. 38-43).

kavramının hem tüketici hem de girişimci kavramlarını kapsadığı unutulmamalıdır. Buna göre, BGB § 312e Abs. 1 Nr. 2 hükmü, BGB § 312c'den farklı olarak, sadece tüketici sözleşmelerini düzenleyen özel bir kanun hükmü niteliğine sahip değildir.[416]

BGB § 312e Abs. 1 Nr. 2'de, girişimcinin müşterisini onun siparişini vermesinden önce zamanında açık ve anlaşılabilir bir şekilde bilgilendirmesi öngörülmüştür. Burada özellikle dikkat edilmesi gereken nokta, yine BGB § 312c hükmünden farklı olarak, tüketicinin[417] sözleşmenin kurulmasından önce herhangi bir zamanda değil, onun *siparişini vermesinden önce* bilgilendirilmesi şartına ilişkindir. Alman kanun koyucusu bu konuda da, ETHD düzenlemesini takip etmiştir (ETHD m. 10).

1. Siparişin Verilmesinden Önce Tüketiciye Sağlanacak Bilgi Türleri

BGB § 312e Abs. 1 Nr. 2'de, siparişin verilmesinden önce tüketiciye iletilmesi gereken bilgi türlerinin belirlenmesi için InfoVO'ya gönderme yapılmıştır. Buna göre, elektronik sözleşmelerde girişimcinin bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen ilgili InfoVO hükmü, InfoVO § 3'dür.

Burada gözden kaçırılmaması gereken konu, InfoVO § 3'ün, InfoVO § 1 hükmünden farklı olarak, sözleşmenin içeriğine ilişkin olmamasıdır. InfoVO § 3, elektronik sözleşmelerde güvenlik ve açıklığın sağlanmasına hizmet etmektedir.[418]

---

[416] Wilmer/Hahn, sh. 471.

[417] Tezin konusu açısından bundan sonraki açıklamalarda, "müşteri" kavramının yerine, yine "tüketici" kavramının kullanılması uygun görülmüştür.

[418] Wilmer/Hahn, sh. 472.

InfoVO § 3'de düzenlenen bilgi türleri şunlardan ibarettir:

- Sözleşmenin kurulmasını sağlayacak her bir teknik adım,
- Kurulan sözleşmenin girişimcinin verilerine kaydedilip kaydedilmeyeceği ve her zaman tüketici tarafından erişilebilir olup olmadığı,
- BGB § 312e Abs. 1 Nr. 1'e göre kurulacak olan teknik yollar sayesinde tüketicinin söz konusu hatalarını teşhis edebileceği ve düzeltebileceği, ve
- Sözleşmenin kullanılmasında kullanılabilecek diller.

InfoVO § 3 hükmü, ETHD'nin konuyu düzenleyen 10. maddesinin 1. fıkrası ile karşılaştırıldığında, Topluluk düzenlemesinden bir farklılık arzetmemektedir. Ancak, ETHD m. 10/1'in iç hukuk düzenlemesi yönünden değerlendirilebilmesi bakımından bu başlık altında, InfoVO § 3'ün uygulamadaki özelliklerine kısaca değinilmesi yerinde olacaktır.

Sözleşmenin kuruluşunu sağlayan her bir teknik adım hakkında tüketicinin bilgilendirilmesi, örneğin, online-alışveriş imkanını sağlayan girişimcinin web-sayfasındaki sanal mal sepeti listesinin, "bir teklifin verilmesi için hukukî anlamda bağlayıcı olmayan davet" (*icaba davet*) niteliğinde olduğunu bildirmesi ile sağlanabilecektir. Buna ilaveten, girişimci, tüketicinin siparişini göndermesi ile icapta bulunmuş olacağını ve buna karşılık kendisi tarafından gönderilecek bir onay, elektronik posta ya da mal ile ise, icabın kabul edileceğini açıkça bildirmekle yükümlüdür. Girişimci, kabul beyanını hangi belgeyle, yani siparişin onayı

belgesiyle mi yoksa daha sonraki tarihli başka bir belgeyle mi[419] göndereceğini de açığa kavuşturacaktır. Sözleşmenin kurulması açısından kişi iradesine yönelik online-sistemin başka türlü ayarlanması durumunda ise, tüketiciye sağlanacak bilgilerin de bu yönde olması asıldır.[420]

Ayrıca söz konusu bilginin doğrudan siparişte bulunulacak sayfa üzerinde verilmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, girişimcinin web-sayfasında, "yardım ya da bilgi sayfasına geçişi sağlayan" ek bir link açması (ikon bulundurması) onun yükümlülüğünü yerine getirmesi açısından yeterli görülmemiştir.[421]

Kurulacak sözleşmenin girişimcinin verilerine kaydedilip kaydedilmeyeceği ve tüketici tarafından da her zaman erişilebilir olup olmadığı konusunda ise, girişimcinin kullanacağı ek link methoduna karşı çıkan bir görüşe rastlanmamaktadır.[422]

Böyle bir bilginin sağlanması ile tüketicinin, yukarıda da açıklandığı üzere, sözleşme hükümlerini ve genel işlem şartlarını kendisinin de kaydedip etmeyeceği hakkında sağlıklı bir karar verebilmesi amaçlanmıştır.[423]

---

[419] BGB § 312e Abs. 1 Nr. 3'de, siparişin alındığına dair onayın tüketiciye derhal elektronik yolla yapılması öngörülmüştür. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, söz konusu onayın yalnız başına kabul anlamına gelmediğidir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Wilmer/Hahn, sh. 369).

[420] Wilmer/Hahn, sh. 472-473; Palandt/*Heinrichs*, sh. 2726 (BGB-InfoV 3, Rdr. 2).

[421] Wilmer/Hahn, sh. 472.

[422] Wilmer/Hahn, sh. 473; MünchKomm/*Wendehorst* 2003 (bd. 2a), sh. 1779-1780 (§ 312e, Rdr. 105).

[423] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 9-12, A4 Art. 10 5-10; Palandt/*Heinrichs*, sh. 2726 (BGB-InfoV 3, Rdr. 3).

BGB § 312e Abs. 1 Nr. 4'de, tüketiciye sözleşme şartları ile genel işlem şartlarına erişebilme ve bunları kaydetme imkanının sağlanması öngörülmüştür.[424] Girişimci, söz konusu bilgileri tüketiciye onun okuyabileceği herhangi bir şekilde ileterek bu yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. Bu anlamda, girişimcinin yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin saptanmasında dikkate alınacak olan kıstas, tüketicinin kendisine iletilen bilgileri gerçekten okuma imkanına sahip olup olmamasıdır. Her somut olayın özellikleri dikkate alınarak gerçekleşip gerçekleşmediği saptanabilecek olan bu kıstasta, örneğin, girişimcinin tüketiciye söz konusu bilgileri içeren bir CD-ROM göndermesi, ancak tüketicinin evinde bilgisayarı olmadığı için bu bilgileri okuyamaması hali bilhassa dikkate alınacaktır. Örnekteki durumun gerçekleşmesi halinde, girişimcinin yükümlülüğünü yerine getirmediği kabul edilecektir.[425]

Buna ilaveten, girişimcinin kendi web-sayfası üzerinde belirtmiş olduğu sözleşme şartlarının ya da genel işlem şartlarının devamlı olarak erişebilirliğinin sağlandığının tespitinde, tüketicinin "kaydı" önemli bir rol oynamaktadır. Buna göre tüketici, girişimcinin web-sayfası üzerinde sunulan bu bilgileri kaydetmediği sürece, öngörülen "her zaman erişebilirlik şartı" yerine gelmiş olmayacaktır.[426]

Girişimci, *tüketicinin siparişini verirken yapmış olduğu hataların farkına varabilmesi ve bunları düzeltebilmesi için*, BGB § 312e Abs. 1 Nr. 1'e göre, gerekli teknik yolları sağlamakla yükümlüdür. Bu anlamda, gerekli teknik yolları tüketicinin

[424] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Micklitz/Tonner, sh. 112-114.

[425] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 40.

[426] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 40.

hizmetine sunacak olan girişimci, tüketiciyi ayrıca bu teknik yolların kullanımı hakkında da InfoVO § 3'e göre bilgilendirecektir.

Bu hükmün önemi özellikle BGB § 122 doğrultusunda kendini göstermektedir.[427] BGB § 122'ye göre, hatalı olduğu gerekçesiyle karşı tarafa varmış irade beyanını geri alan kişi, karşı tarafın söz konusu irade beyanına güveninden doğan zararını tazmin etmekle sorumludur. İşte, tüketiciye ilgili teknik yolların kullanımının sağlanması ile, § 122 BGB'ye göre doğacak tazmin sorumluluğunun önüne geçilmeye çalışılmıştır.[428] Bu nedenle, tüketiciye sipariş verme imkanının *sağlanması ile birlikte* ilgili teknik yolların kullanımı da açılmalıdır.[429]

Bu anlamda, girişimcinin, sipariş olanağının sağlandığı sayfanın sonunda, "siparişe ilişkin bilgileri düzeltme ya da siparişi durdurma imkanı"nın sağlandığına ilişkin beyanının yeterli olacağı kabul edilmiştir.[430]

2. *Girişimcinin Elektronik Sözleşmelerde Siparişin Verilmesinden Önce Bilgi Verme Yükümlülüğünün İstisnası*

BGB § 312e Abs. 2'de, yalnızca bireysel iletişim yoluyla kurulan sözleşmeler bakımından girişimcinin BGB § 312e Abs. 1 Nr. 2'de düzenlenen bilgi verme yükümlülüğüne istisna getirilmiştir.

---

[427] Wilmer/Hahn, sh. 366.

[428] "Hata nedeniyle irade beyanının geri alınması" konusundaki düzenleme için bkz., BGB §§ 119, 120; Ayrıca, bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Taupitz/Kritter, sh. 843; Hoeren/Oberscheidt, sh. 373.

[429] Bu konuda SchuldRModG tasarı gerekçesi için bkz.,BT-Drs. 14/6040, sh. 171.

[430] Wilmer/Hahn, sh. 473.

Alman kanun koyucusu ETHD düzenlemesinden farksız olan bu hükmü ile, girişimcinin tüketiciyle örneğin, elektronik posta yoluyla bire bir iletişime geçtiği halleri dikkate alarak, girişimcinin elektronik sözleşmelere özgü söz konusu bilgi verme yükülülüğünden arındırılmasını amaçlamıştır. Kanun koyucu bu yöndeki düzenlemesinin nedenini, tüketiciyle bireysel iletişime geçilmesi halinin, internet-satışlarından ziyade, geleneksel anlamda posta ile yapılan satışların özelliklerini benliğinde taşımasına bağlamıştır.[431]

3. Tüketiciye Sağlanması Gereken Diğer Bilgi Türleri

Önemle üzerinde durulması gereken nokta, elektronik sözleşmelerde bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen BGB § 312e Abs. 1 Nr. 2 hükmünün girişimcinin mesafeli sözleşmelerde genel anlamda bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen BGB § 312c'ye halel getirmeyeceğidir.[432]

Alman kanun koyucusunun bu konuyu düzenlediği BGB § 312e Abs. 3 hükmü ile, ETHD'nin 11 numaralı kıstasını[433] gözden kaçırmadığı açıktır.

Sonuç olarak, elektronik sözleşmelerde girişimci, yukarıda açıklanan BGB § 312c hükmü altında öngörülen yükümlülüklerini de yerine getirmek zorundadır.

---

[431] Bu konuda SchuldRModG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/6040, sh. 172.

[432] Wilmer/Hahn, sh. 375.

[433] Bu konuda bkz., yukarıda Bölüm I, §5, II, A.

D. Girişimcinin Bilgi Verme Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinin Yaptırımı

Alman Hukukunda, Direktif ile aynı yönde, bilgi verme yükümlülüğünün BGB § 312c Abs. 1 hükmü doğrultusunda yerine getirilmemesine bağlanmış doğrudan bir yaptırım yoktur.

§ 312c Abs. 2 BGB'ye göre "bilginin teyidinin tüketiciye metin şeklinde iletilmesi yükümlülüğü"nün girişimci tarafından yerine getirilmemesinin yaptırımı ise, BGB § 312d Abs. 2'de açıkça düzenlenmiştir.[434] Buna göre, sözleşmeden dönme hakkı süresi söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesinden önce işlemeye başlamayacaktır.

Dikkat edileceği üzere, BGB § 312d Abs. 2 düzenlemesi, Direktif'in ilgili 6. maddesinin birinci fıkrasından içerik bakımından farklıdır. Şöyle ki, Direktif m. 6/1'de bilgi verme yükümlülüğünün Direktif'in 5. maddesine uygun olarak yerine getirilmemesinin yaptırımı olarak, sadece sözleşmeden dönme hakkı süresinin 3 aya uzatılmasıyla yetinilmiştir.

Direktif m. 14'e uygun olarak, girişimci aleyhine kanımızca daha ağır bir yaptırım öngören BGB § 312d Abs. 2 hükmü, yukarıda açıklanan Direktif'in ilgili düzenlemesinin uygulamada doğabilecek olumsuz sonuçlarını böylece bir bakıma ortadan kaldırmıştır.[435] Gerçekten, Direktif m. 6/1' göre, örneğin, hizmet sözleşmelerinde sözleşmenin kuruluşu tarihinden itibaren işlemeye başlayacak tüketicinin uzatılmış 3 aylık dönme hakkı süresinin, bilginin teyidinin bir belgeyle

[434] Waldenberger (2003), sh. 55-56 (Rdr. 97-98).

[435] Bu konuda bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, B, 2, e.

kendisine aktarılması için öngörülen en geç hizmetin ifası anına kadar dolması olasılığı BGB § 312d Abs. 2 ile engellenmiştir.

Buna ilaveten, Alman Hukukunda mesafeli sözleşmelerin düzenlendiği hükümlerde hakkında her ne kadar doğrudan bir hükme rastlanmasa da, girişimcinin bilgi verme yükümlülüğünü hiç yerine getirmemesinin ya da eksik yerine getirmesinin yaptırımının *culpa in contrahendo* çerçevesinde sözleşmenin feshi[436] ve zararın tazmini olabileceği üzerinde durulmuştur.[437]

Bu anlamda, ilk olarak, *culpa in contrahendo* ilkesinin düzenlendiği BGB § 311 Abs. 2 hükmünün dikkate alınması yerinde olacaktır.[438] Söz konusu hüküm ile, sözleşmenin kurulmasından önce taraflar arasında doğacak bir borç ilişkisinin varlığı bakımından, "sözleşme görüşmelerine başlanmış olması" yeterli görülmüştür.[439] Böylece, bir hukukî işlemde taraflar arasındaki borç ilişkisinin nedenini sadece "sözleşmenin kurulması"na bağlayan BGB § 311 Abs. 1 düzenlemesine istisna getirilmiştir.[440]

---

[436] "Sözleşmenin feshi"nin dahi talep edilebileceği görüşü için bkz., Fleischer, sh. 792; Ayrıca, sözleşme öncesi yükümlülükler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Fleischer, Holger (2001), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, (Yayına Hazırlayanlar, Schulze/ Schulte-Nölke), Mohr Siebeck Verlag, 2001, sh. 243-267 (*Fleischer*, "Vorvertragliche Pflichten im Schnittfeld von Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsprivatrecht").

[437] Ring, sh. 130.

[438] *Culpa in contrahendo* ilkesinin BGB'ye aktarılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Grigoleit, Hans Christoph, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, (Yayına Hazırlayanlar, Schulze/Schulte-Nölke), Mohr Siebeck Verlag, 2001, sh. 269-294 (*Grigoleit*, "Reformperpektiven der vorvertraglichen Informationshaftung").

[439] Schulze/Dörner/Ebert vd., sh. 360 (§ 311, Rdr. 15-16)

[440] Schulze/Dörner/Ebert vd., sh. 352 (vor §§ 311-319, Rdr. 4)

Kanun koyucu BGB § 311 Abs. 2'de, sözleşmenin kurulmasından önce doğacak borç ilişkisinin kapsamının BGB § 241 Abs. 2'ye göre belirleneceğini hükme bağlamıştır. Bu nedenle, ikinci olarak, BGB § 241 Abs. 2 düzenlemesine kısaca değinilmesi yerinde olacaktır.

BGB § 241 Abs. 2'ye göre, bir borç ilişkisi altında taraflar söz konusu ilişkinin içeriğine göre birbirlerinin haklarını ve menfaatlarini gözetmekle yükümlüdürler. Bu anlamda, bir borç ilişkisinin taraflarının birbirlerine zarar vermelerinin ve birbirlerinin kişi varlığı haklarını çiğnemelerinin, Kanun'ca yasaklandığı açıktır. Tarafların söz konusu bu yükümlülükleri, sözleşme ilişkisinden doğan "temel ifa yükümlülükleri"nden farklıdır. "Yan yükümlülükler" olarak adlandırılan bu yükümlülüklerin ifası dava edilemezken, bu nedenle zarara uğrayan tarafın BGB §§ 280 ve 282 altında zararının tazminini talep etme hakkı vardır.[441]

İşte, her ne kadar karşıt görüş yanlıları olsa da,[442] yukarıda da açıklandığı üzere söz konusu açıklamalardan varılacak sonuç, girişimcinin BGB §§ 312c ff.'de düzenlenen bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde tüketici, *culpa in contrahendo* ilkesine dayanarak sözleşmeyi feshetme ve zararını tazmin etme hakkına sahip olacaktır.[443]

Tüketicinin sahip olduğu bu hak önemini özellikle "sözleşmeden dönme hakkını her halde sözleşmenin kuruluşundan itibaren ve malın teslimi halinde ise, malın tüketiciye vardığı tarihten itibaren 6 ay ile sınırlayan" BGB § 355 Abs. 3

---

[441] Schulze/Dörner/Ebert vd., sh. 190 (§ 241, Rdr. 4).

[442] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Ring, sh. 130-131; Bodewig, sh. 453: Yazar, "*tüketicinin sözleşme öncesi bilgilerin kendisine aktarılmaması nedeniyle uğradığı zararını ispat etmesinin neredeyse mümkün olmadığı*" üzerinde durmuştur; Fuchs, sh. 1280.

[443] Bu konuda SchuldRModG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/6040, sh. 173.

hükmü dikkate alındığında gösterecektir. Buna göre, her ne kadar söz konusu 6 ay sonunda tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı sona erse de, tüketici *culpa in contrahendo* çerçevesindeki korumadan yararlanabilecektir.[444]

Ancak, aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, Kanun'un sözleşmeden dönme hakkı süresini 6 ayla sınırlayan hükmü, "dönme hakkı ihtarı"nın sağlanmış olması şartıyla, sadece InfoVO § 1 Abs. 1 ve Abs. 4'de düzenlenen geri kalan diğer bilgi türlerine ilişkindir. Dönme hakkı ihtarının metin şeklinde tüketiciye iletilmemesi halinde, sözleşmeden dönme hakkı süresinin sona ermesi ise, BGB § 355 Abs. 3 s. 3'e göre mümkün değildir.[445]

Buna ilaveten, *culpa in contrahendo* ilkesinin Borçlar Hukukunun genel ilkerinden birini teşkil ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu anlamda, BGB § 312d Abs. 4'e göre kendisine sözleşmeden dönme hakkı tanınmayan hallerde dahi tüketici, BGB §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 ve 282'ye dayanabilecektir.[446]

IV. Sözleşmenin Şekli

"Yazılı şekil", "noter tasdiki" ve "resmi tasdik" şekil şartları istisna olmak üzere BGB'de, şekil serbestisi ilkesi benimsenmiştir.[447] Bu ilkeye göre, bir sözleşmenin kurulmasında yukarıda sayılan istisnai hallerin geçerlilik şartı olarak

[444] Micklitz/Tonner, sh. 146.

[445] Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda Bölüm II, §8, III, A, 3.

[446] Micklitz/Tonner, sh. 146.

[447] Gurland, E-Commerce in the World, (Yayına Hazırlayanlar, Cutsem, J.-P., Viggria, A., Güth, O.), Bruxelles, Bruylant, 2003, sh. 191 (*Gurland*, "Electronic Commerce in Germany").

öngörülmesi ancak kanun yolu veya tarafların kendi aralarında iradi olarak belirlemeleri ile mümkün olabilmektedir.

Mesafeli sözleşmeleri düzenleyen BGB § 312b hükmü dikkate alındığında, Kanun'un mesafeli sözleşmelerin kurulması için genel anlamda herhangi bir şekil şartı öngörmediği açıktır.[448] Bu anlamda ilk olarak varılacak sonuç, mesafeli sözleşmelerde sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasının, normal bir hukukî ilişkinin meydana gelmesinden bir farklılık arzetmemesidir.[449]

Ancak, elektronik sözleşmelere ait özelliklerin dikkate alınması halinde, şekil konusunun bu kadar basite indirgenerek açıklanamayacağı açıktır. Bu konuda karşılaşılan en önemli soru, Kanun'un kurulmasını yazılı şekil şartına bağladığı bir sözleşme türünün mesafeli sözleşme yöntemi kullanılarak kurulmaya çalışılması durumunda, elektronik ortamdaki –kâğıt gibi somut bir nesne üzerinde olmayan– yazıların ve imzanın şekil şartının gerçekleştirilmesinde yeterli olup olmadığıdır.[450] Bir başka deyişle, şekil zorunluluğuna tabi olan bir sözleşme bu durumda acaba sadece sözleşme metninin önce kâğıda basılması ve sonra elle imzalanması suretiyle mi geçerli bir şekilde kurulabilecektir?[451]

---

[448] Ayrıca bkz., İnal, sh. 177: Yazar, yerinde olarak mesafeli sözleşmelerin şekle tabi tutulması gibi bir hususun söz konusu olamayacağı üzerinde durmuştur. Yazarın da belirttiği gibi, "*şekil şartı, mesafeli sözleşme kavramıyla bağdaşmaz. Mesafeli sözleşme kavramı, herhangi bir sözleşme tipi veya türü değildir. Sadece sözleşmenin kurulması yöntemidir. Bir yöntemin şekle tabi kılınması ise, hukuk alamine yabancıdır*".

[449] Hoeren (2001), sh. 36.

[450] Sevimli, Ahmet, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, sh. 1026 (*Sevimli*, "Elektronik Sözleşmeler ve ABD Elektronik İmza Yasası").

[451] Keser-Berber, sh. 181.

Bu alanda karşılaşılan bir diğer sorun ise, elektronik sözleşmelerde güvenilirlik konusunda ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, özellikle "sözleşmenin tarafının belirlenmesi", "kimliğinin doğrulanması" ve "elektronik sözleşmeyi oluşturan mesaj ile bu mesajla ilişkilendirilebilen imzanın, gönderen tarafından yollandığının inkar edilemeyeceğine dair güvenin sağlanması" konuları üzerinde yoğunlaşılmıştır.[452]

İşte, elektronik sözleşmelerde ortaya çıkan yukarıda açıklanan hukukî problemler ışığı altında varılacak ikinci sonuç ise, elektronik sözleşmeler alanında özellikle elektronik imzaya elle atılan imza ile aynı hukukî sonuçların bağlanması gerektiği yönündedir.[453]

EİHD düzenlemesini dikkate alan Alman Hukuku, BGB § 126a, "İmza Kanunu" (SigG) ve "Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu" (ZPO) hükümlerinde yeni düzenlemelere gitmiştir.

A. Elektronik Şekil (BGB § 126a)

BGB § 126a Abs. 1'de, elektronik şeklin kanunun öngördüğü yazılı şekil ile ikamesi, irade beyanını açıklayan kişinin adını elektronik belgeye eklemesi ve söz konusu belgeyi SigG'ye göre "nitelikli elektronik imza"[454] (*qualizieferte elektronische Signatur*) ile imzalaması şartına bağlı tutulmuştur.

---

[452] Sevimli, sh. 1027-1028.

[453] Konuralp, Haluk, "Genel Hatlarıyla Elektronik İmza Kanunu", Bankacılar Açısından Elektronik İmza Kanunu Konferansı, 4 Mart 2004, İstanbul, Yayımlanmamış, sh. 4.

[454] "Nitelikli elektronik imza" kavramı için bkz., aşağıda sh. 195.

Buna ilaveten, BGB § 126a Abs. 2'de, tarafların aralarında kurdukları bir sözleşmede aynı içeriğe sahip bir belgeyi de, yine 1. fıkrada belirtilen şekilde elektronik olarak imzalamaları öngörülmüştür.

01.08.2001 tarihinde yürürlüğe giren bu hüküm ile, özellikle internet üzerinden gönderilen irade beyanlarının güvence altına alınması amaçlanmıştır. Buna göre, elektronik sözleşmelerde elektronik posta ya da www üzerinden karşı tarafa gönderilen bilgilerin sonradan değiştirilmesi ya da taklit edilmesi riski en aza indirilmeye çalışılmıştır.[455]

Kanunun sözleşmenin kurulmasında el yazısıyla atılan imza şartını öngördüğü ya da bir başka deyişle, BGB § 126'da öngörülen yazılı şekil şartına atıf yaptığı durumlarda, o sözleşmenin elektronik uzaktan haberleşme araçlarının kullanılarak kurulmasının amaçlandığı hallerde, BGB § 126a hükmü uygulama alanı bulacaktır.[456] Bu anlamda, taraf iradelerinin "elektronik şekil" seçilerek iletilmesi halinde de, irade beyanının geçerli olarak hukukî sonuçlarını doğurması sağlanmıştır.

Ancak, BGB § 126a Abs. 1 hükmü dikkate alındığında üzerinde önemle durulması gereken nokta, maddede elektronik şeklin şartları konusunda SigG'e

---

[455] Schulze/Dörner/Ebert vd., sh. 80 (§ 126a, Rdr. 1); Ayrıca, bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Keser-Berber, sh. 193-197: Yazar, imzanın, "metnin içerik olarak doğru ve tam olduğunu açıkladığı, *sonuçlandırma işlev*i", "bilginin bir belgede tespit edilerek kalıcı olmasını sağladığı, *kalıcılık sağlama işlevi*", "belgeyi düzenleyen kişinin kimliğinin tespitini mümkün kıldığı, "*kimlik tespit etme işlevi*", "imzalanan belgenin imza eden kişi tarafından görüldüğünü ve onun tarafından kabul edildiğini teyit ettiği, *gerçeklik işlevi*", "belgenin gerçekten o belgede adı geçen kişi tarafından imzalanıp imzalanmadığının kontrolünü sağladığı, *tasdik işlevi*", "ispatla yükümlü olan tarafın delil ileri sürmesini kolaylaştırdığı, *ispat işlevi*" üzerinde durmuştur.

[456] Keser-Berber, sh. 191.

gönderme yapılmış olduğu ve elektronik imzanın "nitelikli elektronik imza" özelliğini taşıdığıdır. Buna göre, "basit elektronik imza" ile imzalanmış olan elektronik belge BGB § 125'e göre geçersiz olacaktır.[457]

Elektronik imza çeşitleri SigG'de belirlenmiş ve nitelikli elektronik imzanın tanımı da SigG § 2 Nr. 3'de yapılmıştır. SigG § 2 Nr. 3'e göre nitelikli elektronik imza, güvenli bir imza hazırlama ünitesiyle geçerli bir sertifikaya dayanarak hazırlanmış olan ve SigG § 2 Nr. 2'ye göre atılan bir "gelişmiş elektronik imza" (*fortgeschrittene elektronische Signatur*) türüdür.

Bu tanımına göre "nitelikli elektronik imza"nın unsurları şu şekilde belirlenebilecektir:

- Atılan imzanın "gelişmiş elektronik imza" niteliğine sahip olması gerekmektedir. Gelişmiş elektronik imza, yine aynı maddede Nr. 2'de tanımlanmıştır. Buna göre, söz konusu imzanın, münhasıran imza anahtarı sahibine koordine edilmiş olması, imza anahtarı sahibinin teşhisine imkan vermesi, imza anahtarı sahibinin münhasıran kendi kontrol yetkisinde bulundurabileceği araçlarla üretilmesi ve ilişkin olduğu bilgi vericilerine, bu bilgi vericilerinde sonradan yapılacak değişikliklerin hemen tespitini sağlayacak, şekilde bağlı olması şarttır.
- İmzanın güvenli bir imza hazırlama ünitesiyle (SigG § 2 Nr. 10) hazırlanmış olması.
- İmzanın hazırlanması aşamasında geçerli bir sertifikaya (SigG § 2 Nr. 6) dayanılması.

[457] Schulze/Dörner/Ebert vd., sh. 80 (§ 126a, Rdr. 1 ve 4).

Alman kanun koyucusunun söz konusu nitelikli elektronik imza düzenlemesinin, EİHD ile uyumuna değinmek gerekirse, EİHD'de sadece "gelişmiş elektronik imza" kavramıyla yetinilmiş, ama "nitelikli elektronik imza" türünden bahsedilmemiştir.[458] Ancak, EİHD'nin, bu düzenlemesi ile daha kuvvetli ve güvenli bir koruma öngören Alman kanun koyucusunu engellemediği de bu anlamda gözden kaçırılmaması gereken bir konudur.[459]

Sonuç olarak, BGB § 126a'da yazılı şekil şartının ikamesinde öngörülen nitelikli elektronik imza düzenlemesiyle Alman Hukukunda elektronik sözleşmelerde yüksek güvenlik seviyesinin sağlanmasının amaçlandığı ortadadır. Nitelikli elektronik imzanın, kâğıt üzerine elle atılan imzanın tüm unsurlarını benliğinde taşıdığı kabul edilmiş ve böylece, elektronik sözleşmelerde özellikle ispat güvencesi, EİHD'nin 5. maddesine de uygun olarak büyük ölçüde temin edilmiştir.[460]

B. İmza Kanunu (SigG)

[458] Bkz., yukarıda Bölüm I, §5, II, B.

[459] Bröhl/Tettenborn, Das neue Recht der elektronischen Signaturen, Köln, Bundesanzeiger Verlag, 2001, sh. 53; Wilmer/Hahn, sh. 208-209.

[460] Bröhl/Tettenborn, sh. 34 ve 53.

EİHD'nin iç hukuka aktarılması amacı ile 15.02.2001 tarihinde düzenlenen yeni SigG, 22.05.2001'de yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yeni SigG, 1997 tarihli SigG'i yürürlükten kaldırmıştır.

Eski SigG'in EİHD doğrultusunda değiştirilmesinde kanun koyucu, EİHD'de kullanılan kavramlarla olabildiğince bağlı kalmaya çalışmış, EİHD m. 5/1'de öngörüldüğü üzere elektronik imzanın elle atılan imzayla aynı hukuksal etkileri doğurabilmesini sağlamak üzere yeknesak güvenlik standartları oluşturulmasına önem vermiş, genel güvenlik unsurlarını EİHD'nin teknik elemanları (SigG § 17), sertifika hizmeti sunucuları (SigG § 4) ve diğer Topluluk Hukuku standartları ile uyumlu hale getirmeyi amaçlamış, sertifika hizmet sunucularının ruhsata tabi olma yükümlülüklerini kaldırarak, EİHD ile uyumlu bir kontrol ve denetim sistemi geliştirilmesi (SigG §§ 4, 19 ve 20) ve kamusal alanda bir takım ek şartların öngörülmesinin mümkün kılınması (SigG § 1 Abs. 3) konuları üzerinde durmuştur.[461]

C. Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (ZPO)

Yukarıda da açıklandığı üzere, elektronik imza konusunda ortaya çıkan en önemli hukukî problemlerden birisi de, elektronik imzanın elle atılan imza ile eş değerde ispat gücüne sahip olup olmadığı yönündedir.

İşte, ZPO § 292a bu soruyu cevaplayacak niteliktedir. Kanun koyucu bu maddenin düzenlenmesinde, irade beyanının muhatabı olan tarafın yargılama aşamasında hukukî durumunu kuvvetlendirmeyi ve böylece, hukukî güvenliği

[461] Bröhl/Tettenborn, sh. 29-30.

sağlayarak elektronik şeklin işlerliğini ve işlevini belli bir ölçüde garanti altına almayı amaçlamıştır.[462] Bu yönde ZPO § 292a'da, "*BGB §126a'ya göre elektronik şekilde hazırlanmış bir belgede yer alan ve SigG doğrultusunda yapılacak bir kontrole göre mevcut olduğu anlaşılan bir irade beyanının doğruluğunun, ancak bu beyanın imza anahtarı sahibinin iradesine aykırı olarak yapıldığı vakıasının mümkün olduğu kadar ciddi bir şekilde gerçekleştiğinin ispat edilmesi halinde sarsılabileceği*" öngörülmüştür.

Gözden kaçırılmaması gereken nokta, elektronik imzanın gerçek olup olmadığının tespitinin SigG'ye göre yapılacağının belirtilmiş olmasıdır. Söz konusu denetim, imza ile imza çip kartına kaydedilmiş olan maliki ve onun kimliğinin gizli anahtarını onaylamaktadır.[463] İşte, SigG doğrultusunda onaylanan bu "görünüşteki doğruluğun" aksinin ispatı ancak, ZPO § 292a'da belirtilen şartın gerçekleşmesi halinde mümkündür. Şüphe halinin ise, ZPO § 286'da düzenlemesini bulan "görünüşteki delil" (*Anscheinsbeweis*) karinesini çürütmeye yetersiz kalacağı ortadır.[464]

Buna ilaveten, ZPO'da konuya ilişkin öngörülen diğer değişiklikler ise, ilk olarak, tarafların dilekçe ve beyanlarının elektronik şekilde hazırlanmış belgeyle

---

[462] Hoeren (2001), sh. 321.

[463] Sistemin işleyişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Hoeren/Oberscheidt, sh. 374-375; Taupitz/Kritter, sh. 845.

[464] Baumbach/Lauterbach, (Yayına Hazırlayanlar, Albers, J., Hartmann, P.), Zivilprozessordnung, 63. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2005, sh. 1141 (Anh. § 286, Rdr. 19) ve bu konuda daha ayrıntılı bilgi için sh. 1199 (§ 292a, Rdr. 4-5); Hoeren, Thomas (2001), sh. 321; Ayrıca bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung Kommentar, 26. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2004, sh. 584 (§ 292a, Rdr. 3).

mahkemeye ibrazını geçerli kılan § 130a hükmü; ikinci olarak, elektronik bir belgeyle yapılacak delil ikamesinin, ZPO'nun keşif deliliyle ispat hakkındaki hükümlerine göre yapılacağını öngören § 371 hükmü; son olarak, sona ermiş dava dosyalarının elektronik veri taşıyıcılarında arşivlenmesini sağlayan § 299a hükmüdür.[465] Söz konusu madde düzenlemeleri hakkında yapılabilecek açıklamalar, Usul Hukukunun konusunu oluşturdurduğundan tezin kapsamını bir hayli aşacaktır. Bu nedenle, bu madde düzenlemeleriyle ilgili tezde daha ayrıntılı bilgi verilmemesi uygun görülmüştür.[466]

§ 8. Tüketiciye Tanınan "Sözleşmeden Dönme Hakkı" ile "Geri Verme Hakkı" (*Rückgaberecht*)

I. Genel Olarak

Alman Hukukunda, Direktif düzenlemesinden hareketle tüketiciye, kurulan mesafeli sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Buna göre, aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde de değinileceği üzere, tüketici, kendisine tanınan süre içerisinde herhangi bir gerekçe göstermek zorunda olmaksızın kullanacağı dönme hakkıyla sözleşmeyi kurucu irade beyanı ile bağlı olmaktan kurtulacaktır (BGB § 355).

İlk olarak, kısaca belirtmek gerekirse, tüketicinin *mesafeli sözleşmeden* dönme hakkını genel olarak BGB § 312d'de düzenlemiş olan kanun koyucu, maddede BGB § 355 hükmüne gönderme yaparak, bu hakkın § 355 doğrultusunda kullanacağını öngörmüştür.

---

[465] Keser-Berber, sh. 199-200.

[466] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Keser-Berber, sh. 199-207.

BGB § 355 hükmü, dönme hakkının tanındığı diğer bütün tüketici sözleşmeleri üzerinde de uygulanacak bir niteliğe sahip olması nedeniyle özellikle dikkat çekicidir.

Gerçekten, yukarıda da açıklandığı üzere, Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine Yönelik Kanun ile bir çok özel kanunun BGB kapsamına alınarak, bu kanunların konusu olan sözleşme türleri üzerinde genel hükümlere gidilmesinin bir sonucu da, BGB § 355'dir. Bu bağlamda, BGB § 355'in üzerinde uygulanacağı diğer sözleşme türleri örneğin, kapıdan satışlar, devre tatil ve devre mülk sözleşmeleridir.

Tüm dönme haklarını tek bir çatı altında birleştiren kanun koyucunun bu noktada gözden kaçırmaması gereken en önemli nokta, BGB § 355'in, AT'nin çeşitli sözleşme türlerinde dönme hakkını düzenleyen ve bu yönde asgari hükümler öngören her bir direktifi ile uyum içinde olması zorunluluğudur.[467] Aksi taktirde, Avrupa Adalet Divanı'nın Francovich görüşü[468] doğrultusunda devletin sorumluluğunun doğması karşılaşılacak en büyük hukukî problemlerden birisidir.[469]

Bu nedenle, Avrupa Adalet Divanı'nın 13.12.2001 tarihli "*dönme hakkının, hakkın tüketiciye hatalı ihtarı halinde, kapıdan satışlarda bir süre ile sınırlanmasına*

467 Rott, Peter (2001), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, (Yayına Hazırlayanlar, Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann), 1. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, sh. 252-253 (*Rott*, "Widerruf und Rückabwicklung").

468 Frankovich davası (*Case 6/90: Andrea Frankovich, Danila Bonifaci v Italienische Republik*) için bkz., EuGH v. 19.11.1991, NJW 1992, sh. 165.

469 Micklitz/Tonner, sh. 227.

izin vermeyen" kararını dikkate alan kanun koyucu, OLGVertrÄndG ile, BGB §§ 312d, 355 Abs. 2 ve Abs. 3 hükümlerini değiştirmiştir.[470]

İkinci olarak, Direktif düzenlemesinden farklı olarak, tüketiciye mesafeli sözleşmelerde sadece dönme hakkı tanınmasıyla yetinilmemiş, BGB § 312d Abs. 1'de, ayrıca tüketicinin geri verme hakkından da bahsedilmiştir.

BGB § 356'de düzenlenen geri verme hakkına göre tüketici özetle, sözleşmeden dönme hakkı süresi içerisinde, bu maddede sayılan şartların yerine getirilmesiyle, sözleşme konusu malı ancak geri göndererek sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulacaktır. Söz konusu geri verme hakkı tüketiciye sadece, konusu mal teslimine ilişkin olan mesafeli sözleşmelerde dönme hakkının alternatifi olarak tanınmıştır.

İşte, aşağıda BGB § 312d hükmü ile bağlantılı olarak sırasıyla, sözleşmeden dönme hakkı (BGB § 355), geri verme hakkı (BGB § 356) ve dönme hakkı ile geri verme hakkının hüküm ve sonuçları (BGB § 357) incelenecektir.

---

[470] Micklitz/Tonner, sh. 227: Yazar, söz konusu değişiklikleri şu şekilde sıralamıştır: (1) BGB § 312d'ye, sözleşmeden dönme hakkının bazı istisnalarını düzenleyen Abs. 5 hükmü eklenmiş, (2) BGB § 355 Abs. 2 s. 2'de, "Abs. 1'de öngörülen 2 haftalık sözleşmeden dönme süresinin, dönme hakkı ihtarının sözleşmenin kuruluşundan sonra yapılması haline özgü olmak üzere 1 aya uzatılması" öngörülmüş *(§ 312d Abs. 1'e göre, bu hüküm mesafeli sözleşmelerde uygulama alanı bulmayacaktır)* ve (3) BGB § 355 Abs. 3'deki "dönme hakkının hatalı ihtarı halinde dahi sözleşmeden dönme hakkı süresini sınırlayan" hükmün yürürlükten kaldırılmasına ilişkin değişiklikler yapılmıştır.

II. Sözleşmeden Dönme Hakkı ile Geri Verme Hakkı Arasındaki Fark ve Geri Verme Hakkının Alternatif Hak Olarak Düzenlenmesinin Nedeni

Alman Hukukunda, Direktif'den farklı olarak, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye sözleşmeden dönme hakkının alternatifi olarak geri verme hakkının tanınması girişimcinin menfaatleri dikkate alınarak düşünülmüştür.

Gerçekten, dönme hakkı ile geri verme hakkı arasındaki farkın gözetilmesi de böyle bir sonuca varılmasında yeterli olacaktır.

Şöyle ki, aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulacağı üzere, geri verme hakkının hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, tüketici tarafından "malın geri gönderilmesi" şarttır.[471] Dönme hakkının kullanılması ise, malın geri gönderilmesiyle gerçekleşebileceği gibi; sadece bu hakkın kullanıldığını açıklayan irade beyanının karşı tarafa metin şeklinde iletilmesiyle de mümkün olabilecektir.[472]

Öngörülen şartların gerçekleşmesiyle tüketiciye geri verme hakkını tanıyan girişimcinin,[473] böylece, hakkın kullanılması sonucu ters yöne dönen sözleşme ilişkisi nedeniyle tüketiciye teslim ettiği malın tekrar kendisine dönmesini beklemek gibi bir kaygısının olmayacağı ortadadır.[474] Girişimci doğal olarak, söz konusu malın mümkün olduğunca çabuk eline geçmesini ve malı yeniden satıma sunmayı

[471] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda Bölüm II, §8, IV, B.

[472] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda Bölüm II, §8, III, B.

[473] Mesafeli sözleşmelerde tüketiciye girişimci tarafından, sözleşmeden dönme hakkı yerine, bir geri verme hakkının tanınabilmesinin şartları için bkz., yukarıda Bölüm II, §8, IV, A.

[474] Lütcke, sh. 164.

amaçlamaktadır.[475] Bu amacına tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı yerine geri verme hakkını tanımakla daha çabuk ulaşacak olan girişimci, daha avantajlı duruma geçecektir.

Kaldı ki, geri verme hakkının tanınmasıyla tüketicinin dezavantajlı duruma düşeceğinden bahsedilemeyecek ve sonuç olarak, taraflar arasındaki menfaatler dengesi sağlanmış olacaktır. Bu anlamda, geri verme hakkını düzenleyen hükümlerin, tüketicinin dönme hakkı sebebiyle edindiği hakları kısıtlamasının mümkün olmadığı gözden kaçırılmamalıdır.[476]

III. Sözleşmeden Dönme Hakkı

BGB § 355 Abs. 1'de, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını, sürenin işlemeye başlamasından itibaren 2 hafta içinde hiç bir gerekçe göstermeksizin ya "metin şekli" halinde ya da malı geri göndererek kullanabileceği öngörülmüştür.

Buna ilaveten, mesafeli sözleşmelerde dönme hakkını düzenleyen BGB § 312d'de ise, sözleşmeden dönme hakkı hükümlerinin üzerinde uygulama alanı bulmayacağı mesafeli sözleşme türleri belirlenmiştir.

---

[475] Erman/*Saenger*, sh. 1340 (§ 356, Rdr. 1).

[476] Micklitz/Tonner, sh. 248; Ayrıca bkz., Bülow/Artz, sh. 2053: Yazar, geri verme hakkının içerik bakımından, aslında dönme hakkından farksız olduğuna işaret etmiştir; MünchKomm/*Ulmer* 2003 (bd. 2a), sh. 2286-2287 (§ 356, Rdr. 15): Yazar, dönme hakkının geçerli bir şekilde geri verme hakkıyla ikame edilebilmesi şartını, "*geri verme hakkının kullanılmasının, Kanun'da öngörülen malın geri gönderilmesi yükümlülüğünden başka herhangi bir yükümlülüğün öngörülmemiş olmasına*" bağlamıştır.

Bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesi halinde, sözleşmeden dönme hakkının unsurları özetle şu şekilde belirlenebilecektir:[477] (1) Bir mesafeli sözleşmenin geçerli olarak kurulması ve hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlaması,[478] (2) dönme hakkının öngörülen sürenin sona ermesinden önce kullanılması, (3) dönme hakkının kullanıldığını açıklayan irade beyanın karşı tarafa "metin şeklinde" ya da malın geri gönderilmesi suretiyle iletilmesi ve (4) mesafeli sözleşmenin dönme hakkının istisnalarından birini teşkil etmemesi[479] (BGB § 312d Abs. 3 ve 4).

A. Sözleşmeden Dönme Hakkı Süresi

Yukarıda da açıklandığı üzere, BGB § 355 Abs. 1'de, sözleşmeden dönme hakkı süresi, sürenin işlemeye başlamasından itibaren 2 hafta olarak öngörülmüştür. Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını sürenin son gününde kullanması, sözleşmeden dönme hakkının hüküm ve sonuçlarını doğurmasında yeterli kabul edilmiştir.[480]

[477] Lütcke, sh. 132 vd.

[478] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda Bölüm I, §4, D, 1.

[479] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda Bölüm II, §6, IV, B.

[480] Bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, D, 2.

1. Sözleşmeden Dönme Hakkı Süresinin İşlemeye Başlaması

BGB § 312d Abs. 2'de, BGB § 355 Abs. 2 s. 1 hükmünden ayrılınarak, öngörülen 2 haftalık sürenin işlemeye başlayacağı tarih, mal ve hizmet sözleşmeleri bakımından ikiye ayrılarak belirlenmiştir. Direktif düzenlemesi ile aynı olan bu hükme göre, dönme hakkı süresi mal sözleşmelerinde, malın teslim alındığı ve hizmet sözleşmelerinde ise, sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

BGB § 312d Abs. 2 düzenlemesinden hareketle bu başlık altında ilk olarak, BGB § 355 Abs. 2 s. 1 hükmü üzerinde kısaca durulması yerinde olacaktır. Söz konusu hüküm *mesafeli sözleşmeler hariç* olmak üzere diğer tüketici sözleşmelerinde dönme hakkı süresinin işlemeye başlamasında, "hakkın tüketiciye *ayrıca* ihtarı"nı şart koşmaktadır. Buna göre, kanunun dönme hakkını tanıdığı *diğer* sözleşme türlerinde dönme hakkı süresinin işlemeye başlamasında, *sadece* dönme hakkının varlığının girişimci tarafından tüketiciye metin şeklinde ihtarı yeterli görülmüştür.

Kanun koyucunun mesafeli sözleşmelerde BGB § 355 düzenlemesinden ayrılması, çeşitli " tüketiciyi koruyucu hükümlerin temelinde yatan koruma sebepleri ve tekeffül halleri" ile açıklanmıştır.[481] Böylece, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin özellikle sözleşmenin akdi sırasında eline alıp kalitesini değerlendiremediği bir malın mülkiyetini edinmek zorunda kalması engellenmeye çalışılmıştır. Bu nedenle, tüketiciye örneğin, siparişini verdiği malı görerek eliyle değerlendirme imkanının

[481] Lütcke, sh. 136-137.

tanınması, mesafeli sözleşmelerde tüketiciyi koruma amacının sağlanmasında şarttır.[482]

İkinci olarak, BGB § 312d Abs. 2'de mesafeli sözleşmelerde, dönme hakkı süresinin *girişimcinin BGB § 312c Abs. 2'deki bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmesinden önce* işlemeye başlamayacağı öngörülmüştür.[483]

Buna göre, yukarıda da açıklandığı üzere, gerek mal satımına gerek bir hizmetin sağlanmasına ilişkin mesafeli sözleşmelerde mal teslim alınmış veya hizmet sözleşmesi kurulmuş olsa dahi, *girişimci söz konusu bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmediği sürece*, dönme hakkı süresi işlemeye başlamayacaktır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, Kanun'un bu ifadesinden, dönme hakkının varlığından haberdar olan tüketicinin bu hakkını sürenin işlemeye başlamasından önce kullanamayacağı sonucuna varılması yanlış olacaktır. Gerçekten, sürenin işlemeye başlayacağı tarih, sadece dönme hakkının ne zaman sona ereceğinin hesaplanması amacıyla belirlenmiştir.[484]

Üçüncü olarak, dikkat edileceği üzere, mal sözleşmelerinde sürenin işlemeye başlamasında *malın teslim alındığı an* önem kazanmaktadır. Direktif düzenlemesi ile yine uyum içinde olan bu unsur, girişimcinin tüketiciye mesafeli sözleşmeyi ifa ettiği anda malı muayene edebilmesini şart koşmaktadır. Buna göre, tüketicinin temerrüdü söz konusu şartın gerçekleşmesinde yeterli değildir.[485]

---

[482] Mankowski, sh. 796.

[483] Söz konusu hüküm, bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımı olarak öngörülmüştür (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda Bölüm II, §7, III, D).

[484] Micklitz/Tonner, sh. 162.

[485] Lütcke, sh. 138; Ayrıca bkz., BGH v. 11.10.1995, NJW 1995, sh. 3381: Kararda, "*alacaklının temerrüdü halinin, malın tesliminden farklı olduğu*" hükme bağlanmıştır.

Dördüncü olarak, BGB § 312d Abs. 2'de ayrıca, konusu ard arda gelen mal teslimine ilişkin mesafeli sözleşmelerde sürenin işlemeye başlayacağı zaman farklı olarak düzenlenmiştir. Bu tür sözleşmelerde dönme hakkı süresinin işlemeye başlayacağı tarih, ifasıyla yükümlü olunan malların ilkinin karşı tarafça teslim alındığı andır. Bu anlamda, ifası gereken sözleşme konusu malların aynı türden olması önem taşımaktadır. Şöyle ki, aynı türden olmayan malların tesliminde dönme hakkı süresi, ancak tüm malların teslimi halinde işlemeye başlayacaktır. Kanun koyucu bu konuda, çok ciltli bir ansiklopedi serisinin teslimini, aynı türden malların ifasına örnek olarak göstermiştir. Buna karşılık, girişimcinin ifa yükümlülüğünün farklı kitapların teslimine ilişkin olması halinde ise, aynı türden olmayan malların sözleşme konusunu oluşturduğundan bahsedilecektir.[486]

Kanun koyucunun konusu ard arda gelen mal teslimlerine ilişkin öngördüğü bu özel hükmün Direktif ile uyumuna değinmek gerekirse, bu konuda öğretide görüş ayrılıklarına rastlanmaktadır.

Micklitz/Tonner'in de belirttiği gibi kanun koyucu, Direktif'in 10 numaralı kıstasından hareketle söz konusu düzenlemeye gitmiştir.[487] Direktif'in 10 numaralı kıstasında, birbirini takip eden olaylardan ilkinin gerçekleşmesi ile Direktif'in söz konusu olaylar zinciri üzerinde uygulanmaya başlayacağı öngörülmüştür. Ancak, bu Direktif kıstasının yükümlülüklerin ve özellikle bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin olduğunu ileri süren *Micklitz/Tonner*, dönme hakkı süresinin

[486] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 43; Ayrıca bkz., Lütcke, sh. 139.

[487] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 43.

işlemeye başlayacağı tarihin belirlenmesinde bu kıstasa dayanılamayacağını vurgulamıştır. Buna göre, kanun koyucu Direktif'i iç hukuka yanlış aktarmıştır.[488]

Yukarıda da açıklandığı üzere, mesafeli sözleşmelerde dönme hakkının düzenleniş nedeni, tüketiciye, sipariş ettiği malı eline alıp değerlendirme imkanının sağlanmasıdır. Kanun koyucunun ise, eleştiri konusu olan düzenlemesi ile tüketiciye tanınan bu imkanı, ilk malın tesliminden 2 hafta sonra tüketiciye ulaşan aynı türden mallar bakımından kısıtladığı ortadadır. İşte bu nedenle, *Micklitz/Tonner*'in yukarıdaki görüşüne katılmak yerinde olacaktır.

Sözleşmeden dönme hakkının işlemeye başlaması ve böylece, sürenin sona ereceği günün tespitinde, BGB §§ 187, 188 genel hükümlerinin uygulama alanı bulacağı doğaldır.

2. *Girişimcinin, Bilgi Verme Yükümlülüğü ile Sözleşmeden Dönme Hakkının İhtarı Yükümlülüğünü İfası*

Yukarıda da değinildiği üzere, kanun koyucu, mesafeli sözleşmelerde dönme hakkı süresinin işlemeye başlamasının düzenlendiği BGB § 312d Abs. 2 hükmü ile, bu konuda BGB § 355 Abs. 2 s. 1 düzenlemesinden ayrılmıştır. Buna göre, mesafeli sözleşmelerde dönme hakkı süresi, girişimcinin bilgi verme yükümlülüğünü BGB § 312c Abs. 2 doğrultusunda yerine getirmesinden önce işlemeye başlamayacaktır. BGB § 355 Abs. 2 s. 1'de ise, dönme hakkı süresinin işlemeye başlaması için sadece bu hakkın tüketiciye ihtarının yeterli görüldüğü gözden kaçırılmamalıdır.

[488] Micklitz/Tonner, sh. 159.

Bu hüküm ile kanun koyucu, Direktif düzenlemesiyle uyumu sağlamaya çalışmıştır. Şöyle ki, dönme hakkı süresinin tespiti açısından Direktif m. 6/1'de, girişimcinin bilgi verme yükümlülüğünü 5. maddeye uygun olarak yerine getirmesi üzerinde durulmuştur. Bu düzenlemesi ile Topluluk düzenlemelerinin, "tüketicinin, sadece dönme hakkı konusunda bilgilendirilmesini değil, tam tersine Direktif m. 5'de belirtilen konuların hepsi hakkında bilgilendirilmesini" amaçladığı ortadadır. Buna göre, dönme hakkı süresinin başlamasında sadece bu hakkın tüketiciye ihtarını yeterli gören BGB § 355 Abs. 2 s. 1 hükmünün mesafeli sözleşmelerde uygulamasının kaldırılması yerinde olmuştur.[489]

Kaldı ki, gerek Direktif m. 5'de gerek BGB § 312c Abs. 2'de tüketiciye sağlanması gereken bilgi türlerinden biri de, dönme hakkı ile ilgili olandır. Buna göre, BGB § 312d Abs. 2'de dönme hakkı süresinin işlemeye başlamasında dikkate alınan girişimcinin BGB § 312c Abs. 2 anlamında bilgi verme yükümlülüğünün, BGB § 355 Abs. 2 s. 1 düzenlemesini de kapsadığının ileri sürülmesi yanlış olmayacaktır.[490] Bu yönde, BGB § 312c Abs. 2'de, BGB § 355 Abs. 2 s. 1 düzenlemesi ile aynı yönde, "girişimcinin bilgi verme yükümlülüğünü tüketiciye *metin şeklinde* iletmesi gerektiği"nin öngörüldüğünün de burada bir kez daha hatırlatılması yerinde olacaktır.

Bilgi verme yükümlülüğünün BGB § 312c Abs. 2'ye göre yerine getirildiğinin ispatı, yine girişimcinin üzerindedir. Bu anlamda BGB § 355 Abs. 2 s. 4 düzenlemesinin dikkate alınması gerekir ki bu hüküm, dönme hakkı süresinin

[489] Wilmer/Hahn, sh. 330.

[490] Bu konudaki tartışma hakkında bkz., Lütcke, sh. 141-143.

işlemeye başladığı tarihin tartışmalı olması halinde ispat yükünün, girişimciye ait olduğu yönündedir.[491]

3. Sözleşmeden Dönme Hakkının Sona Ermesi

Dönme hakkı süresinin belli bir süre sonra sona ermesi, hakkın süresi işlemeye başlamamış olsa dahi, tüketicinin hakkını kötüye kullanmasının engellenmesi açısından gereklidir. Şöyle ki, bir malı kullanan bir tüketicinin uzun yıllar sonra, sırf girişimcinin bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi hakkaniyete aykırı olacaktır.[492] Bu anlamda, özellikle girişimcinin bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesi haline ilişkin olmak üzere bu konunun düzenlenmesi önem kazanmıştır.[493]

Nitekim, BGB § 355 Abs. 3'e göre, dönme hakkı mal sözleşmelerinde, malın teslim alındığı tarihten ve hizmet sözleşmelerinde, sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren en geç 6 ay içinde sona erecektir.

Dikkat edileceği üzere, söz konusu hüküm ile dönme hakkı süresinin *en geç* sona ereceği tarih belirlenmiştir. Buna göre, girişimcinin sürenin başlaması için öngörülen bilgi verme yükümlülüğünü BGB § 312c Abs. 2'ye göre yerine getirmemesi halinde dönme hakkı süresinin 6 ay gibi bir süre ile sınırlandığı ortadadır. Girişimcinin bu yükümlülüğünü örneğin, 6 aylık sürenin sona ermesinden 3 gün önce yerine getirmesi halinde ise artık, yeni bir 2 haftalık dönme hakkı süresi

---

[491] Wilmer/Hahn, sh. 330.

[492] Lütcke, sh. 144.

[493] Wilmer/Hahn, sh. 333.

işlemeye başlamayacak, tam tersine dönme hakkı süresi 6 ayın dolması ile sona erecektir.[494]

Ancak bu bağlamda, BGB § 355 Abs. 3 s. 3 düzenlemesinin gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere, "dönme hakkının ihtarı"nı düzenleyen BGB § 355 Abs. 2 hükmünün, dönme hakkı süresinin başlayacağı tarihin saptanmasında, mesafeli sözleşmeler üzerinde uygulama alanı bulmamasına rağmen, bu hükümde öngörüldüğü şekilde girişimcinin dönme hakkını ihtar yükümlülüğünü yerine getirmemesinin yaptırımını düzenleyen BGB § 355 Abs. 3 s. 3 hükmü, mesafeli sözleşmeler üzerinde de uygulanacaktır. BGB § 355 Abs. 3 s. 3'e göre, *usulüne uygun olarak*[495] dönme hakkı hakkında bilgilendirilmeyen tüketicinin dönme hakkının en geç 6 ay sonra sona ermesi söz konusu değildir.[496] Burada dikkat edilmesi gereken nokta, söz konusu madde hükmünün tüketiciye "dönme hakkı ihtarının hiç yapılmamış" olduğu halleri de kapsadığıdır.[497]

Sözleşmeden dönme hakkının sona ereceği zamanın belirlenmesinde ayrıca, BGB § 312d Abs. 3 hükmünün de gözden kaçırılmaması gerekmektedir. BGB § 312d Abs. 3'e göre dönme hakkı, "tüketicinin açık onayı ya da onun talebiyle girişimcinin hizmetin ifasına, dönme hakkı süresinin bitiminden önce başlaması durumunda" da, sona erecektir.

---

[494] Lütcke, sh. 144-145.

[495] Sözleşmeden dönme hakkı ihtarının usulüne uygun yapılabilmesini sağlamak amacıyla Alman kanun koyucusu, dönme hakkı ihtarı nüshası geliştirmiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Masuch, Andreas, "Neufassung des Musters für Widerrufsbelehrungen", BB 2005, H. 7, sh. 344-348).

[496] Micklitz/Tonner, sh. 161.

[497] Erman/*Saenger*, sh. 1336-1337 (Anh. § 355, Rdr. 18).

Kanun koyucunun yine bu hükümde de, Direktif düzenlemesinden hareket ettiği açıktır. Gerçekten, Direktif m. 6/3 hükmünü dikkate alan kanun koyucunun amacı, yukarıda da açıklandığı üzere, girişimcinin de menfaatlerini gözetmek yönündedir.[498] Bu anlamda, kendisine sunulan hizmeti, mal sözleşmelerinde olduğunun aksine, girişimciye iade etme imkanı olmayan tüketicinin hizmetin ifasını talep edebilmesi için kural olarak, kendisine tanınan dönme hakkı süresinin sonuna kadar beklemesi gerekmektedir.[499] Dönme hakkı süresinin sona ermesinden önce hizmet ifasını talep eden tüketicinin ise, BGB § 312d Abs. 3'e göre dönme hakkı, girişimcinin söz konusu hizmetin ifasına başlaması ile sona erecektir.

BGB § 312d Abs. 3 düzenlemesi doğrultusunda ilk olarak gözden kaçırılmaması gereken konu, tüketicinin *açık* onayının aranmış olmasıdır.[500] Buna göre, hizmetin erken ifasının tüketici tarafından değil de, girişimci tarafından talep edilmiş olması halinde tüketicinin, konuya ilişkin irade beyanını açıklaması şarttır. Tüketicinin bu yöndeki açık hareketleri, dönme hakkının sona ermesinde yeterli olmayacaktır.[501] Ayrıca, "tüketicinin söz konusu irade beyanının örneğin, girişimci tarafından düzenlenen sipariş formunun imzalanması ile karşı tarafa iletilmiş

[498] Lütcke, sh. 146.

[499] Bamberger/Roth/*Schmidt-Räntsch*, sh. 1253 (§ 312d, Rdr. 21)

[500] Ayrıca bu konuda SchuldRModG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/6040, sh. 169.

[501] MünchKomm/*Wendehorst* 2003 (bd. 2a), sh. 1754 (§ 312d, Rdr. 96): Yazara göre, tüketicinin açık onayından, ancak onun "evet" kelimesini kullanması halinde bahsedilebilecektir; Karşıt görüş için bkz., Fuchs, sh. 1284: Yazar, tüketicinin onayı için Kanun'da herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olmasından hareketle, onun açık hareketlerini yeterli bulmuştur.

olduğu"nun kabul edilmesi hali de, Kanun'un genel işlem şartlarını düzenleyen hükümlerine aykırı düşecektir.[502]

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, girişimcinin söz konusu erken tarihli hizmet ifasının tüketici tarafından açıkça onaylanmadığı bir halde, dönme hakkı istisnai olarak sona ermeyecektir. Ancak, böyle bir durumda dönme hakkını kullanan tüketicinin, *ifa edilen hizmet girişimciye iade edilemeyeceği için*, bedel karşılığını tazminat olarak ödemesi gerekmektedir.[503]

BGB § 312d Abs. 3'de ikinci olarak üzerinde durulması gereken konu, *dönme hakkı süresinin bitiminden önce* erken tarihli hizmet ifasına başlanmış olmasının öngörülmüş olmasıdır. Öngörülen bu şart, BGB § 355 Abs. 3 s. 3 hükmü dikkate alındığında uygulamada bir anlam kargaşasına yol açabilecek niteliktedir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, BGB § 355 Abs 3 s. 3'e göre, dönme hakkı ihtarının ya hiç ya da usulüne uygun olarak yapılmaması halinde, dönme hakkı süresinin hizmet sözleşmesinin kurulmasından en geç 6 ay sonra sona ermesi gibi bir konunun gündeme gelmesi mümkün değildir. Buna göre uygulamada karşılaşılabilecek soru, BGB § 312d Abs. 3 düzenlemesinin, girişimcinin dönme hakkı ihtarının yapılması yükümlülüğünü ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönündedir.[504] Gerçekten, kendisine sözleşmeden dönme hakkı olduğu BGB § 355 Abs. 2'ye göre bildirilmemiş olan tüketici, girişimci tarafından yapılacak erken tarihli hizmet ifasını kanımızca daha çabuk onaylayacaktır. Böyle bir durumda,

[502] Ring, sh. 143 Ayrıca bkz., Lütcke, sh. 146: Yazar, girişimci tarafından hazırlanan bu tür bir koşulu içeren sipariş formunun, genel işlem şartlarının düzenlendiği hükümlerden biri olan BGB § 308 Nr. 5'e aykırı olacağını belirtmiştir.

[503] Micklitz/Tonner, sh. 162.

[504] Lütcke, sh. 147.

tüketicinin o hizmet sözleşmesiyle bağlı kalıp kalmayacağını düşünme hakkı ve imkanının elinden alınmış olacağı ortadadır.

İşte Hamburg Eyalet Mahkemesi bir kararında bu soruya cevap verecek nitelikte, "BGB § 312d Abs. 3 düzenlemesinin girişimcinin dönme hakkının ihtarı yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı" sonucuna varmıştır. Hamburg Eyalet Mahkemesi kararına göre, "*internet üzerinden anında ifası söz konusu olan bir hizmeti sunan davalı girişimcinin, internet sayfasında tüketicinin dönme hakkına ilişkin herhangi bir bildiride bulunmaması, BGB § 355 düzenlemesine aykırıdır*".[505]

Ancak, bu konuya ilişkin açıklığa kavuşturulması gereken bir başka nokta da, BGB § 312d Abs. 3'ün hükmünde "tüketicinin dönme hakkı hakkında bilgilendirilmesi"nin şart koşulmadığıdır.[506] Bir başka deyişle, BGB § 312d Abs. 3'e uygun olarak hizmetin ifasına erken başlanması durumunda dönme hakkı, BGB § 312c Abs. 2'de öngörülen bilgi verme yükümlülüğü ile BGB § 355'de öngörülen dönme hakkının ihtarı yükümlülüğünün yerine getirilmesinden bağımsız olarak sona erecektir.[507]

[505] LG Hamburg v.21.12.2001, CR 2001, sh. 476.

[506] Bamberger/Roth/*Schmidt-Räntsch*, sh. 1253 (§ 312d, Rdr. 21); Palandt/*Heinrichs*, sh. 503 (§ 312d, Rdr. 7a).

[507] Erman/*Saenger*, sh. 1208 (§ 312d, Rdr. 14).

B. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanıldığını Açıklayan İrade Beyanının Şekli

BGB § 355 Abs. 1 s. 2'ye göre, dönme hakkını açıklayan irade beyanının hiç bir sebebe dayandırılmak zorunda olmaksızın karşı tarafa, ya "metin şeklinde" ya da "malın gönderilmesi" suretiyle iletilmesi şarttır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, kanun koyucunun maddede "metin şekli"ne gönderme yapan ifadesinin dar yorumlanmaması gerekmektedir. Buna göre, "metin şekli" şartı ile ifade edilmek istenenin, Direktif terminolojisinde kullanılması tercih edilen "ulaşılabilir sürekli bir veri taşıyıcısı" kavramıyla aynı olduğu kabul edilmektedir.[508] Alman kanun koyucusunun Direktif terminolojisinden ayrılmasının nedeni, "bilginin bir kâğıda yazılarak gönderilmesi"nin de söz konusu şartın yerine getirilmesi için yeterli olduğunun, herhangi bir soru işaretine yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmasıdır.[509]

Bu konuda dikkate alınacak olan hüküm, yukarıda da açıklandığı üzere, "metin şekli"ni tanımlayan BGB § 126b düzenlemesidir.[510]

Önemli olan nokta, özellikle elektronik şekilde oluşturulan metnin sonradan değiştirilemeyeceğinin güvence altına alınmış olmasıdır. Buna göre, bilginin kaydedilmesi imkanını tanımayan bir elektronik veri taşıyıcısının kullanılması, BGB § 355 Abs. 1 s. 2'deki şartın yerine getirilmesinde yeterli olmayacaktır.[511]

---

[508] Micklitz/Tonner, sh. 234.

[509] Bu konuda FernAbsG tasarısına yöneltilen hükümet görüşü için bkz., BT-Drs. 14/2920, sh. 5.

[510] Bkz., yukarıda Bölüm II, §7, III, B.

[511] Micklitz/Tonner, sh. 234.

Malın geri gönderilmesi suretiyle dönme hakkının kullanılmasında ise, ayrıca "metin şekli" kullanılarak iletilecek bir irade beyanına ihtiyaç yoktur. Bu durumda, dönme hakkını kullanıldığını açıklayan irade beyanının, malın geri gönderilmesinin içinde açıkça var olduğu kabul edilmektedir.[512]

IV. Geri Verme Hakkı

A. Sözleşmeden Dönme Hakkının Yerine Geri Verme Hakkının Tanınabilmesinin Şartları

BGB § 356'da, "*BGB § 355'e göre üzerinde dönme hakkının kullanılabileceği bir satış broşürüne dayanılarak kurulan tüketici sözleşmelerinde, kanunda açıkça meşru kılınması halinde, söz konusu dönme hakkının yerini kısıtsız geri verme hakkının alabileceği*" hükme bağlanmıştır.

Buna göre, sözleşmeden dönme hakkının yerini geri verme hakkının alabilmesindeki ilk şart, söz konusu sözleşmenin kurulmasında bir satış broşürüne dayanılmış olmasıdır. Satış broşürü ile ifade edilmek istenen, girişimcinin mal ya da hizmet sunumunda kullanılmasını tercih ettiği her tür şekildir.[513] Bu anlamda dikkat edilmesi gereken konu, Kanun'un bu düzenlemesinin sadece katalog üzerinden yapılan satışlara mahsus olmadığıdır. Sözleşmenin örneğin, internet, telefax ve CD-

[512] Wilmer/Hahn, sh. 389.

[513] Borges, sh. 133; Härting/Schirmbacher, sh. 922; Ayrıca, "satış broşürü" kavramının geniş yorumlanması hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., Härting, Niko (1999), Internetrecht, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1999, sh. 80-82 (Rdr. 155-158).

Rom'daki mal sunumlarına dayanılarak akdedilmesi de, BGB § 356 anlamında yeterli olacaktır.[514]

İkinci şart, kanunun dönme hakkının yerine geri verme hakkının tanınmasını açıkça meşru kılmış olmasıdır. Bu bağlamda, mesafeli sözleşmelerde dönme hakkının düzenlendiği BGB § 312d Abs. 1 hükmü dikkate alınacaktır.[515] Yukarıda da açıklandığı üzere, bu maddede, sadece *mal sözleşmelerine* ilişkin olmak üzere tüketiciye dönme hakkının yerine geri verme hakkının tanınabileceği öngörülmüştür.

Üçüncü şart ise, geri verme hakkını tanımlayan "kısıtsız" ibaresinde kendisini göstermektedir. Bu ifadesi ile kanun koyucu, geri verme hakkının sözleşmede belirlenen şartlarının BGB § 355 ve BGB §§ 312b ff.'dekinden farklı olamayacağını vurgulamıştır. Sözleşmenin söz konusu hükümlerden daha başka şartları içermesi halinde, BGB § 356 anlamında bir geri verme hakkından bahsedilmesi ve sözleşmeden dönme hakkının böylece değiştirilmesi mümkün değildir.[516]

Buna ilaveten, dönme hakkının yerine geri verme hakkının tanınabilmesindeki diğer şartlar, BGB § 356 Abs. 1 s. 2'de belirlenmiştir. Buna göre, satış broşüründe geri verme hakkına ilişkin açık bir ihtarın yapılması, tüketicinin bu satış broşürünü girişimcinin yokluğunda ayrıntılı olarak değerlendirebilme imkanının olması ve söz konusu geri verme hakkının tüketiciye "metin şekli"nde tanınmış olması şarttır.

---

[514] Lütcke, sh. 160.

[515] Palandt/*Heinrichs*, sh. 566 (§§ 356, 357, Rdr. 3).

[516] Wilmer/Hahn, sh. 404.

B. Geri Verme Hakkının Kullanılması

BGB § 356 Abs. 2 s. 1'de, geri verme hakkının, malın teslim alınmasından önce işlemeye başlamayacak olan dönme hakkı süresi içinde; ancak, malın geri gönderilmesi ve malın paket olarak gönderiminin mümkün olmaması halinde, malın geri alınması isteğinin dile getirilmesi suretiyle kullanılabileceği öngörülmüştür.

Buna göre, geri verme hakkının kullanılmasında malın geri gönderiminin şart koşulduğu açıktır. Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkında olduğu gibi sadece "metin şekli"ni kullanarak karşı tarafa ileteceği ilgili irade beyanının ise, malın paket olarak gönderiminin mümkün olduğu hallerde, herhangi bir hükmü olmayacaktır. Bu durumda, söz konusu sözleşme geçerliliğini korumaya devam edecektir.[517]

Bir malın paket olarak gönderilip gönderilemeyeceğinde dikkate alınan kıstas, malın ağırlığıdır. Söz konusu malın 20 kilonun üstünde olması durumunda,[518] geri verme hakkının, "malın geri alınması isteği"ni açıklayan irade beyanının karşı tarafa iletilmesi yoluyla kullanılması mümkün olabilecektir.[519]

BGB § 356 Abs. 2 s. 2'de, geri verme hakkının kullanılmasında ayrıca BGB § 355 Abs. 1 s. 2 hükmünün de uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir.

---

[517] Palandt/*Heinrichs*, sh. 566 (§§ 356, 357, Rdr. 8); Ayrıca bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Bamberger/Roth/*Grothe*, sh. 1408 (§ 356, Rdr. 6); Ring, Gerhard (2002), Das Neue Schuldrecht, (Yayına Hazırlayanlar, Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring), Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2002, sh. 411-412 (*Ring*, "Der Verbraucherschutz").

[518] Micklitz/Tonner, sh. 251: Yazar, "Alman Posta İdaresi'nin, sadece 20 kiloya kadar olan paketleri sevkettiğini" belirtmiştir.

[519] Lütcke, sh. 162.

Yukarıda da açıklandığı üzere, dönme hakkı ile ilgili olan BGB § 355 Abs. 1 s. 2'ye göre, "*tüketici, dönme hakkını açıklayan irade beyanını, hiç bir sebeb göstermek zorunda olmaksızın ya metin şeklinde ya da .... iki hafta içinde girişimciye iletmekle yükümlüdür*".

Bu hüküm önemini özellikle malın paket olarak gönderilemeyeceği hallere mahsus olmak üzere gösterecektir. Şöyle ki, tüketicinin, geri verme hakkını böyle bir durumda kullanırken, karşı tarafa ileteceği irade beyanının, BGB § 355 Abs. 1 s. 2'ye göre metin şeklinde olması şarttır.[520]

Buna ilaveten, geri verme hakkının kullanılmasında, hakkın kullanılabileceği süre de, yine dönme hakkına ilişkin hükümler doğrultusunda belirlenecektir. Buna göre, yukarıda açıklanan BGB § 312d Abs. 2 (*sürenin işlemeye başlaması*) ve BGB § 355 Abs. 3 (*sürenin sona ermesi*) hükümlerinin burada da özellikle dikkate alınması yerinde olacaktır.[521]

V. Sözleşmeden Dönme Hakkı ile Geri Verme Hakkının Hukukî Hüküm ve Sonuçları

A. Genel Olarak

Sözleşmeden dönme hakkı ile geri verme hakkının hüküm ve sonuçları, BGB § 357'de düzenlenmiştir.

BGB § 357 Abs. 1 s. 1'e göre, bu iki hak üzerinde, aksi kararlatırılmış olmadıkça, Kanun'un "yasal sözleşmeden dönme" (*gesetzlicher Rücktritt*) hakkına

[520] Palandt/*Heinrichs*, sh. 566 (§§ 356, 357, Rdr. 9-10).

[521] Lütcke, sh. 163.

ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Kanun koyucu bu hüküm ile, BGB'nin sözleşmeden dönmeyi düzenleyen §§ 346 ff.'e gönderme yapmıştır. Buna göre, dönme ya da geri verme hakkının kullanılmasıyla taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi geriye etkili olarak çözülmeye başlayacak ve böylece tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri de ortadan kalkacaktır.[522]

Bu başlık altında söz konusu BGB hükümlerinin içeriklerinin kısaca belirlenmesi, ileride incelenecek olan konu başlıkları arasındaki bütünlüğün kolayca sağlanabilmesi açısından gereklidir.

Bu anlamda, ilk olarak, BGB § 357 Abs. 1 s. 2 ve 3'de, ifa amacıyla yapılan ödemelerin iadesi konusu ile BGB § 357 Abs. 2'de, teslim alınan malın geri gönderilmesi konusu düzenleme alanı bulmuştur. Buna göre, aşağıda incelenecek olan konulardan ilki, "tarafların sözleşmenin ifası amacıyla birbirlerine verdikleri şeylerin iadesi" dir.

İkinci olarak, BGB § 357 Abs. 3'de, tüketicinin malı kullanması sonucu malda meydana gelen kötüleşme ve tüketicinin malın değerini tazmin etme

---

[522] Rott (2001), sh. 261; Ayrıca bkz., Buz, sh. 123-126: Yazar, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının sözleşmenin geçerliliğine etkisi konusunda, bugün Alman Hukukunda kabul edilen görüşün, "dönüşüm teorisi" olduğu üzerinde durmuştur. Yazar, bu teoriyi şu şekilde açıklamıştır: "*dönme hakkının kullanılması ile birlikte taraflar arasındaki sözleşme, geçmişe etkili olarak sona ermeyip, içerik değiştirerek bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Dönme beyanı üzerine tarafların henüz yerine getirmedikleri asli edim yükümlülükleri sona erer. Bunun yerine iade yükümlülükleri geçer. Bu yükümlülükler, sözleşmenin içerik değiştirmesinden kaynaklandıkları için, sebepsiz zenginleşmeden doğan yükümlülükler değil, sözleşmesel iade yükümlülükleri söz konusudur....*"; Türk Hukukundaki farklı durum için ise bkz., aşağıda Bölüm III, §14, III.

sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu madde, zarar sorumluluğunun sınırlandığı BGB § 346 Abs. 3 hükmüyle birlikte, "zarar sorumluluğu" başlığı altında incelenecektir.

Üçüncü olarak, BGB § 346 Abs. 1'de, tüketicinin maldan elde ettiği yararları geri ödemesi öngörülmüştür. BGB § 347 Abs. 1'de ise, tüketicinin malın yararlarını elde etmeyi ihmal etmesi konusu düzenlenmiştir. Söz konusu bu iki hükmün, aşağıda "yararlardan sorumluluk" başlığı altında incelenmesi yerinde görülmüştür.

Dördüncü olarak, tüketicinin mala yönelik masraflarının düzenleme konusu yapıldığı BGB § 347 Abs. 2 hükmü, "harcamalardan sorumluluk" başlığı altında incelenecektir.

Son olarak ise, "diğer hakların kullanılmasını sınırlayan" BGB § 357 Abs. 4 hükmü üzerinde durulacaktır.

B. Tarafların Sözleşmenin İfası Amacıyla Birbirlerine Verdikleri Şeylerin İadesi

BGB § 357 Abs. 1 s. 2'ye göre, dönme ya da geri verme hakkının kullanılması halinde girişimcinin tüketicinin yapmış olduğu ödemeyi iade etmesi yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde, BGB § 286 Abs. 3 hükmü geçerli olacaktır.

BGB § 286 Abs. 3'de, ödeme talebinin muhatabı olan borçlunun temerrüde düşmesine ilişkin hükümler öngörülmüştür. Buna göre, borçlu, borcun muaccel olması tarihinden itibaren en geç 30 gün içinde temerrüde düşecektir.

Dönme ve geri alma hakkının kullanılmasında borcun muacceliyet tarihi ise, yine BGB § 357 hükmü dikkate alınarak belirlenecektir. BGB § 357 Abs. 1 s. 3'e

göre söz konusu 30 günlük süre, dönme ya da geri verme hakkının kullanıldığını açıklayan irade beyanının karşı tarafa varması ile işlemeye başlayacaktır.

Bu iki hükmün ışığı altında, "tüketicinin dönme ya da geri verme hakkını kullandığına dair irade beyanının girişimciye varmasından itibaren girişimcinin, en geç 30 gün içerisinde edim konusu olan parayı tüketiciye geri ödemekle yükümlü olduğu" sonucuna kolayca ulaşılabilmektedir.[523]

Hemen belirtilmelidir ki, söz konusu düzenleme Direktif ile uyum içindedir. Gerçekten, Direktif m. 6/2'de de, yukarıda açıklandığı üzere, edim konusu paranın girişimci tarafından mümkün olduğunca çabuk ve en geç 30 gün içerisinde tüketiciye geri ödenmesi düzenlenmiştir.[524]

Dönme ya da geri verme hakkının kullanılması sonucu *tüketicinin* yükümlülüğünün belirlenmesi konusunda ise, BGB § 357 Abs. 2 hükmünün dikkate alınması gerekmektedir.

BGB § 357 Abs. 2 s. 1'e göre, malın paket olarak gönderiminin mümkün olduğu her halde tüketici, malı geri göndermekle yükümlüdür.

Yukarıda da açıklandığı üzere, malın paket olarak gönderilip gönderilemeyeceğinin saptanmasında, Alman Posta İdaresi'nin 20 kilo sınırı belirleyici rol oynayacaktır. Paketin 20 kilo'dan ağır olması durumunda, tüketicinin "geri gönderme yükümlülüğü"nden değil, bunun yerine, bir "alma yükümlülüğü"nden bahsedilecektir.[525]

---

[523] Micklitz/Tonner, sh. 256.

[524] Micklitz/Tonner, sh. 256.

[525] Bamberger/Roth/*Grothe*, sh. 1410 (§ 357, Rdr. 3).

BGB § 357 Abs. 2 s. 2'de, "malın geri gönderilmesine dair masraflar" ile "tehlike sorumluluğu"nun girişimcinin üzerinde olduğu hükme bağlanmıştır.

Buna göre, malı girişimciye geri gönderen tüketici, ödediği posta ücretini girişimciden talep edebilecektir.

Girişimcinin geri gönderim masrafını karşılama yükümlülüğünün tek istisnası, BGB § 357 Abs. 2 s. 3'de düzenlenmiştir. BGB § 357 Abs. 2 s. 3'e göre, tüketiciye dönme hakkının tanınması durumunda, sipariş bedelinin 40 Euro'yu aşmaması şartıyla, malı olağan geri gönderme masrafı sözleşme uyarınca tüketiciye yüklenebilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, dönme hakkının yerini BGB § 356 uyarınca geri verme hakkının almış olması halinin, bu düzenlemenin dışında tutulmuş olmasıdır. Ayrıca, taraflar arasında konuya ilişkin sözleşme uyarınca gerçekleşecek bir uzlaşmanın sağlanmış olması da şarttır. Söz konusu uzlaşmanın, sözleşmede ilgili genel işlem şartlarına yer verilerek sağlanmış olmasına hiç bir engel yoktur.[526]

Ancak "aracılık kurulu"nun (*Vermittlungsausschuß*) da onayı ile mesafeli sözleşmelerde dönme ya da geri verme hakkının kullanılmasında "malın geri gönderilmesine ilişkin masraflar" konusunda, Kanun'da değişikliğe gidilmesi gündemde olan bir konudur. Bundan böyle, malın değerinin 40 Euro'yu aşması halinde dahi, o malın geri gönderim masrafı tüketiciye yüklenebilecektir.[527]

Alman Hukukunda yapılması düşünülen bu değişikliğin, Direktif ile uyumun sağlanmasına gölge düşürmeyeceği ve ayrıca, isabetli olacağı da belirtilmelidir. Böylece, girişimciye gereğinden fazla sorumluluk yüklenmesinin bir bakıma önüne

[526] Erman/*Saenger*, sh. 1343 (§ 357, Rdr. 9).

[527] Frankfurter Allgemeiner Zeitung v. 29.10.2004, "Rücksendekosten beim Kunden".

geçilebilecektir. Hatırlanacağı üzere, ilgili Direktif m. 6/2 düzenlemesinde de, dönme hakkının kullanılmasında tüketiciye yüklenebilecek tek yükümlülüğün, malın iadesi ile ilgili doğrudan masraflar olduğu hükme bağlanmıştır.

Malın girişimciye geri gönderilmesinde tehlike sorumluluğuna gelince, bu sorumluluğun girişimci üzerinde olması da, Direktif ile uyumun sağlanması açısından isabetli olmuştur. Bu konuya ilişkin Direktif'de her ne kadar doğrudan bir düzenlemeye gidilmemiş olsa da, "tüketicinin hakkın kullanılmasından doğan tek yükümlülüğünün malın geri gönderilme ücreti olduğunu" hükme bağlayan Direktif m. 6/2 düzenlemesi ile böyle bir sonuca ulaşılabilecektir.[528]

Son olarak, BGB § 357 Abs. 2 s. 3 hükmünün dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre, malın ayıplı olması halinde, malın geri gönderim ücreti her halde girişimcinin üzerindedir.

C. Zararlardan Sorumluluk

BGB § 357 Abs. 3 s. 1 hükmü ile, mesafeli sözleşmelerde bu konuda da, genel olarak sözleşmeden dönme hakkının düzenlendiği BGB § 346 Abs. 2 s. 1 Nr. 3'den ayrılınmıştır. Buna göre, "*yasal sözleşmeden dönme hakkına dayanarak sözleşmeyi çözen tarafın, sözleşme uyarınca elinde tuttuğu malı olağan yolda kullanmaya başlamış olmasından dolayı malın kötüleşmesi sonucu, herhangi bir*

[528] Rott (2001), sh. 265.

zarar giderim yükümlülüğü altına girmeyeceğine" ilişkin BGB § 346 hükmü, mesafeli sözleşmeler üzerinde uygulama alanı bulmayacaktır.[529]

BGB § 357 Abs. 3 s. 1'e göre, tüketicinin en geç sözleşmenin kuruluşuna kadar ilgili hukukî sonuç ve bu hukukî sonuçtan kurtulma imkanı hakkında "bir metin"le bilgilendirilmiş olması halinde, o, malın kullanılmaya başlanmasından dolayı malda meydana gelen değer eksilmesini tazminle sorumludur. Bu durumda, tüketicinin iki seçeneği vardır. O, ya maldaki değer eksilmesini ya da malın tüm değerini girişimciye tazmin etmek zorundadır.[530]

Tüketicinin söz konusu yükümlülüğünün unsurları Kanun'da, (1) sözleşme konusu malın olağan yolda kullanmaya başlanılması ve (2) tüketiciye ne tür bir sorumluluk altına gireceğinin "bir metin"le ihtarıyla onun söz konusu değer eksilmesinden ne şekilde kurtulabileceğinin somut olarak bildirimi olmak üzere belirlenmiştir.

---

[529] Bamberger/Roth/*Grothe*, sh. 1410 (§ 357, Rdr. 7); Ayrıca bkz., Micklitz/Tonner, sh. 259: Yazar, BGB § 346 Abs. 2 Nr. 3 hükmünün mesafeli sözleşmeler üzerinde uygulama alanı bulması halinin, kullanılan malların "yeni" olarak tekrar satıma sunulmalarının mümkün olmaması nedeniyle, eleştirildiğini belirtmiştir; Kanun koyucunun aynı yöndeki SchuldRModG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/6040, sh. 199; Ayrıca bkz., Artz, sh. 393; Fischer, Nikolaj, "Das Verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Schuldrechtsreform", DB 2002, sh. 256: Yazar, SchuldRMoG'nin yürürlüğe girmesinden önceki BGB § 361a uygulamasını ayrıntılı bir şekilde açıklamış ve riski tek taraflı sadece girişimci üzerine yükleyen bu hükmün, öğretide eleştiriye uğradığını belirtmiştir. İşte, yazara göre, yürürlüğe giren yeni düzenleme taraf çıkarlarını eşitler niteliktedir; Karşıt görüş için bkz., Gilles/Fischer, "Kurzkommentar, OLG Dresden, Urt. v. 23.08.2001-8 U 1535/01", EWiR 2001, sh. 1145-1146.

[530] Micklitz/Tonner, sh. 259.

Bu anlamda ilk olarak dikkat edilmesi gereken konu, tüketicinin malı muayene etmekten öte, olağan yolda kullanmaya başlamış olmasının, onun, maldaki zarardan sorumlu olması için şart koşulmuş olmasıdır. Gerçekten, BGB § 357 Abs. 3 s. 2'ye göre de, maldaki zararın tüketicinin malı muayenesinden kaynaklanmış olduğu hallerde, tüketiciye herhangi bir tazmin sorumluluğu yüklenmesi söz konusu değildir.[531]

Malın sadece muayene amacıyla kullanıldığının saptanmasında gözönüne alınması gereken kıstas, kanun koyucu tarafından iki örnekle açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre, bir mesafeli sözleşmeyle satın alınan bir kamyonun özel bir alanda test sürüşü ile internet üzerinden siparişi verilen bir kitabın sayfalarının kıvrılmadan dikkatli bir şekilde karıştırılması, malın olağan yolda kullanılmaya başlandığının kabulü açısından yetersiz kalacaktır.[532]

İkinci olarak dikkat edilmesi gereken konu ise, ilgili hukukî sorumluluğun "bir metin"le ihtarı şartıdır. Böylece, tüketicinin, ona yüklenen zarar sorumluluğu hakkında bilgisizliği engellenmeye çalışılmıştır.[533] İlgili hukukî sorumluluğun Kanun'da öngörülen şekilde tüketiciye "bir metin"le ihtar edilmemesi hali, girişimcinin sözleşmeye aykırı hareketi olarak değerlendirilmiş ve bu nedenle, zaradan sorumluluğun girişimci üzerinde kalacağı hükme bağlanmıştır.[534]

---

[531] Bu konuda SchuldRModG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/6040, sh. 200.

[532] Bamberger/Roth/*Grothe*, sh. 1411 (§ 357, Rdr. 9).

[533] Bamberger/Roth/*Grothe*, sh. 1411 (§ 357, Rdr. 9).

[534] Bu konuda SchuldRModG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/6040, sh. 200.

Buna ilaveten, söz konusu "bir metin"le ihtarın "açık" olması şarttır. Dolayısıyla girişimcinin genel işlem şartları arasında böyle bir ihtara yer vermesi yetersiz bulunmuştur.[535]

BGB § 357 Abs. 3 s. 1 hükmü ile ilgili olarak, son olarak üzerinde durulması gereken konu, bu hükmün Direktif ile olan uyumudur.[536] Yukarıda da açıklandığı üzere, Direktif'de zarar sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye gidilmemiş ve böylece, konu tamamen üye devletlerin takdirine bırakılmıştır. Bu anlamda hatırlanacağı üzere, Direktif'in "tüketicinin dönme hakkının kullanılmasından doğan tek yükümlülüğünün, ancak malın geri gönderilmesine ilişkin posta ücreti olabileceği" yönündeki hükmü ile Direktif'de "dönme hakkının kullanılmasına kadar geçen süre içerisinde malın kullanılmasına getirilmiş bir sınırlamanın bulunmaması" birbirinden farklı konuları teşkil etmektedir. Bu yönde, Direktif'de sorumluluk hukukuna ilişkin öngörülmüş bir madde hükmüne yer verilmediği ortadadır.[537]

BGB § 346 Abs. 2 s. 1 Nr. 2'de ayrıca, tüketicinin malı tüketmiş, üçüncü bir kişiye geçirmiş, bozmuş ya da niteliğini değiştirmiş olmasından dolayı doğacak sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre tüketici, yine malın değerini tazmin yükümlüğü altındadır.

---

[535] Rott, Peter (VuR 2001), "Widerruf und Rückabwicklung nach der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie und dem Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes", VuR 2001, sh. 85.

[536] Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Rott (VuR 2001), sh. 85-86; Fischer, Nikolaj (K&R 2004), "Richtlinienwidrigkeit des § 357 Abs. 3 BGB bei Fernabsatzverträgen?", K&R 2004, sh. 223-230.

[537] Bamberger/Roth/*Grothe*, sh. 1411 (§ 357, Rdr. 10); Ayrıca bkz., yukarıda Bölüm I, §4, D, 3; Karşıt görüş için ise bkz., Brüggemeier/Reich, "Europäisierung des BGB durch große Schuldrechtsreform", BB 2001, sh. 218-219.

Tüketiciye yüklenen zarar sorumluluğunun sona ermesi, BGB § 346 Abs. 3 s. 1 Nr. 1 ve 2'deki şartların gerçekleşmiş olması halinde mümkün olabilecektir. Buna göre, sözleşme konusunun değiştirilmesi veya işlenmesi sırasında ortaya çıkan ayıba dayanarak sözleşmeden dönme halinde, tüketicinin zarar sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

Tüketicinin söz konusu sorumluluğunu ortadan kaldıran BGB § 346 Abs. 3 s. 1 Nr. 3 hükmü ise, mesafeli sözleşmeler üzerinde BGB § 357 Abs. 3 s. 3'e göre uygulama alanı bulmayacaktır.[538]

D. Yararlardan Sorumluluk

BGB § 346 Abs. 1 s. 1'e göre, genel anlamda sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde maldan elde edilen "yararlar"ın iadesi şarttır. Buna göre, mesafeli sözleşmelerde dönme ya da geri verme hakkını kullanan tüketici, maldan elde ettiği tüm yararları girişimciye geri vermek ya da bir başka deyişle, bunların değerini tazmin etmekle[539] yükümlüdür.

Bu anlamda, ilk olarak, "yarar" kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

"Yarar" kavramının tanımlandığı BGB § 100 hükmüne göre, "teslim alınan malın tabii semereleri ile hukukî semereleri yanında, söz konusu malı olağan yolda kullanmanın karşılıkları (*Gebrauchsvorteile*)" da bu kavramın içinde yer alır.[540]

---

[538] Bu konuda SchuldRModG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/6040, sh. 200.

[539] Bamberger/Roth/*Grothe*, sh. 1389 (§ 346, Rdr. 11).

[540] Bu konuda ayrıca bkz., Serozan, sh. 595-596.

Ancak, uygulamada tartışmaya yol açabilecek ve dolayısıyla, ikinci ve son olarak üzerinde durulması gereken bir başka nokta, "tüketicinin maldan elde etmeyi ihmal ettiği yararlar" konusunda kendisini göstermektedir. BGB § 347 Abs. 1'e göre, malın yararlarının elde edilmesi mümkün olmasına rağmen, söz konusu yararların olağan kullanımına aykırı olarak elde edilmemesi halinde, tüketici değerin tazmini yükümlülüğü altındadır.[541]

BGB § 347 Abs. 1'de sözü geçen "olağan kullanım"ın, Kanun'da yapılmış bir tanımına rastlanmamakla birlikte, öğretide, bu kavram ile ifade edilmek istenenin sadece, "tüketicinin, malı, kendi yararına ekonomik olarak en iyi şekilde kullanmasındaki başarısızlığı" olduğu belirtilmiştir. Buna göre, sözleşmeden dönme hakkını kullanan tüketicinin bu başarısızlığının girişimciye yüklenmesinin kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.[542]

E. Masraflardan Sorumluluk

BGB § 347 Abs. 2 s. 1'de, bir malın varlığını ve kullanılabilirliğini korumak amacıyla o mal üzerinde yapılan zorunlu masraflardan[543] girişimcinin sorumlu olacağı öngörülmüştür.

---

[541] Wilmer/Hahn, sh. 415.

[542] Bamberger/Roth/*Grothe*, sh. 1397 (§ 347, Rdr. 2); MünchKomm/*Gaier* 2003 (bd. 2a), sh. 2243 (§ 347, Rdr. 6-7); Ayrıca daha ayrıntılı bilgi için bkz., Kaiser, Dagmar, "Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform", JZ 2001, sh. 1067.

[543] Bu yönde, "zaruri masraf" kavramının tanımı için bkz., Wilmer/Hahn, sh. 415; Gaier, Reinhard, "Das Rücktritts(folgen)recht nach dem Schuldmodernisierungsgesetz", WM 2002, sh. 7.

Ancak BGB § 347 hükmünün mesafeli sözleşmeler üzerinde uygulama alanı bulacağı haller, özellikle tüketicinin dönme ya da geri verme hakkı hakkında zamanında bilgilendirilmiş olması halinde, o, 2 hafta gibi kısa bir süre içerisinde hakkı kullanmakla yükümlü olduğundan kısıtlıdır. Buna ilaveten, BGB §§ 312b ff.'e göre, kısa ömürlü malların mesafeli sözleşmeleri düzenleyen hükümlerin kapsamı dışında bırakıldığı da unutulmamalıdır.[544]

Mala zorunlu masraflar dışında yapılan diğer tüm masraflardan ise,[545] BGB § 347 Abs. 2 s. 2'ye göre, *yapılan söz konusu masraflar sonucu girişimcinin zenginleşmesi halinde*, yine girişimci sorumlu olacaktır. Ayrıca yapılan bu masrafların girişimci için herhangi bir yararı olmaması halinde dahi, "zorunlu zenginleşme" (*aufgedrängte Bereicherung*) hükümlerine göre tazmini gerekmektedir.[546]

Ancak, BGB § 347 Abs. 2'de düzenlenen, girişimcinin söz konusu sorumluluk hali, tüketicinin dönme ya da geri verme hakkını kullandığı ana kadar yaptığı masraflar üzerinde geçerli olacaktır. Tüketicinin örneğin, dönme hakkını kullandığını karşı tarafa bildirmesi ve malı geri göndermesine kadar geçen süre içinde yaptığı girişimcinin zenginleşmesini sağlayan masraflar ise, tüketicinin üzerinde kalacaktır (BGB §§ 292, 994 Abs. 2).[547]

---

[544] Wilmer/Hahn, sh. 415-416.

[545] Gaier, sh. 7; Ayrıca bkz., Serozan, sh. 599: Yazar, mala yapılan diğer masrafları, "yararlı" ve "gereksiz" masraflar olmak üzere ikiye ayırarak incelemiştir.

[546] Gaier, sh. 7; Erman/*Bezzenberger*, sh. 1328 (§ 347, Rdr. 4).

[547] Gaier, sh. 7.

F. Diğer Sorumluluk Hallerinin Yokluğu

BGB § 357 Abs. 4'de, diğer sorumluluk hallerinin varlığının, mesafeli sözleşmelerde sözleşmeden dönme ve geri verme hakkının kullanılmasında kabul edilmediği düzenlenmiştir.

Kanun koyucunun bu düzenlemesi ile edindiği amaç, mesafeli sözleşmelerde dönme ya da geri verme hakkının kullanılmasına kadar geçen süre içerisinde tüketiciye, yukarıda sayılan sorumluluk halleri dışında, başkaca bir tazminat borcu yüklenmesinin engellenmesi yönündedir. Buna göre, tüketicinin BGB §§ 280 ff. anlamında doğacak bir tazminat sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.[548]

Ancak, bu anlamda dikkat edilmesi gereken nokta, ilk olarak, BGB § 357 Abs. 4 düzenlemesinin, sadece dönme ya da geri verme hakkının kullanılmasına kadar geçen süre dilimini kapsamasıdır.

Özellikle dönme ya da geri verme hakkının kullanılması ile sözleşme ilişkisinin aslında ortadan kalkmadığı, bu ilişkinin sadece ters yönlü çözülme ilişkisine dönüştüğü kabul edildiğinde,[549] temerrüd hükümleri kanımızca sözleşmenin ifası amacıyla verilen şeylerin iadesinde de etkili olacaktır.

Bu anlamda, sözleşmeden dönme hakkının genel olarak hüküm ve sonuçlarını düzenleyen BGB § 346 Abs. 4 hükmünün gözden kaçırılmaması gerektiği ve bu hükmün uygulamasının, mesafeli sözleşmelerde dönme ve geri verme hakkı

---

[548] Bamberger/Roth/*Möller/Wendehorst*, sh. 1412 (§ 358, Rdr. 14).

[549] Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının, sözleşmenin geçerliliğine etkisi konusunda Alman Hukukunda benimsenmiş olan "dönüşüm teorisi" için bkz., yukarıda dpn., 522; Ayrıca bkz., Serozan, sh. 601.

bakımından da ortadan kalkmayacağı belirtilmelidir.[550] BGB § 346 Abs. 4'de, ifa amacıyla kendisine verilen şeyi iade etmeyen taraf açısından BGB §§ 280 ff.'e göre tazminat sorumluluğu öngörülmüştür.

Sonuç olarak, BGB § 357 Abs. 2'ye göre dönme ya da geri verme hakkının kullanılmasından sonra malı geri gönderme yükümlülüğü altında olan tüketicinin, bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, tazminat sorumluluğunun doğması asıldır. Kanun koyucu, BGB § 357 Abs. 4 düzenlemesi ile hakkın kullanılmasından sonra doğacak tüketicinin bu ve buna benzer tazminat sorumluluğu hallerini kısıtlamamıştır.

İkinci ve son olarak, sözleşmeden dönme ve geri verme hakkının kullanılmasına kadar geçen süre içerisinde, tarafların sözleşme, culpa in controhendo ve haksız fiilden doğan sorumluluklarının devam edeceği de belirtilmelidir.[551]

VI. Sözleşmeden Dönme ya da Geri Verme Hakkının Kullanılmasının "Ödünç Sözleşmeleri" Üzerindeki Etkisi

Direktif m. 6/4 hükmü dikkate alınarak Alman Hukukunda düzenlemesini bulan BGB § 358'de, tarafların dönme ya da geri verme hakkının kullanılması sonucu sona erecek sözleşme ilişkisi ile bağlı olan tüm ödünç sözleşmeleriyle de artık bağlı olmayacakları öngörülmüştür.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, BGB § 358'in söz konusu hukukî sonucu, sadece asıl sözleşme ile bağlı sözleşmeler açısından düzenlemiş olmasıdır.

[550] Bamberger/Roth/*Möller/Wendehorst*, sh. 1412 (§ 358, Rdr. 14).

[551] Palandt/*Heinrichs*, sh. 568 (§§ 357, 358, Rdr. 16).

Bu anlamda, "bağlı sözleşmeler" (*verbundene Verträge*) kavramını tanımlayan BGB § 358 Abs. 3'ün gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

BGB § 358 Abs. 3'e göre, bir mal ya da hizmet sözleşmesi ile bir tüketici ödünç sözleşmesi arasındaki bağdan, ancak sağlanan kredinin tamamen ya da kısmen o sözleşmenin finansmanına hizmet etmesi ve her iki sözleşmenin de böylece bir ekonomik bütünlük sergilemesi halinde bahsedilebilecektir. Bu anlamda satın alım fiyatının yalnızca bir kısmının finansmanı, BGB § 358'in hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için yeterli görülmüştür.[552]

"Ekonomik bütünlük" unsuru konusunda problem teşkil eden nokta, mal ya da hizmet sözleşmesinin üçüncü bir kişi tarafından finanse edilmesine ilişkindir.

Tüketici sözleşmesinin girişimci tarafından finanse edilmesi durumunda ise, söz konusu tüketici sözleşmesi ile tüketicinin girişimciyle olan kredi sözleşmesinden doğan ilişkisi arasında, söz konusu ekonomik bütünlüğün olduğu kabul edilmektedir.[553]

Üçüncü kişinin genelde tüketici için finansman sağlayan bir kredi kurumu olduğundan hareket edilerek,[554] ekonomik bütünlük unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin takdirinin her olayın somut özellikleri dikkate alınarak değerlendirilebileceği üzerinde durulmuştur.[555] Bu durumda özellikle belirleyici olan kıstas, söz konusu her iki sözleşmenin kurulması halinin de, birbirlerinin varlığı

[552] Wilmer/Hahn, sh. 439.

[553] Wilmer/Hahn, sh. 441: Yazar, ayrıca, "ekonomik bütünlük" kavramının eski VerbrKrG § 9 Abs. 2'ye dayandığını belirtmiştir.

[554] Wilmer/Hahn, sh. 440.

[555] Bülow, Peter (2001), Verbraucherkreditgesetz, 4. Aufl., Stuttgart, Deutscher Sparkassen Verlag, 2001, sh. 333.

şartına bağlanmış olmasıdır. Örneğin, ödünç sözleşmesi olmaksızın söz konusu mesafeli sözleşmenin de kurulmuş olamayacağı sonucuna varılması halinde, ekonomik bütünlük unsurunun gerçekleştiği kabul edilmiştir.[556]

Sonuç olarak, mesafeli sözleşmeden dönme ya da geri verme hakkının kullanılmasıyla taraflar arasındaki bağlı kredi sözleşmesi de kendiliğinden sona erecek[557] ve sona eren bu hukukî ilişkisi üzerinde BGB § 358 Abs. 4'e göre yine BGB § 357 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

BGB § 358 Abs. 4 s. 2'de, girişimcinin, dönme ya da geri verme hakkının kullanılması nedeniyle tüketiciden faiz ve diğer masraf ödemelerini talep etmesi engellenmiştir. Ancak bu düzenleme, tüketicinin söz konusu bağlı sözleşmeye aykırı hareketinden ya da temerrüde düşmesinden kaynaklanan borçlarına halel getirmeyecektir.[558]

[556] Bülow (2001), sh. 332; Roth/Schulze, sh. 929.

[557] Ayrıca, BGB § 358 Abs.2'de, tüketicinin BGB §§ 495, 355'e göre *ilk olarak* bağlı kredi sözleşmesinden dönme hakkı düzenlenmiştir. Bu durumda, söz konusu kredi sözleşmesiyle bağlı mesafeli sözleşme de kendiliğinden sona erecektir (Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Wilmer/Hahn, sh. 438-439).

[558] Wilmer/Hahn, sh. 442.

§ 9. Mesafeli Sözleşmenin İfası

I. Genel Olarak

Alman Hukukunda, iç hukuk kurallarının Direktif'in 7. maddesi ile uyumlaştırılma çabası adı altında, mesafeli sözleşmelerde ifa yükümlülüğünü öngören ayrı bir düzenlemeye gidilmesi gereksiz görülmüştür. Buna göre, Direktif m. 7'de düzenlemesini bulan "sözleşmenin ifası zamanı", "mal ya da hizmetin mevcut olmamasından kaynaklanan imkansızlık hali" ve "sipariş edilenden başka bir mal ya da hizmetle ifa" konularında mesafeli sözleşmeler üzerinde Alman Hukukunun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

İşte, aşağıda söz konusu hallere ilişkin BGB'nin genel hükümleri incelenmiş ve ayrıca, bu hükümler ile Direktif m. 7'nin uyumu konusu irdelenmiştir.

II. Girişimcinin Edimini İfası Zamanı

Direktif m. 7/1'i iç hukukuna aktarma gereği duymayan Alman kanun koyucusu, bu konuda Borçlar Hukuku genel hükümlerinden BGB § 271 Abs. 1'in mesafeli sözleşmeler üzerinde de uygulama alanı bulmasını tercih etmiştir.[559] Buna göre, Direktif m. 7/1'de öngörülen "girişimcinin siparişin iletildiği tarihten itibaren, taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, en geç 30 gün içindeki ifa yükümlülüğü", yukarıda da açıklandığı üzere Alman Hukukunda düzenlemesini bulmamıştır.

[559] Ring, sh. 29.

Buna ilaveten, tüketicinin girişimci tarafından belirsiz ve uzun bir süre bekletilmesinin önüne geçilebilmesi için, BGB'nin genel işlem şartlarını düzenleyen hükümlerinden BGB § 308 Abs. 1'e de ayrıca gönderme yapılmıştır.[560] Bu anlamda varılacak olan sonuç, Alman Hukukunun söz konusu ilgili BGB §§ 271, 308 hükümlerinin Direktif'in amacını karşılamaya yettiği yönündedir.

Şöyle ki, BGB § 271 Abs. 1 düzenlemesinin incelenmesi gerekirse, bu hükme göre, "*belirli vade olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı taktirde borcun hemen ifası talep edilebilir...* ".

Yukarıda da açıklandığı üzere, Direktif m. 7/1'de öngörülen 30 günlük ifa süresi emredici nitelikte değildir. Nitekim, Alman öğretisinde tersi bir düzenlemenin sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olacağı üzerinde durulmuştur.[561] Bu açıdan değerlendirildiğinde, BGB § 271 Abs. 1 hükmü ile getirilen düzenleme, tüketicinin girişimci tarafından belirsiz ya da uzun bir süre bekletilmesinin engellenebilmesi bakımından, aslında Direktif m. 7/1'den farklı değildir. Kanımızca, Alman Hukukunda mesafeli sözleşmeler alanında ifa zamanı ile ilgili ayrı bir düzenlemeye gidilmeyerek mükerrer bir düzenlemenin önüne geçilmiştir.

Alman Hukukunda tüketici aleyhine olarak değerlendirilebilecek tek nokta, 30 günlük bir üst süre sınırına gidilmemiş olmasıdır. Ancak bu konuda da, BGB § 308 Abs. 1 hükmünün uygulama alanı bulmasıyla, sürenin uzatılması sonucu tüketici aleyhine getirilebilecek olan düzenlemelerin önüne geçilmiştir. BGB § 308 Abs. 1'e

[560] Ring, sh. 29.

[561] Pützhoven, sh. 160.

göre, ifa süresinin tüketici aleyhine düzeltilmesine ilişkin genel işlem şartları geçersizdir.[562]

III. Mal ya da Hizmetin Mevcut Olmamasından Dolayı Girişimcinin Edimini İfa Edememesi

Direktif m. 7/2'nin iç hukuka aktarılmamış olması nedeniyle bu konuda Alman Hukukunda dikkate alınması gereken ilgili hükümlerin, BGB §§ 323 Abs. 1, 3; 812 ff. düzenlemeleri olduğu belirtilmiştir.[563]

Ancak, imkansızlık halinde mesafeli sözleşmeler üzerinde uygulanması öngörülen bu hükümlerde, Direktif m. 7/2'de öngörülenin aksine, ne "tüketicinin girişimci tarafından ifanın yerine getirilememesi konusunda derhal bilgilendirilmesi" ne de "tüketici tarafından önceden ödenen bedelin en geç 30 gün içinde ona iadesi" konuları düzenleme alanı bulmuştur.

BGB § 323'ün konusunu özetle, "temerrüd nedeniyle sözleşmeden dönme" oluşturmakla birlikte, BGB §§ 812 ff.'in konusu, "haksız zenginleşme"dir.

Kanun koyucunun BGB §§ 320 ff.'i düzenlerken hareket ettiği nokta, alacaklının muacceliyet tarihinde gerçekleşmemiş olan ifayı *kendiliğinden* sözleşmenin ihlali olarak değerlendirebileceği yönündedir.[564] Gerçekten, ifaya konu malın sözleşmede ya da Kanun'da öngörülen zamanda teslim edilmemesi halinde,

---

[562] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi içi bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 18.

[563] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 18; Pützhoven, sh. 160; Ring, sh. 31.

[564] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 19.

girişimcinin sözleşmeye aykırı hareketi ortadadır.[565] İşte, bu nedenle Direktif m. 7/2'deki "ifanın yerine getirilemeyeceğinin derhal tüketiciye bildirilmesi" şartını iç hukuka aktarma gereğini duymayan Alman kanun koyucusunun bu tavrı acaba ne derece kabul edilebilecektir?

Bu anlamda, Direktif m. 7/2'nin metnini dikkate alan görüşe göre, Direktif'de açıkça tüketicinin ifanın yerine getirilemeyeceği konusunda girişimci tarafından bilgilendirilmesi şart koşulmuştur. Buna göre, tüketicinin muacceliyet tarihi geçtiği için kendiliğinden söz konusu sonuca varmasının, mesafeli sözleşmelerde Direktif'in amacını karşılamaya yetmeyeceğini ileri sürmek yerinde olacaktır.[566] Kanımızca, mesafeli sözleşmelerde örneğin, internet üzerinden siparişini verdiği bir malın girişimcinin stoğunda bulunup bulunmadığını gerçekçi bir şekilde değerlendirme imkanına sahip olmayan tüketicinin, girişimci tarafından bu konuda kendisine gönderilecek bir cevap arayışı içinde olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

Ancak, girişimcinin "mal ya da hizmetin mevcut olmaması halinde, ön bilgi verme yükümlülüğünü ifası sırasında, sözleşmeden dönme hakkını saklı tutması" haline ilişkin olmak üzere farklı yönde bir değerlendirmeye gidilebilecektir.[567] Bu yönde dikkate alınması gereken hüküm, genel işlem şartlarının düzenlendiği hükümlerden BGB § 308 Nr. 3 ve Nr. 8'dir.[568]

Kısaca açıklanması gerekirse, BGB § 308 Nr. 3'de, sözleşmenin tek tarafının, nesnel haklı nedenlerin varlığı halinde, sözleşmeden dönme hakkını saklı tutabileceği düzenlenmiştir. Bu madde ile, BGB § 346 Abs. 1'de belirlenen "sözleşmeden dönme

---

[565] Bu konuda FernAbsG tasarı gereçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 19.

[566] Alman Hukuku düzenlemesinin eleştirisi için bkz., Pützhoven, sh. 162-163.

[567] Bu konudaki düzenleme için bkz., yukarıda Bölüm II, §7, III, B, 1.

[568] Pützhoven, sh. 163.

hakkı"nın sınırı çizilmiştir.[569] Buna göre, sözleşme tarafının, ancak maddî haklı sebeblerin varlığı halinde sözleşmeden dönme hakkını saklı tutabileceği sonucuna varılmıştır. Böyle bir sebebin yokluğu halinde ise, sözleşmede beliren söz konusu kayıt geçerli olmayacaktır.[570]

Nesnel haklı sebeblerin neler olduğunun tespitinde bir çok kıstasa yer verilmiş olmakla birlikte, tezin konusu açısından asıl öneme sahip olan kıstas, ifa engellerine ilişkin olandır.[571]

BGB § 308 Nr. 8 hükmü, 30.06.2000 tarihinde Alman Hukukunda mesafeli sözleşmeler alanında yapılan yeniliklerin bir sonucu olarak genel işlem şartlarının düzenlendiği hükümlere eklenmiştir.[572] BGB § 308 Nr. 8'de, BGB § 308 Nr. 3'e göre saklı tutulması geçerli olan sözleşmeden dönme kaydının, ancak iki şartın gerçekleşmesi halinde etkili olabileceği öngörülmüştür. İlk şart, "ifa konusunun elde mevcut olmadığı hakkında tüketicinin gecikmeden bilgilendirilmesi yükümlülüğü"ne; ikinci şart, "tüketici tarafından önceden yapılan ödemelerin, girişimci tarafından gecikmeden tüketiciye iadesi"ne ilişkindir.[573] Bu iki şartın yerine getirilmemesi halinde, girişimci tarafından sözleşmeye konan sözleşmeden dönme kaydı geçersiz olacaktır.[574]

---

[569] Bamberger/Roth/*Becker*, sh. 1074 (§ 308 Nr. 3, Rdr. 1).

[570] Erman/*Roloff*, sh. 1054 (§ 308, Rdr. 18).

[571] Bamberger/Roth/*Becker*, sh. 1078 (§ 308 Nr. 3, Rdr. 23).

[572] Erman/*Roloff*, sh. 1067 (§ 309, Rdr. 69); Ayrıca bu hükme duyulan ihtiyaç hakkında FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 19.

[573] Ring, sh. 32.

[574] Erman/*Roloff*, sh. 1067, (§ 309, Rdr. 69).

İşte, BGB § 308 Nr. 3 ve Nr. 8 hükümleri dikkate alındığında kanımızca varılacak sonuç, Alman Hukuku düzenlemesinin Direktif m. 7/2'nin amacını gerçekleştirmeye yettiği yönündedir.

IV. Mal ya da Hizmetin Mevcut Olmaması Halinde Başka Bir Mal ya da Hizmetin Tüketiciye İfası

Yukarıda da açıklandığı üzere, Direktif m. 7/3'de, malın ya da hizmetin mevcut olmaması nedeniyle ifa yükümlülüğünü yerine getiremeyen girişimciye, üye devletlerce, kalite ve bedel bakımından farklı olmamak kaydıyla sipariş edilenden başka bir mal ya da hizmeti ifa imkanının tanınabileceği düzenlenmiştir. Ancak, unutulmaması gereken husus, kurulan sözleşmede taraflarca bu konuda önceden fikir birliğine varılmış olmasının ya da tüketicinin girişimci tarafından sözleşme öncesi bilgilendirilmiş olmasının üye devletlerce konuya ilişkin getirilecek düzenlemelerde öngörülmesinin Direktif tarafından ayrıca şart koşulmuş olduğudur.

Alman Hukukunda bu konuya ilişkin bir düzenlemeye, yukarıda da açıklandığı üzere, InfoVO § 1 Abs. 1'de yer verilmiş olmakla birlikte,[575] asıl BGB § 308 Nr. 4 hükmüne gönderme yapılmıştır.[576] BGB § 308 Nr. 4'e göre, sözleşme ile kararlaştırılan ifa yükümlülüğünün sonradan değiştirilmesinin saklı tutulması kural olarak caiz değildir. Bu hükümden hareketle Alman kanun koyucusu, tüketicinin

[575] Bu konudaki düzenleme için bkz., yukarıda Bölüm II, §7, III, B, 1.

[576] Ring, sh. 33.

girişimci tarafından gerçekleştirilecek tek taraflı ifa konusu değişikliklerine karşı yeterli derecede korunduğu görüşünü benimsemiştir.[577]

İfa konusunun, söz konusu imkansızlık halinde, aynı nitelik ve bedelde bir başka mal ya da hizmetle değiştirilmesinin taraflarca kararlaştırılmış olması hali ise, sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.[578]

Bu konuda Direktif m. 7/3 doğrultusunda Alman Hukukunda eleştirilebilecek tek nokta, aynı nitelikteki başka bir mal ya da hizmeti alan tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması haline ilişkindir. Direktif'de böyle bir durumda malın girişimciye geri gönderilmesine ilişkin masrafların girişimci üzerinde olacağı öngörülmüşken, Alman Hukukunda bu yönde özel bir düzenlemeye gidilmediğinden, yukarıda da açıklandığı üzere, geri gönderim masrafı tüketici üzerinde kalacaktır.

§ 10. Mesafeli Sözleşmelerde Kartla Ödeme

I. Genel Olarak

Hatırlanacağı üzere bu konu AT Hukukundaki düzenlemesini Direktif m. 8'de bulmuştur. Direktif'in bu düzenlemesi ile, yukarıda da açıklandığı üzere, ödeme kartının haksız kullanımının engellenebilmesi amacı ile üye devletlerden, bu maddede tüketiciye tanınması öngörülen iki hakkın da gözden kaçırılmayarak, gerekli tedbirleri almaları istenmiştir.

---

[577] Pützhoven, sh. 163; Karşıt görüş için bkz., Micklitz/Reich (BB 1999), "Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie", BB 1999, sh. 2094.

[578] Ring, sh. 33.

Alman kanun koyucusu gerekli önlemleri almak konusundaki tavrını, Alman Hukukunun özellikle sözleşme hukukuna ilişkin ilgili genel hükümlerini dikkate alarak belirlemiştir. Bu anlamda, kart sahibinin gerektiği gibi korunmasını sağlayan düzenlemelerin Alman Hukukundaki varlığına işaret eden kanun koyucu, çalışmalarını yalnızca sınırlı bir uyumlaştırma hareketine ihtiyaç duyulduğu yönünde gerçekleştirmiştir.[579]

Ancak, kanun koyucu tarafından konuya ilişkin getirilen aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklanacak olan bu yöndeki yeni düzenleme, sadece mesafeli sözleşmeleri kapsamamaktadır. Kanun koyucu bu konuda, tüketiciyi koruyucu genel bir düzenlemeye gitmeyi tercih etmiştir.[580]

İşte, BGB § 676h hükmü, ilgili iç hukuk kuralları ile Direktif m. 8 arasındaki uyumun tam olarak sağlanabilmesi için düzenlenmiştir.[581] Buna göre, kartı düzenleyen,[582] ancak kartın üçüncü bir kişi tarafından haksız kullanımının söz konusu olmaması şartıyla, o kartın ve kart-bilgilerinin kullanılmasından doğan kullanma tazminatını talep etme hakkına sahiptir.

---

[579] Lorenz, sh. 843.

[580] MünchKomm/*Casper* (2005), sh. 2761 (§ 676h, Rdr. 2); Ring, sh. 217; Wilmer/Hahn, sh. 505.

[581] Erman/*Graf von Westphalen*, sh. 2649 (§ 676h).

[582] BGB § 676h s. 2'de kanun koyucu, "kartı düzenleyen" kavramını kullanmıştır. Böylece, BGB § 676h hükmünün sadece kredi kurumları (BGB § 675a Abs. 2 ve Abs. 3) üzerinde değil, kartı düzenleyen her kişi üzerinde geçerli olacağı ifade edilmek istenmiştir (Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Bamberger/Roth/*Habermeier*, sh. 535, § 676h, Rdr. 5). Bu nedenle, bundan sonraki açıklamalarda da genel olarak "kartı düzenleyen" kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

Önemle üzerinde durulması gereken konu, BGB § 676h'nin sadece kullanma tazminatına ilişkin olmasıdır.[583] Maddede, sorumluluk hukukuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu nedenle, aşağıda ilk olarak BGB § 676h hükmünün taraflar arasındaki hukukî ilişki de dikkate alınarak incelenmesi ve ikinci olarak, kart sahibini koruma altına alan sözleşme hukuku genel hükümleri üzerinde kısaca durulması uygun görülmüştür.

II. Kartın Haksız Kullanımı Nedeniyle "Kullanma Tazminatı" Hakkı (BGB § 676h)

Yukarıda açıklandığı üzere, BGB § 676h'de, özetle, kartı düzenleyenin kullanma tazminatı talep etme hakkına, ödeme kartının haksız kullanımı haline ilişkin olmak üzere istisna getirilmiştir.[584]

Kartı düzenleyen ile kart sahibi arasındaki hukukî ilişkiye bakıldığında,[585] iki taraf arasında BGB § 675'e göre konusu ticarî olan bir sözleşme ilişkisi vardır. Söz konusu sözleşme ilişkisi gereği kartı düzenleyen, öngörülen şartların varlığı halinde, kart sahibinin borçlarını ödemekle yükümlüdür. Kart sahibinin karşı edim borcu ise kendisini, BGB §§ 675, 670'e göre kartı kullanmadan doğan harcamaların

[583] Erman/*Graf von Westphalen*, sh. 2655 (§ 676h, Rdr. 32).

[584] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 49.

[585] Bu konuda bkz., Erman/*Graf von Westphalen*, sh. 2649 (§ 676h, Rdr. 1): Yazar, kartı düzenleyen ile kart sahibi arasındaki hukukî ilişkinin "karşılık ilişkisi" (*Deckungsverhältnis*) olarak tanımlanıp, kural olarak, "ihraç sözleşmesi" (*Emissionsvertrag*) olarak nitelendirildiğini belirtmiştir.

ödenmesinde gösterir. Dolayısıyla, edimin konusunun "kullanma tazminatı" olarak tanımlanması yerinde olacaktır.[586]

Sonuç olarak BGB § 676h'nin somut olay üzerinde uygulama alanı bulabilmesi için maddede üç şart öngörülmüştür. Bunlar, (1) bir ödeme kartının varlığı, (2) bu kartın kötüye kullanılması ve (3) üçüncü kişi tarafından haksız kullanımıdır[587]

Hakim olan görüşe göre, ödeme kartının haksız kullanılması ile kastedilen, kartın kart sahibinden habersiz ve onun isteği dışında kullanılmasıdır.[588] İdari kurul, bu görüşü bir başka şekilde, "*kartın kart sahibinin talimatı olmaksızın kullanılması*" olarak dile getirerek onaylamıştır.[589] Böylece, BGB § 676h'nin, kart sahibinin talimatının -"görünüşte temsil yetkisi"nden (*Anscheinsvollmacht*) hareketle- var sayılabileceği haller üzerinde dahi uygulama alanı bulacağı sonucuna varılabilecektir. Buna göre, kart sahibinin örneğin, kocasına kart numarasını da açıklayarak verdiği kartının, kocası tarafından isteği dışında kullanılması halinde, kartı düzenleyen kullanma tazminatını talep etme hakkına sahip değildir.[590]

---

[586] Hoeren/Oberscheidt, sh. 379-380.

[587] MünchKomm/*Casper* (2005), sh. 2762 (§ 676h, Rdr. 5).

[588] Bamberger/Roth/*Habermeier*, sh. 537 (§ 676h, Rdr. 15).

[589] Bu konuda FernAbsG tasarısı hakkındaki idari kurul görüşü için bkz., BT-Drs. 14/3195, sh. 34.

[590] Bamberger/Roth/*Habermeier*, sh. 537 (§ 676h, Rdr. 15); Aynı yönde ayrıca bkz., Rossa, C. Beatrix, "Missbrauch beim electronic Cash", CR 1997, sh. 142-143; Ayrıca bkz., Pichler, Rufus, "Kreditkartenzahlung im Internet", NJW 1998, sh. 3236: Yazar, kartın haksız kullanımında kart sahibinine yüklenebilecek bir sebebin varlığı halinde, kart sahibinin "zararın tazmini" sorumluluğuna (*Schadenersatz*) işaret etmiştir; Taupitz, Jochen, "Kreditkartenmißbrauch: Thesen zur zulässigen Verteilung des Haftungsrisiko in AGB", NJW 1996, sh. 219.

Kartın üçüncü bir kişi tarafından kullanılması şartında üçüncü kişi kavramının, taraflar arasındaki "ihraç sözleşmesi"ne (*Emissionsvertrag*) göre belirlenmesi gerekmektedir. Bu anlamda, örneğin, tüketici sözleşmesinin tarafı olan girişimcinin de bir üçüncü kişi olarak nitelendirilebilmesi sağlanmıştır.[591]

Kart sahibinin kartının haksız kullanımını iddia etmesi halinde, kartı düzenleyenin söz konusu muamelenin kart sahibinin yetki vermesi sonucu yapıldığını ispat etmesi gerekmektedir. Kartı düzenleyenin koyduğu genel işlem şartlarıyla söz konusu ispat yükümlülüğünü ters çevirmeye çalışması, BGB § 676h ve §§ 305 ff. hükümlerine aykırılık teşkil edecektir.[592] Sonuç olarak, ispat yükümlülüğü kartı düzenleyendedir.[593]

III. Kart Sahibini Koruma Altına Alan Sözleşme Hukukunun Diğer Genel Hükümleri

Kartı düzenleyen ile kart sahibi arasındaki yukarıda açıklanan hukukî ilişkinin bir sonucu olan, "kartı düzenleyenin kart sahibinin borcunu ödemesi

[591] Bu konuda FernAbsG tasarısına yöneltilen hükümet görüşü için bkz., BT-Drs. 14/2920, sh. 7; Erman/*Graf von Westphalen*, sh. 2653 (§ 676h, Rdr. 23).

[592] Wilmer/Hahn, sh. 507; Ayrıca bkz., Pichler, sh. 3236; Waldenberger, Arthur (K&R 1999), "Alles schwebend unwirksam – Distanzgeschäfte nach dem Referentenentwurf eines Fernabsatzgesetzes", K&R 1999, sh. 346; Werner, Stefan, "Elektronischer Zahlungsverkehr, Auswirkungen der Rechtsprechung zum ec-Kartensystem", MMR 1998, sh. 341; AG Aachen v. 26.05.1992, NJW-RR 1992, sh. 1323.

[593] Bu konuda FernAbsG tasarısı hakkındaki idari kurul görüşü için bkz., BT-Drs. 14/3195, sh. 34.

yükümlülüğü",[594] kart sahibinin ilgili talimatına bağlıdır.[595] Aksi halde, kartın üçüncü bir kişi tarafından haksız kullanımı söz konusu olacaktır ki, bu durumda kartı düzenleyenin o üçüncü kişiye karşı bir ödemede bulunma yükümlülüğünün varlığından söz edilmesi mümkün değildir. İşte, bu anlamda karşılaşılan soru, kartın ve kart bilgilerinin üçüncü bir kişi tarafından haksız kullanıldığının farkına varmayan[596] kartı düzenleyenin ödemede bulunması halinde, kartın haksız kullanım riskinin kimin üzerinde olduğudur.[597]

Bu sorunun cevabına, ancak ispat yükü konusu incelenerek varılabilecektir.[598] Şöyle ki, Alman Hukukunda kart sahibinin ilgili talimatının varlığını ispatla yükümlü olan kartı düzenleyendir.[599] Bu anlamda, kartı düzenleyen ile sözleşme tarafı olan girişimci arasındaki hukukî ilişkinin kart sahibinin talimatından doğduğunun ispatlanması şarttır.[600] Girişimciye yaptığı ödemenin kart sahibinin talimatından doğduğunu ispatlayamayan kartı düzenleyen, BGB § 812'ye göre, söz konusu

---

[594] Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Erman/*Westermann*, sh. 1301 (§ 329, Rdr. 2).

[595] Hoeren/Oberscheidt, sh. 380.

[596] Ayrıca bkz., Köhler, sh. 189: Yazar, ödeme işlemlerinin mümkün olduğunca güvenilir bir şekilde işlemesi için çalışmaların sürdürüldüğü ve bu anlamda, kredi kartı kurumlarının "SET-Standart" (*Secure Electronic Transaction*) sistemini geliştiklerini belirtmiştir. Daha deneme aşamasındaki bu sistem ile, kredi kartı sahibinin internete girdiği bilgilerin şifre sistemi yoluyla korunması amaçlanmıştır.

[597] Pichler, sh. 3235.

[598] Pichler, sh. 3235.

[599] Bu konuda FernAbsG tasarısı hakkındaki idari kurul görüşü için bkz., BT-Drs. 14/3195, sh. 34; Ayrıca bkz., BGH, NJW 1998, sh. 2460; Werner, sh. 341; Taupitz, sh. 219; Hoeren/Oberscheidt, sh. 380.

[600] Ring, sh. 219.

meblağı tüketiciye iade ile yükümlüdür. Buna ilaveten, girişimcinin tüketiciye karşı herhangi bir tazminat talep etme hakkı da yoktur.[601]

Kartı düzenleyenin genel işlem şartları yoluyla ispat yükümlülüğünden kurtulması ya da bu yükümlülüğünü kart sahibine yüklemesi ise, BGB § 309 Nr. 12'ye göre mümkün değildir.[602]

Sonuç olarak, kartın haksız kullanım riskine aksini ispatlayamadığı sürece katlanmak yükümlülüğü altında olan taraf, kartı düzenleyendir ve bu risk sorumluluğunun kart sahibinin üstüne atılması mümkün değildir.[603] Kart sahibi, aylık hesapları özenli bir şekilde kontrol etmeli ve aykırılık gördüğü hallerde belirlenmiş süre içinde itiraz etmelidir.[604]

§ 11. Tüketici Tarafından Sipariş Edilmemiş Mal ya da Hizmetlerin Tüketiciye Gönderilmesi

Alman kanun koyucusu, Direktif'in 9. maddesinden hareketle, "sipariş edilmemiş mal ve hizmetler" konusunu BGB § 241a'da düzenlenmiştir. BGB § 241a Abs. 1'de düzenlenmiş olan hakkın, girişimci tarafından siparişi verilmemiş bir malın teslimi ya da hizmetin sunumu ile gerekçelendirilmesi engellenmiştir.[605]

---

[601] LG Karlsruhe v. 11.02.2000, NJW-RR 2001, sh. 770-771.

[602] Taupitz, sh. 220.

[603] BGH v. 23.04.1991, NJW 1991, sh. 1886.

[604] Pichler, sh. 3236.

[605] BGB § 241a hükmünün üzerinde uygulama alanı bulacağı taraf ilişkileri için bkz., MünchKomm/*Kramer*, sh. 108 (§ 241a, Rdr. 4-5): Yazar, BGB § 241a hükmünün, sadece "girişimci-tüketici" ilişkileri üzerinde uygulama alanı bulacağını belirtmiştir.

Ancak, BGB § 241a hükmünün ayrıntılı bir şekilde incelenmesinden önce Alman Hukukunda bu konuya ilişkin olan düzenlemenin, söz konusu madde hükmünden ibaret olmadığı da gözönünde tutulmalıdır. Dikkat edilirse, BGB § 241a hükmü ile, sadece "tüketicinin karşı edim yükümlülüğü" konusu düzenleme alanı bulmuş, ama siparişi verilmemiş bir mal tesliminin ya da hizmet ifasının engellenmesi yoluna gidilmemiştir. Direktif m. 9 c.1'e göre ise, söz konusu mal teslimi ya da hizmet ifasının ödeme talebine bağlı olması halinde, girişimcinin bu faaliyetinin üye devletlerce alınacak tedbirlerle yasaklanması öngörülmüştür. İşte bu nedenle, ilk olarak, Alman Hukukunda bu tür bir düzenlemeyi öngören UWG § 1'in üzerinde kısaca durulması yerinde olacaktır.[606]

UWG § 1'de, ticarî işlerinde rekabete konu eylemlerini gerçekleştirmek amacıyla ahlaka aykırı faaliyette bulan kişinin, bu rekabete aykırı faaliyeti sonucu doğacak zararı tazmin sorumluluğu düzenlenmiştir. İşte, siparişi verilmemiş bir malın teslimi ya da hizmetin ifası da, Alman Hukukunda bu anlamda, kural olarak,

[606] Ayrıca bkz., Ring, sh. 41: Yazar, Direktif m. 9 düzenlemesinin Alman Hukukunda iki farklı konu altında incelendiğini belirtmiştir. Birincisi, siparişi verilmemiş mal teslimi ya da hizmet sunumuna karşı Rekabet Hukukundan kaynaklanan "yasakla(n)ma hakkı" (*Untersagungsanspruch*) konusudur. İkincisi ise, Medeni Hukuk hükümlerine göre cevaplanması gereken "tüketicinin karşı edim yükümlülüğü" konusudur. Gerçekten, her ne kadar BGB §§ 145 ff.'e göre, örneğin söz konusu malın, girişimci tarafından tüketiciye gönderilmesi icap teşkil etse de, malın tüketici tarafından alımı ve paketinin açılmış olması, kabul olarak nitelendirilemeyecektir. Buna ilaveten, siparişi verilmemiş bir mal teslimi ya da hizmet sunumunun ayrıca malın bedelinin ödenmesi talebiyle yapılmış olması hali ise, UWG § 1'ye göre, Rekabet Hukukunda "iyiniyete aykırılık" olarak kabul edilmiştir.

"rekabete aykırı" reklam olarak değerlendirilmiştir.[607] Ancak, girişimci tarafından günlük ihtiyacı karşılamaya yönelik değeri fazla olmayan bir malın teslimi ve teslim alandan herhangi bir bakım, geri gönderim ve satış bedeli ücretinin istenmeyeceğine ilişkin ibarelerin de o mala iliştirilmiş olması hali ise, UWG § 1'in kapsamı dışında tutulmuştur.[608]

İkinci olarak, BGB § 241a ile getirilmiş olan hükümde Alman kanun koyucusu, Direktif m. 9 c. 2 düzenlemesini dikkate almıştır. Buna göre, BGB § 241a'da, yukarıda da açıklandığı üzere, sipariş edilmemiş bir mal ya da hizmetin tüketiciye sağlanmış olması halinde tüketiciye herhangi bir edim borcu yüklenemeyeceği öngörülmüştür.

Bu anlamda açıklığa kavuşturulması gereken konu, BGB § 241a hükmünde sözü geçen genel anlamdaki "hak" kavramının kapsamıdır. BGB § 241a düzenlemesi ile, acaba sipariş edilmemiş olan bir malı teslim eden girişimcinin örneğin, malın kendisine geri gönderilmesini talep etme hakkına da bir sınırlama getirilmiş midir?

Bu soru üzerinde özellikle durulmasını gerektiren nedenin, öğretide, girişimcinin mal üzerinde devam eden mülkiyet hakkı olduğu vurgulanmıştır. BGB §

---

[607] Ring, sh. 42; Ayrıca Direktif'in iç hukuka aktarılmasından önceki örnek bazı Federal Yargıtay kararları için bkz., BGH v. 21.05.1965, NJW 1965, sh. 1662; BGH v. 24.06.1976, NJW 1976, sh. 1977: Karar'da, reklama iliştirilen "*önemli: bu uygun tekliften yararlanmak istemiyorsanız, lütfen bu kartı bize geri gönderin*" şeklindeki ibarenin UWG § 1'e aykırı olduğu hükme bağlanmıştır; BGH v. 09.04.1992, NJW 1992, sh. 3040: Karar'da, "*tamiri mümkün olmadığı gerekçesiyle, tüketiciye, bozuk fotoğraf makinasının yerine, size yeni bir makinayla hizmette bulunabilir miyiz tabirini içeren 30 DM'lik (malın kullanım değeri düşülerek girişimci tarafından hesaplanan değer) bir kuponun gönderilmesi*", UWG § 1'e aykırıdır.

[608] Ring, sh. 42.

241a hükmünün, BGB § 985'de düzenlenen "mal sahibinin, zilyetten malın kendisine geri gönderilmesini talep etme hakkını" da kapsaması durumunda, mülkiyet hakkı ile zilyetliğin birbirinden devamlı olarak ayrılmasının önüne geçilemeyecektir.[609] Söz konusu malın mülkiyetinin tüketiciye geçeceğinin kabulü halinde ise, BGB § 929 Abs. 1'de öngörülen "girişimcinin bu konudaki rızasının aranması şartı" ihlal edilmiş olacaktır.[610]

Ancak, yukarıdaki sorunun cevaplanmasında ayrıca, Kanun gerekçesinin de dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre, BGB § 241a hükmünün "malın geri gönderilmesini talep etme hakkı"nı da kapsaması aslında, rekabete aykırı hareket eden girişimci üzerinde gereken yaptırımın uygulanmasını sağlayacaktır.[611]

---

[609] Casper, sh. 1605; Bu konuda FernAbsG tasarısına yöneltilen hükümet görüşü için bkz., BT-Drs. 14/2920, sh. 14: Federal hükümet, önerilen BGB § 241a hükmünün, "mülkiyet kuramı" ile bağdaşmadığını ileri sürmüştür; Aynı yönde diğer eleştiriler için bkz., Lorenz, sh. 841; Kamanabrou, Sudabeh, "Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie", WM 2000, sh. 1426, dpn. 83; Bülow/Artz, sh. 2056: Yazar, BGB § 241a düzenlemesi ile, girişimcinin "istihkak iddiası" (*Vindikation*) hakkına dokunulmadığını iddia etmiştir; Ayrıca bkz., Gezder, sh. 245: Yazar, aynı sorun hakkında İsviçre Hukukunu dikkate alarak açıklamalarda bulunmuştur.

[610] Kropholler, Jan von, Studienkommentar BGB, 7. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2004, sh. 114 (§ 241a, Rdr. 6).

[611] Bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/2658, sh. 46: Ancak burada dikkat edilmesi gereken konu, Kanun tasarısında, girişimcinin "malın geri gönderilmesi"ni talep etme hakkına getirilmiş olan sınırlamadır, yoksa Kanun tasarısında da açıkça belirtildiği üzere, girişimcinin malı "gidip geri alma" hakkına getirilmiş bir sınırlamadan bahsedilemeyecektir; Ayrıca bu konuda FernAbsG tasarısı hakkındaki idari kurul görüşü için bkz., BT-Drs. 14/3195, sh. 32.

BGB § 241a hükmünün, girişimcinin "malın geri gönderilmesini talep etme hakkı"ndan başka, "sözleşmeden[612] ve kanundan doğan her tür hakkı"nı da kapsadığı kabul edilmektedir. Buna göre, girişimcinin siparişsiz gönderdiği mal ya da hizmet sunumundan dolayı tüketiciden örneğin, BGB §§ 823 ff. hükmü gereği zararın tazmini veya BGB §§ 812 ff.'de düzenlenmiş *sebebsiz zenginleşme hükümlerine* dayanarak maldan elde edilen yararın iadesi talebinde de bulunması mümkün değildir.[613]

Son olarak, BGB § 241a Abs. 2'nin dikkate alınmasının maddenin kapsamının çizilmesi bakımından önemli bir role sahip olduğu açıktır. Buna göre, BGB § 241a hükmünün konusunu, girişimcinin "*bilinçli*" hareketi oluşturmaktadır.[614] Girişimcinin, örneğin, tüketici (A)'nın bir malı sipariş ettiğini düşünürek ona malı göndermesinde, *(A)'nın, BGB § 241a Abs. 2'de öngörüldüğü şekilde girişimcinin söz konusu hatasının farkına varması* ya da *gerekli özen ve dikkati gösterseydi farkına varabilecek durumda olması* halinde, yukarıda açıklanan BGB § 241a Abs. 1 hükmü, somut olayda uygulama alanı bulmayacaktır.

---

[612] Tüketicinin susması halinin "kabul" olarak değerlendirilmesini mümkün kılacak hukukî düzenlemelere yer verilmesi halinde, ortada kurulmuş bir sözleşmenin varlığından bahsedilebilecektir (Bkz., Kropheller, sh. 113-114 (§ 241a, Rdr. 4).

[613] Kropholler, sh. 114 (§ 241a, Rdr. 4-5); Palandt/*Heinrichs*, sh. 245 (§§ 241, 241a, Rdr. 4); Ayrıca bu konuda FernAbsG tasarı gerekçesi için bkz., BT-Drs 14/2658, sh. 46.

[614] MünchKomm/*Kramer*, sh. 108 (§ 241a, Rdr. 6).

III. BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

Türk Hukukunda mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması, AT Hukukuna uyum çabası kapsamında,[615] 4822 sayılı Tüketici Hakları Mevzuatında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (TKHK) 9/A maddesi ile düzenlenmiştir.

TKHK m. 9/A f. 2 ile, girişimcinin bilgi verme yükümlülüğünde "bilgi türleri"nin saptanması konusunda, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Ancak Bakanlık, TKHK'nun 31. maddesine dayanarak,[616] sadece bilgi verme yükümlülüğü ile sınırlı olmayan, mesafeli sözleşmelerle ilgili olarak tüketicinin korunması açısından gerekli gördüğü diğer tüm konuları da kapsayan Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik) çıkarmıştır.[617]

Buna ilaveten, elektronik imzanın gelişmesi, internet sistemine güvenin sağlanabilmesi ve böylece elektronik ticaretin hızla yaygınlaşması için, amacı elektronik imzanın hukukî ve teknik yönleri ile kullanımına ilişkin esaslarını düzenlemek olan Elektronik İmza Kanunu da 23.07.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[618]

---

[615] Demir (2004), sh. 99.

[616] TKHK m. 31'e göre, "*…Bakanlık bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak mevzuat çerçevesinde gerekli tedbirleri almaya ve düzenlemeleri yapmaya yetkilidir*".

[617] Aslan, sh. 409.

[618] Konuralp, sh. 1.

Elektronik İmza Kanunu ile, ikincil mevzuat düzenlemeleri için yetkili kılınan Telekomünikasyon Kurumuna 23.01.2005 tarihine kadar süre tanınmış, ancak Kurum çalışmalarını söz konusu süreden önce tamamlayarak Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmelik[619] ile Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere ilişkin Tebliğ'i[620] düzenleyerek yürürlüğe sokmuştur.[621]

Türk Hukukunda AT Hukuku ile uyumun sağlanabilmesi amacıyla söz konusu düzenlemelere gidilmiş olmakla birlikte, "elektronik ticaret" ve "mesafeli finansal hizmetler" alanında gerekli düzenlemelerin gerçekleştirilmesinde herhangi bir çaba harcanmamıştır.

Her ne kadar elektronik sözleşmeler TKHK m. 9/A'da genel olarak düzenleme alanı bulmuş olsa da, Türk kanun koyucusunun Direktif'in özellikle 13. maddesini gözden kaçırdığı ortadadır. Direktif m. 13/1'e göre, yukarıda da açıklandığı üzere, bazı mesafeli sözleşme türleri üzerinde Direktif hükümleri yerine, Topluluk Hukukunun bu konuda öngörülen özel hükümleri uygulama alanı bulacaktır ki, söz konusu ilgili mesafeli sözleşme türleri, elektronik sözleşmeler ile finansal hizmetlere ilişkin sözleşmelerdir.

ETHD'de, aslında sadece mesafeli sözleşmeler bakımından tüketiciyi koruyucu nitelikte tamamlayıcı bazı hükümlere gidilmesiyle yetinilmiş olmakla

---

[619] Söz konusu düzenleme için bkz., 06.01.2005 tarih ve 25692 sayılı R.G.

[620] Söz konusu düzenleme için bkz., 18.06.2005 tarih ve 25849 sayılı R.G.

[621] http://www.tk.gov.tr/Basin_Duyurular/Bulten/2004/eimza.pdf, (08.03.2005), "Basın Bülteni-Telekomünikasyon Kurumu tarafından Elektronik İmza Kanunu ile öngörülen düzenleme tamamlandı", sh. 1.

birlikte, ETHD'nin özellikle "girişimcinin bilgi verme yükümlülüğü"nü düzenleyen Direktif'den farklı 10. maddesinin Türk Hukukuna aktarılması ihmal edilmiştir.

Buna ilaveten, "mesafeli sözleşme" ile "elektronik sözleşme" kavramları arasındaki farkın da, Türk kanun koyucusu tarafından dikkate alınmadığı bir gerçektir. ETHD'de, yukarıda da açıklandığı üzere, elektronik sözleşmelerin kapsamını sadece "tüketici elektronik sözleşmeleri" değil, "ticarî elektronik sözleşmeler" de oluşturmaktadır. İşte, Türk Hukukunda elektronik sözleşmeler alanında TKHK'dan ayrı bir mevzuat düzenlemesine gidilmeyerek, "ticarî elektronik sözleşmeler" üzerinde sadece BK'nun genel hükümlerinin uygulama alanı bulması gündeme gelmiştir ki, söz konusu genel hükümlerin sosyal ve ekonomik gelişmelerin gerisinde kalması halinde bir boşluktan bahsedilebilecektir.[622]

Direktif'in 13. maddesi kapsamı altında değerlendirildiğinde, ayrıntılı bir incelemeye gerek olmaksızın Türk Hukukunda boşluk olarak nitelendirilebilecek olan bir başka konu da, FHHD'in henüz iç hukuka aktarılmamış olmasıdır. Buna ilaveten, *FHHD'den bir sene sonraki tarihli* Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik'in 11. maddesinde, "banka ile ilgili sözleşmeler"in kapsam dışı bırakılmış olması da ilgi çekicidir.

Türk Hukukunda konusu finansal hizmetler olan mesafeli sözleşmeler alanında kanun koyucunun daha herhangi bir faaliyetine rastlanmaması, Türkiye'nin FHHD'yi iç hukuka aktarmakta çok geç kaldığını göstermektedir. Gerçekten, FHHD'de üye devletlere bu konuda tanınan süre, 09.10.2004 tarihinde dolmuştur.

---

[622] Falcıoğlu, Mete Özgür, Karşılaştırmalı Hukuk veTürk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, sh. 78-79, dpn. 180-181.

Yukarıda da değinildiği üzere, mesafeli sözleşmelerde finansal hizmetler konusunun incelenmesi tezin kapsamını bir hayli genişletecektir. Bu nedenle, bu konu üzerinde daha fazla durulmaması yerinde görülmüştür. Ancak, ileride kanun koyucuya bir bakıma yardımcı olabilmek için vurgulanması gereken nokta, FHHD'nin, AT'nin tüketiciyi koruyucu diğer direktiflerinden farklı olarak asgari hükümler değil, tam tersine emredici hükümler içerdiği hususudur. Buna göre, FHHD'de açıkça tersi öngörülmüş olmadıkça, FHHD'nin iç hukuka aktarılmasında üye devletlerin kendi iç hukuklarında tüketiciyi koruyucu daha ağır hükümlere yer vermeleri mümkün değildir. Buna ilaveten, FHHD'nin açıkça düzenlediği bir duruma ilişkin, üye devletlerin o zamana kadar iç hukuklarında mevcut bulunan daha sert nitelikteki hükümlerinin de, Topluluk pazarı üzerinde olumsuz bir etkiye sahip oldukları taktirde liberalleştirilmeleri gerekmektedir.[623]

§ 12.Mesafeli Sözleşme Kavramı, Tarafları, Unsurları ve Kapsamı

I. "Mesafeli Sözleşme" Tanımı

TKHK m. 9/A f. 1'e göre, mesafeli sözleşmeler, yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir.

Söz konusu madde düzenlemesinin, Direktif m. 2/1 ve Alman Hukukunun ilgili BGB § 312b hükmü ile karşılaştırıldığında, gerek "uzaktan haberleşme

[623] Kriegner, sh. 123-124.

araçlarının kullanılması" gerek "sözleşme taraflarının *yüz yüze* gelmemesi"[624] şartı bakımından bu iki hukuk sisteminden farklı bir düzenlemeye gitmediğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır. TKHK'nun söz konusu Direktif ve BGB düzenlemesinden açıkça ayrıldığı nokta ise, Türk Hukukunda, mesafeli sözleşmelerin "bir organize mesafeli işletme ya da hizmet sistemi varlığı altında kurulması" şartına yer verilmemiş olmasıdır.

Mesafeli sözleşmeleri tanımlayan TKHK'nun ilgili maddesinin AT ve Alman Hukuku düzenlemesi ile örtüştüğü ve ayrıldığı noktaları ilk bakışta bu şekilde tespit etmek mümkün olmakla birlikte, tüketicinin korunmasında özellikle uygulamada AT Hukuku ile uyumun sağlanıp sağlanamadığı konusunun gerçekçi bir şekilde değerlendirilebilmesi bakımından, aşağıda Türk Hukukunda hem yukarıda sayılan mesafeli sözleşmenin unsurlarının hem de "tüketici" ve "satıcı ya da sağlayıcı" kavramlarının ayrıntılı olarak incelenmesi yerinde olacaktır.

II. Mesafeli Sözleşmenin Tarafları

A. "Tüketici" Kavramı

TKHK m. 3 b. (e)'ye göre, tüketici, bir mal veya hizmeti ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişidir.

---

[624] TKHK m. 9/A f. 1'in metninde "*karşı karşıya* gelmeme" kavramı kullanılmış olmakla birlikte, yukarıda da açıklandığı üzere, bu konuda herhangi bir mehaz kargaşasına yol açmamak için, tezde "*yüz yüze* gelmeme" kavramının kullanılması tercih edilmiştir (Bu konuda yapılan daha önceki açıklama için bkz., yukarıda dpn. 1; Ayrıca, TKHK'nun söz konusu metni üzerindeki tartışma için bkz., Gezder, sh. 52).

Buna göre bir kişinin tüketici olarak belirlenebilmesi için TKHK'da öngörülen **ilk şart**, söz konusu hukukî ilişkinin konusunun bir mal ya da hizmet edimine yönelik olmasıdır. Her ne kadar mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulama alanının saptanmasında incelenen hukuk sistemleri arasında bir farklılığa yol açmasa da, tüketici sözleşmelerinin genel çatısının çizilmesinde gösterdiği önem nedeniyle, TKHK'nın bu hükmünün ilgili Direktif ve BGB hükmünden ayrıldığına yine de kısaca değinilmesi yerinde olacaktır.

Hatırlanacağı üzere tüketiciyi tanımlayan Direktif m. 2/2 ve BGB § 13'de, hukukî ilişkinin konusunun mutlaka bir mal ya da hizmetin sağlanmasına yönelik olması şart koşulmamış, tam tersine, ne tür bir hukukî ilişki söz konusu olursa olsun "o hukukî ilişkide gözetilen amaç" bir kişinin tüketici olarak nitelendirilebilmesinde esas alınmıştır. Hukukî ilişkinin konusuna Türk Hukukunda "tüketici" kavramının tanımlanmasında getirilen sınırlama ise, Direktif m. 2/1 ve BGB § 312b'de "mesafeli sözleşme" kavramı tanımlanırken kullanılmıştır.

Özellikle TKHK m. 3 b. (c) ve b. (d)'de, "mal" ve "hizmet" kavramlarının da genel olarak tanımlanarak, özelliklerinin gerek TKHK'da düzenlemiş olan tüm tüketici sözleşmeleri, gerek ileride TKHK'nın kapsamına alınması düşünülebilecek yeni tip tüketici sözleşmeleri için şimdiden saptanmış olması, hızla ilerleyen teknoloji karşısında hukukun gelişimine gölge düşürmüştür. Türk Hukukunda tüketici kavramının geniş yorumlanmasına engel teşkin eden ve dolayısıyla da, tüketici sözleşmelerinin kapsamını fazla somuta inerek daraltmış olan söz konusu TKHK m. 3 b. (e) düzenlenmesinin yerinde olduğunu savunmak mümkün değildir. Bu anlamda önerilen çözüm, hukukî ilişkinin konusuna getirilen sınırlamanın TKHK m. 3 b. (e)'den çıkarılması ve ayrıca TKHK m. 3 b. (c) ve b. (d)'nin de Kanun

düzenlemesinden çıkartılarak bu tür hükümlere, *her bir tüketici sözleşmesinin farklı niteliklerinin dikkate alınması şartıyla*, o tüketici sözleşmelerini düzenleyen yönetmeliklerde yer verilmesinin uygun olacağıdır.

TKHK m. 3 b. (e)'de öngörülen tüketici sayılmanın **ikinci şartı**, kişinin edindiği mal ya da hizmeti meslekî amaçlar dışında edinmesi ve söz konusu mal ya da hizmetten meslekî amaçlar dışında yararlanmasıdır. Bu "ikinci şartın" açıklaması öğretide özetle, "tüketicinin edindiği mal ya da hizmet ile bunların maliyetinin tüketicinin üstünde kalması" olarak yapılmıştır. Buna göre "*bir kişinin tüketici sayılabilmesi için, bir mal veya hizmeti elde etmek için harcadığı paranın, o mal veya hizmetin kullanılmış veya tüketilmiş olmasıyla bağlantılı olarak tekrar geri gelmemesi gerekir*".[625]

Türk kanun koyucusu tarafından saptanan "ikinci şart", gerek Direktif m. 2/2 gerek BGB § 13 hükmünden oldukça farklıdır. Şöyle ki, ilk olarak, söz konusu her iki madde düzenlemesinde de, "hukukî ilişkinin kurulması anında kişinin ticarî ya da meslekî faaliyetleri doğrultusunda bir amaç gütmemiş olması" aranmıştır. Dikkat edilirse böylece, bir mal ya da hizmeti alan kişinin sadece söz konusu *sözleşmenin kurulması anındaki amacına* önem verilmiştir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin kurulmasından sonra o kişi tarafından değiştirilen amaç gözönünde tutulmamıştır. Dolayısıyla da hem AT Hukukunda hem de Alman Hukukunda, kişinin sözleşmenin kurulmasından sonra değişen amacı doğrultusunda örneğin, edindiği malı satması ve böylece o mal için harcadığı bedelin kendisine geri dönmesi, o kişinin tüketici olarak nitelendirililebilmesine etki etmeyecektir.

[625] Aslan, sh. 4.

İkinci olarak, hem Direktif m. 2/2 hem de BGB § 13'de dikkat edilirse kişinin her ticarî ya da meslekî amacı değil, o kişinin *kendi* "ticarî iş"i ya da *kendi* "meslekî faaliyet"i doğrultusunda beliren amacı tüketici sayılmanın bir sınırı olarak öngörülmüştür.

"Ticarî iş" ve "meslekî faaliyet" kavramları ise, yukarıda da açıklandığı gibi,[626] Alman Hukukunda HGB §§ 1, 84 I 2 hükümlerinde tanımlanmış, ancak yapılan bu tanımlamalara, AT Tüketici Hukukunun "tüketiciyi koruma amacı" dikkate alınarak, öğretide daha farklı bir anlam katılmıştır. Bu anlamda Alman öğretisinde, bir faaliyetin bir ticarî iş ya da meslekî faaliyet olarak saptanabilmesi için öngörülen özellikle *işin belli bir süre devamı kıstası*, Türk Hukukunda tüketici olarak tanımlanamayacak bazı kişilerin, Alman Hukukunda tüketici olarak nitelendirilebilmelerini mümkün kılmıştır. Gerçekten, örneğin, başkalarına satma amacıyla karanfil fidelerini alan kişi Türk Hukukuna göre, satıcı sıfatıyla hareket ettiği gerekçesiyle tüketici olarak kabul edilemezken,[627] Alman Hukukuna göre, onun karanfilleri satmasının kendi ticarî işi ya da kendi serbest meslekî faaliyeti ile ilgili olup olmadığı ilk olarak dikkate alınacak ve eğer söz konusu kişinin karanfilleri bir başkasına satması bir defaya mahsus ise, o kişi tüketici olarak tüketiciyi koruyucu haklardan yararlanabilecektir.

Üçüncü ve son olarak, Direktif m. 2/2 ile BGB § 13'deki *kendi* sözcüğünün uygulamadaki öneminin de gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Buna göre, eğer kişi hukukî faaliyetinde kendi ticarî işi ya da meslekî faaliyeti doğrultusunda bir amaç gütmüşse, tüketici sayılamayacaktır. Kişinin bir başkasına ait ticarî iş ya da

[626] Bkz., yukarıda Bölüm II, §6, II, B.

[627] Zevkliler/Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku, bs. 3, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, sh. 83.

meslekî faaliyet ile ilgili bir amacının varlığı halinde ise, onun tüketici olarak nitelendirilebilmesine bir engel yoktur.

TKHK m. 3 b. (e) düzenlemesinde, Direktif'in önemsiz bir ayrıntı gibi görünen "kendi" unsurunun Türk kanun koyucusunun dikkatinden kaçtığı açıktır. Türk Hukukuna göre, kurulan hukukî ilişkide *herhangi* bir ticarî ya da meslekî amaç güden kişi tüketici olamayacaktır. Bu nedenle, Türk kanun koyucusunun AT Hukukundan bir kez daha ayrılarak, TKHK'un uygulama alanını bir hayli daralttığını ileri sürmek yerinde olacaktır.

Her ne kadar Türk öğretisinde, "*başkasına bağımlı olarak çalışan ve yaptığı işte kullanmak üzere bir mal satın alan kişinin tüketici sayılacağı*" kabul edilse de,[628] bu yukarıda varılan sonucu, uygulamada doğabilecek tartışmalar bakımından, değiştirmeyecektir. Kanımızca, Türk öğretisinde kabul edilen bu görüş, aslında BGB § 13'de adı geçen "serbest meslek faaliyet" sınırının Türk Hukukuna bir yansımasıdır ve Kanun'da açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Gerçekten, Alman Hukukunda serbest meslek kavramı, yukarıda da açıklandığı üzere, işin riskinin kişiye ait olması olarak tanımlanmıştır.[629]

TKHK m. 3 b. (e)'de öngörülen ve bir şart olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan **üçüncü unsur**, gerçek kişiler yanında tüzel kişilerin de tüketici olarak nitelendirilebilecekleridir. Bir başka deyişle, bir mal ya da hizmeti ticarî ya da meslekî bir amaçla edinmeyen, kullanmayan veya o mal ya da hizmetten söz konusu amaçla yararlanmayan tüzel kişi de, tüketicidir.

---

[628] Zevkliler/Aydoğdu, sh. 84; Karşıt görüş için bkz., Aslan, sh. 6 (*Ancak, yazarın ileri sürdüğü temsil yetkisinin varlığı nedeninin Alman Hukukundaki değerlendirmesi için ise* bkz., yukarıda Bölüm II, §6, II, B).

[629] Bkz., yukarıda Bölüm II, §6, II, B.

Buna göre, özellikle MK. m. 56'ya göre kazanç paylaşma amacıyla kurulmaları yasaklanan ve bu nedenle, sadece manevi amaçla kurulmaları mümkün olan dernekler, mal ya da hizmet edimine yönelik kurulan bir sözleşmede diğer şartların da gerçekleşmesi halinde tüketici sıfatını kazanacak ve TKHK kapsamında koruma altına alınacaklardır. Buna ilaveten, haklarında kazanç paylaşma amacıyla kurulmalarına engel bir kanun hükmü mevcut olmayan vakıflar ise,[630] ancak hukukî ilişkilerinin manevi boyutta olup olmadığı değerlendirildikten sonra, tüketici sayılabileceklerdir.

Tüzel kişilerin de tüketici olarak kabul edilebileceklerini öngeren TKHK'nun bu düzenlemesi, AT Hukukundan ve Alman Hukukundan ayrılmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere, hem Direktif m. 2/2 hem de BGB § 13'de tüketici olmanın sınırı, "gerçek kişi olmak" koşuluyla çizilmiştir. Ancak, Direktif'in 14. maddesindeki "üye devletlerin en az Direktif kurallarıyla bağlı kalmak kaydıyla, kendi iç hukuklarında daha geniş düzenlemelere gidebilecekleri" yönündeki kural, TKHK'nun söz konusu unsurunun AT Hukukuyla uyumsuzluğunun ileri sürülmesini engellemektedir. Türk kanun koyucusu bu düzenlemesi ile, tüketici olabilmenin sınırını daha geniş belirlemiştir.

Ancak, ticarî amaçla kurulan *ticaret şirketleri* bakımından uygulamada farklı bir sonuçla karşılaşılmaktadır. Şöyle ki, TK m. 21/1'de, "*bir tacirin borçlarının ticarî olması asıldır*" denmiştir. Yine aynı maddede gerçek kişi tacirler yönünden, "onun yaptığı muamelenin ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmiş olması *ya da* muamele fiil veya işin ticarî sayılmasına halin icabının müsait bulunmaması" hallerine özgü olmak koşuluyla istisna getirilmişse de, böyle bir

[630] Akipek/Akıntürk, sh. 535.

istisna tüzel kişi tacirler bakımından öngörülmemiştir. TK'nun bu hükmünü dikkate alan Yargıtay da bir kararında, anonim şirket tarafından alınan ve trafik belgesinde "özel oto" yazan aracı, söz konusu anonim şirketin aracın sahibi olması ve faturanın da söz konusu anonim şirket adına düzenlenmiş olması nedeniyle özel değil, ticarî bir araç olarak değerlendirmiştir.[631]

B. "Satıcı ya da Sağlayıcı" Kavramı

TKHK m. 3 b. (f)'de, satıcı, "*kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticarî ya da meslekî faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek ya da tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. Buna ilaveten, TKHK m. 3 b. (g)'de de, "sağlayıcı" kavramının tanımına yer verilmiştir. Buna göre sağlayıcı, "*kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticarî ya da meslekî faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek ya da tüzel kişi*"dir.

Gerek TKHK'nun metni gerek Türk öğretisinin konuyla ilgili görüşleri dikkate alındığında TKHK ile girişimci tanımının yer aldığı Direktif m. 2/3 ve BGB § 14 arasında uygulamada farklılığa yol açabilecek önemli bir ayırımın olmadığı görülmektedir.

İlk olarak, TKHK m. 3 b. (f) ve b. (g) dikkate alındığında, satıcı-sağlayıcının gerçek ya da tüzel kişi olabileceği yönündeki hüküm ilgili Direktif ve BGB maddeleri ile uyum içindedir.

---

[631] 13. HD., 26.06.1997. E. 1815, K. 5112. (YKD. 1997, S: 10, C. 23, sh. 1564 vd. ve Karar No: 31) (Zevkliler/Aydoğdu, sh. 81'den naklen).

Buna ilaveten, satıcı-sağlayıcının kamu kurum ve kuruluşu ya da özel işletme sahibi kişi olabileceğinin öngörülmesi de, yine her iki hukuk sistemine aykırılık teşkil etmemektedir. Buna göre, şeker, demir, çelik, akaryakıt, ulaşım ve taşıma, elektrik üretim ve dağıtım v.b. alanlarda hizmet sunan kamu iktisadi teşebbüsleri ya da karma iktisadi teşebbüsler, TKHK kapsamında satıcı ya da sağlayıcıdırlar.[632]

İkinci olarak, öğretide, mal ve hizmeti bir bedel karşılığında tüketiciye sunan kişi, satıcı-sağlayıcı olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda mal veya hizmeti sunan kişiye, sunduğu mal ya da hizmet karşılığında para ile ölçülebilir bir karşılık ödenmesi asıldır.[633] Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, öngörülen "bedel" unsurunun da her iki hukuk sistemi ile uyumu ortadadır.

Ancak, öğretinin iki hukuk sisteminden ayrılan görüşü, sunulan mal ya da hizmetle ilgili faaliyetin sürekli olmasına ilaveten, *kazanç sağlamak amacıyla yürütülmesi* yönündedir.[634] Hatırlanacağı üzere Alman öğretisinde, girişimcinin söz konusu faaliyetini kazanç paylaşma amacıyla yapması bir koşul olarak öngörülmemiş ve bu görüş, AT Hukukunda da desteğini bulmuştur.[635]

Türk öğretisinin bu görüşüyle, yalnızca manevi ya da bir başka deyişle, *kazanç paylaşma dışında* bir amacı gütmek üzere kurulması mümkün olan derneklerin, TKHK'na göre satıcı-sağlayıcı sayılıp sayılamayacakları cevaplanması gereken bir soru halini almıştır. TK m. 18/1'e göre, amacına varmak için ticarî bir işletme işleten dernek tacir sayılmakta ve derneğin söz konusu faaliyeti bu nedenle ticarî iş niteliğine bürünmektedir. Sırf bu hükümden hareketle her ne kadar farklı bir

[632] Zevkliler/Aydoğdu, sh. 86.

[633] Zevkliler/Aydoğdu, sh. 86.

[634] Zevkliler/Aydoğdu, sh. 87.

[635] Bkz., yukarıda Bölüm II, §6, II, C:

çözüme ulaşılması mümkün olsa da, kanımızca, öğretice belirlenen mutlak "kazanç paylaşma" amacı, bir derneğin TKHK kapsamında satıcı-sağlayıcı olarak tanımlanmasını teoride engelleyebilecek niteliktedir.

III. Mesafeli Sözleşmenin Unsurları

A. "Uzaktan Haberleşme Araçlarının kullanılması" ve "Tüketiciyle Yüz Yüze Gelmeme" Şartı

Uzaktan haberleşme araçlarının tanımına TKHK'nda ve Yönetmelik'de yer verilmiş olmamakla birlikte, mesafeli sözleşmeleri tanımlayan TKHK m. 9/A f. 1.'deki "yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortam" belirlemesiyle, uzaktan haberleşme araçlarının kapsamının geniş tutulmaya çalışıldığı açıktır. Böylece, hızla gelişen teknoloji sonucu ileride ortaya çıkabilecek farklı haberleşme araçlarının da mesafeli sözleşmenin kurulmasında kullanılabilmesi imkan dahiline sokulmuştur.[636]

Direktif'in uzaktan haberleşme araçlarının tanımını yapan 2. maddesinin 4. bendi ve Alman Hukukunun BGB § 312b Abs. 2 hükümleri ile karşılaştırıldığında, Türk kanun koyucusunun söz konusu düzenlemesinin AT Hukuku ile uyum içinde olduğu ortadadır. Hatırlanacağı üzere Direktif'de de, bazı uzaktan haberleşme araçları örnek kabilinden sayılmış olmakla birlikte, tarafların yüz yüze gelmeden

[636] TKHK m. 9/A f. 1'in metninin, hem katalog ve posta gibi geleneksel satış yöntemlerini hem de telefon, televizyon ve internet gibi modern satış yöntemlerini kapsadığı konusunda bkz., Gezder, sh. 56; Ayrıca, özellikle internette elektronik haberleşme araç ve yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Altınışık, sh. 20-23; Demir (2004), sh. 135-141; Falcıoğlu, sh. 55-61.

birbirleriyle iletişime geçerek sözleşmeyi kurmalarını sağlayan her tür araç "uzaktan haberleşme aracı" kavramı dahilinde düşünülmüştür.[637]

Ancak, TKHK m. 9/A f. 1'de, mesafeli sözleşmelerin tanımlanmasında, Direktif'in metninden farklı bir düzenlemeye gidilerek, "yüz yüze gelmeme" şartı üzerinde *açıkça* durulmuştur.

Söz konusu şartın, Direktif'de öngörüldüğü şekilde "sadece" uzaktan haberleşme araçlarının kullanılması şartını beraberinde getirdiğine şüphe yoktur.

Ancak yine de söz konusu şartın, mesafeli sözleşmelerin kapsamının belirlenmesinde özellikle Alman Hukukunda gündemde olan *sözleşmenin hangi aşamasında* "sadece" uzaktan haberleşme araçlarının kullanılması gereği sorusunu, Türk Hukukunda da cevaplanmasını bir zorunluluk haline getirdiği ortadadır. Buna göre burada üzerinde durulması gereken konu, Türk Hukukunda aranan ve kanımızca kapsamı daha geniş yorumlanabilecek olan tarafların "yüz yüze gelmemesi" şartının görüşme aşamasını da kapsayıp kapsamadığıdır.

Alman Hukukunda da, *Direktif'den farklı olarak*, BGB § 312b'de, "sözleşmenin kurulması anına kadarki süreç de dahil olmak üzere" ibaresi kullanılmamasına rağmen, benimsenen görüş, söz konusu BGB düzenlemesinin Direktif doğrultusunda anlaşılması gerektiği yönündedir. Her ne kadar Alman öğretisi, "uzaktan haberleşme araçlarını tanımlayan BGB § 312b Abs. 2 hükmünün söz konusu görüşün benimsenmesinde etkili olduğu"[638] üzerinde durmuşsa da,

---

[637] Bu anlamda, Zevkliler/Aydoğdu'nun "*mesafeli sözleşmelerle ilgili Direktifte iletişim araçları teker teker son derece ayrıntılı olarak sayılmıştır*" ibaresi yanlış anlaşılmalara yol açacak niteliktedir (Bkz., Zevkliler/Aydoğdu, sh. 263). Yukarıda da açıklandığı üzere, Direktif'de sayılan uzaktan haberleşme araçlarının sadece örnek kabilinden olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

[638] Bamberger/Roth/*Schmidt-Räntsch*, sh. 1230 (§ 312b, Rdr. 15).

aşağıda da değinileceği üzere, "mesafeli sözleşmelerin düzenlenme *amacı*"nın da bu görüşün kabulündeki rolünü inkar edememiştir.[639]

Alman Hukukunda bu bağlamda tartışma konusu yapılan bir başka soru da, tarafların sözleşmenin kurulmasından önce *herhangi bir şekilde* yüz yüze gelmiş olmalarının sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak nitelendirilmesini engelleyip engellemediğidir. Yukarıda da açıklandığı üzere, Alman öğretisinde bu konuda çeşitli görüşlere yer verilmiş olmakla birlikte, genelleştirilebilecek olan sonuç, "taraflar arasındaki doğrudan fiziksel ilişki ile sözleşmenin kurulduğu an arasında *bir zamansal ilişkinin yokluğu* ve tüketicinin sözleşmenin kurulmasındaki irade beyanını etkileyecek nitelikteki *bilgi* türlerini söz konusu fiziksel karşılaşma sırasında *edinmemiş* ya da *edinebilecek durumda olmaması*"[640] şartıyla, sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların yüz yüze gelmelerinin mümkün olduğu yönündedir.

İşte, Türk Hukukunda bu soru ile birlikte açığa kavuşturulması gereken diğer bir konu, TKHK'nun metninde yer alan "yüz yüze gelmeme" şartının yorumlanış tarzıdır. Çünkü, söz konusu şartın "tarafların sözleşmenin kuruluşu aşaması da dahil olmak üzere *hiç bir şekilde* fiziksel bağlantıya geçmemeleri" olarak geniş yorumlanması halinde, yukarıda belirlenen Alman öğretisindeki sonucun tersine, mesafeli sözleşmelerin kapsamı Türk Hukukunda tüketici aleyhine daraltılmış olacaktır.

Bu yönde *Gezder*'in benimsediği görüş, "*Sözleşme görüşmeleri mesafeli iletişim aracılığıyla yapılmasa, mesela klasik yolla taraflar aynı anda fiziksel olarak hazır bulunarak yapılsa ve sonra sözleşme bir mesafeli iletişim aracılığıyla, mesela*

[639] MünchKomm/*Wendehorst* 2003 (bd. 2a), sh. 1699-1700 (§ 312b, Rdr. 46).

[640] Bamberger/Roth/*Schmidt-Räntsch*, sh. 1232 (§ 312b, Rdr. 25-26).

internet ortamında elektronik posta aracılığıyla yapılsa, bu sözleşme Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 9/A çerçevesinde bir mesafeli sözleşme olarak telakki edilecektir" şeklindedir.[641]

Hemen belirtilmelidir ki, *İnal*'ın da değindiği gibi,[642] *Gezder*'in bu görüşünü - BGB § 312b Abs. 1 düzenlemesini de kendince yorumlayarak- Alman Hukukuna dayandırması yerinde olmamıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere, Alman öğretisi bu konuyu, *Gezder* kadar basite indirgeyerek incelemeyerek, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması *amacını* gözardı etmemiştir.

Gerçekten, Direktif'in 14 numaralı kıstasında da belirtilen "*sözleşmenin kurulmasından önce tüketicinin uygulamada sözleşme konusu malı görme ya da malın veya hizmetin özellikleri hakkında tek başına yeterli bilgi edinme imkanına sahip olmaması*" nedenine dayandırılan mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması amacı[643] ile *Gezder*'in görüşü arasında bir bağlantının kurulması mümkün değildir. Buna göre, sözleşmenin kuruluşu aşamasında fiziksel olarak bir araya gelen ve örneğin, edinmek istediği mala yönelik her türlü soruyu satıcıya yönelterek, o malın özellikleri hakkında yeterli bilgiyi toplayan ve sonradan aynı satıcıyla uzaktan haberleşme araçları vasıtasıyla temasa geçerek sözleşmeyi kuran tüketicinin, *Direktif ile uyum çabası altında getirilen TKHK m. 9/A'nın düzenleniş amacı gerçekleşmemiş olduğundan*, bu hüküm altında korunulabileceği sonucuna varmak yanlış olacaktır.

Buna ilaveten, yine Alman öğretisinden hareketle, yukarıdaki örnekte söz konusu tüketicinin satıcı ile yüz yüze gelerek ondan bilgi almamış olması halinin de

---

[641] Gezder, sh. 53-54.

[642] İnal, sh. 169, dpn. 22.

[643] Bamberger/Roth/*Schmidt-Räntsch*, sh. 1232 (§ 312b, Rdr. 23).

ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Hatırlanacağı üzere, Alman öğretisinin "tüketicinin o anda bilgi *edinebilecek* durumda olması" halini de, mesafeli sözleşmeleri düzenleyen hükümlerin uygulama alanı dışında değerlendiren ilgili görüşü,[644] Türk Hukukunda da dikkatlerden kaçırılmaması gereken bir konudur.

Ayrıca belirtilmelidir ki, tüketiciyle sözleşmenin kurulması aşamasında yüz yüze gelen tarafın yine yukarıdaki örnek dikkate alındığında *aynı* satıcı olması, kurulan sözleşmenin üzerinde mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının saptanmasında önemli bir role sahiptir. Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasının nedenlerinden birinin de, yukarıda da açıklandığı üzere, tüketicinin sözleşmenin karşı tarafını yeterince tanıma imkanına sahip olmamasından kaynaklandığı unutulmamalıdır. Buna göre, örneğin, bir araba satın almak isteyen tüketicinin Ankara'daki bir oto bayiine gidip arabayı görmesi, ama sözleşmeyi bir uzaktan haberleşme aracı vasıtasıyla İstanbul'daki bir başka oto bayii ile kurması halinde, TKHK m. 9/A, o sözleşme üzerinde uygulama alanı bulmalıdır.[645]

Sonuç olarak, TKHK m. 9/A'daki "yüz yüze gelmeme" şartının kanımızca sözleşmenin kurulması aşamasını da kapsadığı, *Gezder*'in görüşünün aksine, Türk Hukukunda da asıldır.[646] Ancak, Alman öğretisinin yukarıdaki kıstaslarının Türk öğretisinde de dikkate alınması, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin yeterli derecede korunabilmesi açısından çok önemlidir. Bu anlamda Türk Hukukunda "yüz yüze gelmeme" kavramı, tarafların sözleşmenin kurulmasından önce *hiç bir şekilde* fiziksel olarak bir araya gelmemeleri gerektiği yolunda yorumlanmamalıdır. Alman

---

[644] Bkz., yukarıda Bölüm II, §6, III, A.

[645] Alman Hukukunda yine aynı yöndeki öğreti görüşü için bkz., Bamberger/Roth/*Schmidt-Räntsch*, sh. 1231-1232 (§ 312b, Rdr. 22).

[646] Aynı yönde bkz., İnal, sh. 168.

öğretisinin özellikle "bir zamansal ilişkinin varlığı" ve/veya "aynı satıcı ya da sağlayıcı olma" şartlarının gerçekleşmemesi halinde, uzaktan haberleşme aracı vasıtasıyla kurulan söz konusu sözleşmenin TKHK m. 9/A'nın kapsamı dahilinde değerlendirilmesi kanımızca en doğru çözüm yolu olacaktır.

B. Sözleşmenin Kurulmasında "Organize Mesafeli İşletme ya da Hizmet Sistemi Varlığı" Şartının Aranmaması

Mesafeli sözleşmeleri tanımlayan TKHK m. 9/A incelendiğinde, Türk Hukukunda bir sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak nitelendirilebilmesinde, Direktif'in "organize bir mesafeli işletme ya da hizmet sisteminin varlığını" şart koşan hükmüne yer verilmediği görülmektedir. Buna göre, "*mesafeli sözleşmeler kurmak üzere işletmesini düzenlememiş olan*" ve dolayısıyla da, bir uzaktan haberleşme aracının kullanılması kendisi açısından "*istisnai*"[647] nitelik taşıyan satıcı ya da sağlayıcının mesafeli sözleşmenin karşı tarafını oluşturmasına Türk Hukukunda getirilmiş hiç bir engel yoktur.

Türk Hukukunun Direktif m. 2/1 düzenlemesinden farklı olan bu hükmünün AT Hukuku ile uyumunun değerlendirilebilmesi, Direktif kıstaslarında söz konusu şartın getiriliş nedenine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmediğinden oldukça zordur.

Direktif'in söz konusu düzenlemesiyle sözleşmenin *hangi tarafını* koruma altına aldığının saptanması, bu değerlendirmenin sonucunda özellikle dikkate alınması gereken bir konudur. Şöyle ki, AT kanun koyucusunun "organize mesafeli

[647] İnal, sh. 168.

işletme ya da hizmet sistemi" şartıyla tüketiciden ziyade satıcı ya da sağlayıcıyı bir nevi koruma altına aldığı sonuca varılması halinde, Türk Hukukunda mesafeli sözleşmenin nitelendirilmesinde satıcı ya da sağlayıcı aleyhine, ama tüketici lehine daha katı bir kurala yer verildiği de ileri sürülebilecektir. Böylece, *Direktif m. 14'den hareketle*, TKHK m. 9/A hükmünün AT Hukuku ile karşılaştırıldığında eksik bir düzenlemeye gittiği yönünde bir sonucuna varılması yanlış olacaktır.

Söz konusu şartın Direktif'de düzenleniş nedenini anlayabilmek için AT Komisyonunun 1992 yılındaki ilk tasarısı dikkate alındığında,[648] AT Komisyonunun Türk kanun koyucusundan farklı bir düzenlemeye gitmediği görülecektir. Gerçekten, söz konusu AT Komisyonu tasarısında, "organize mesafeli işletme ya da hizmet sistemi varlığı" şartına yer verilmemiştir. Ancak, bu tasarısını AT Parlamentosunun görüşleri doğrultusunda sonradan değiştiren AT Komisyonu, ikinci tasarısında[649] bu şartı benimsemiştir.

Tasarıdaki bu değişikliğin nedenini, AT Komisyonunun -Direktif'in düzenlenmesinde benimsediği- temel yaklaşıma bağlayan görüşe göre,[650] söz konusu hükmün, "*mesafeli sözleşmenin kurulmasında –gerek icabı gerek icaba davetiyle- girişimde bulunanın, sadece satıcı ya da sağlayıcı olabileceği*"ni açıkça öngörecek şekilde kaleme alınması mümkün değildir. Bu nedenle, mesafeli sözleşmenin kurulmasında daha çok subjektif bir unsur niteliğine sahip olan "satıcı ya da sağlayıcının sözleşmenin kurulmasındaki girişimi" şartının yerine, objektif bir unsur

[648] AT Komisyonunun ilk tasarısı için bkz., ABl. Nr. C 176 v. 28.06.1993, sh. 0085.

[649] AT Komisyonunun ilgili ikinci tasarısı için bkz., ABl. Nr. C 308 v. 07.10.1993, sh. 0022.

[650] Söz konusu görüş için bkz., Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 9, A3 7-9.

olan "satıcı ya da sağlayıcının organize bir mesafeli işletme ya da hizmet sistemine sahip olması" şartının öngörülmesi yerinde olmuştur.[651]

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında, AT Komisyonunun temel yaklaşımını kanımızca, "*bilinçli olmayan*" satıcı ya da sağlayıcının korunmasına bağlamak yanlış olmayacaktır. Buna göre, örneğin, internete verdiği mal reklamı aracılığıyla *amacı*, ayrıca uzaktan haberleşme araçlarının kullanılmasıyla sözleşme kurulmasına imkan vermek olan satıcının, özellikle ilgili bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmesi ve tüketicinin dönme hakkını kullanmasına katlanması sağlanmıştır. Böyle bir *amaca sahip olmayan* satıcı yönünden ise, o "*bilinçsiz*" olduğundan, bir başka deyişle, bir internet bağlantısı sırasında söz konusu malı gören tüketicinin kendisini sonradan örneğin, telefonunun olmasından yararlanarak *tesadüfen* aramasına ve siparişini vermesine maruz kaldığından, bu yönde bir yükümlülük altına sokulması engellenmeye çalışılmıştır.

Her ne kadar TKHK m. 9/A düzenlemesi, yukarıda da açıklandığı üzere "hukuk ekonomisi görüşü"ne göre eleştirilebilecek nitelikte olsa da,[652] bu konu tezin kapsamı dışında kalmaktadır.

Sonuç olarak, TKHK m. 9/A düzenlemesi tüketicinin lehine daha katı bir koruma sağlamaktadır.[653] Buna göre, yukarıda da açıklandığı üzere, Direktif'in 14.

---

[651] Grabitz/Hilf/*Micklitz*, Rdr. 9, A3 7-9, 10-11.

[652] Bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, B, 1, c.

[653] Aynı yönde bkz., Falcıoğlu, sh. 77: Yazar da, "*zira, satıcı ve sağlayıcının kendi iç işleyişini ilgilendiren konulara girilmeksizin, her türlü mesafeli sözleşme bakımından getirilmiş olan ön bilgi sağlamaya ve sözleşmede bulunması gereken bilgilere ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekecektir*" görüşünü benimsemiştir.

maddesinden hareketle Türk kanun koyucusunun "tüketicinin lehine Direktif'den farklı bir düzenleme getirme yetkisi"ni inkar etmek mümkün olmayacaktır.

IV. Mesafeli Sözleşmenin Kapsamı

A. Mesafeli Sözleşmeleri Düzenleyen Hükümlerin Uygulama Alanı Dışında Kalan Sözleşmeler

Yönetmelik m. 11'de, mesafeli sözleşmeleri düzenleyen hükümlerin üzerinde uygulama alanı bulmayacağı sözleşme türleri şu şekilde sıralanmıştır:

- Banka, sigorta ile ilgili sözleşmeler,
- Otomatik satış makinaları vasıtasıyla kurulan sözleşmeler,
- Halka açık jetonlu telefonlar vasıtasıyla kurulan sözleşmeler,
- Açık arttırma yolu ile kurulan sözleşmeler,
- Gıda, içecek ve günlük tüketim için tüketicinin evine veya işyerine düzenli olarak sağlanan malların tedariki ile ilgili sözleşmeler ve
- Sağlayıcının üstlendiği, barınma, ulaşım, yemek tedariki, sportif ve kültürel faaliyetler ve eğlence hizmetlerini özel bir günde veya sürede tedarik etmesine ilişkin hükümler içeren sözleşmeler.

Yönetmelik m. 11'de kapsam dışı bırakılan bu sözleşme türleri ile Direktif'in ilgili 3. maddesinin 1. fıkrasında ve ayrıca, yine aynı maddesinin 2. fıkrasında sayılan sözleşme türleri karşılaştırıldığında, Türk Hukukunun Direktif ile büyük ölçüde uyum içinde olduğu sonucuna varmak yanlış olmayacaktır.

Ancak, daha ayrıntılı bir incelemeye yer verildiğinde ilk olarak dikkati çeken konu, Türk kanun koyucusunun, Direktif'de kapsam dışı bırakılan "*kira hariç taşınmazların inşasına, satımına ya da taşınmazlara ilişkin ayni veya şahsi haklara ilişkin*" sözleşme türüne Yönetmelik m. 11'de yer vermemiş olmasıdır. Türk kanun koyucusunun bu tür bir düzenlemeye gitmemiş olmasının "farklılık" olarak değerlendirilmesi yerinde olmayacaktır. Bu anlamda, yukarıda da açıklandığı üzere, Direktif'in bu tür sözleşmeleri kapsam dışı tutma nedeni olarak değerlendirilebilecek olan AT Komisyonunun "her devletin taşınmazlarla ilgili farklı hukukî düzenlemelerine" dikkati çeken ortak görüşü gözden kaçırılmamalıdır. AT Komisyonuna göre, söz konusu taşınmaz sözleşmeleri üzerinde herhangi bir direktif uygulamasından bahsedilebilmesi için, ilk önce, AT Hukuku kapsamında üye devletlerin ilgili hukukî düzenlemelerinde uyumlaştırılmaya gidilmelidir.[654]

Türk Hukukunda örneğin, taşınmaz satımına ilişkin hukukî düzenlemelerin dikkate alınması halinde ise zaten, taşınmaz satım sözleşmelerinin elektronik uzaktan haberleşme araçları vasıtasıyla kurulamayacakları açıktır. Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında, elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukukî sonuçları doğurmasına istisna getirilen hallerden birisi de, kanunların resmi şekle tabi tuttuğu hukukî işlemlerdir.[655]

İkinci olarak, "*banka ve sigorta işlemleri*"nin Türk Hukukunda mesafeli sözleşmeleri düzenleyen hükümlerin uygulama alanı dışında düzenlenmesi, AT

---

[654] Bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, C, 1, c.

[655] Aslan, sh. 422-423; Gezder, sh. 71-72.: Yazarın da belirttiği gibi ayrıca, TKHK'nun "mal" kavramının tanımını yapan 3. maddesinin (c) bendi de dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Buna göre, tüketici sözleşmelerinin konusu olabilecek olan taşınmaz mal kavramı sadece, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları kapsamaktadır.

Hukuku ile uyumun sağlanmasında gerçek bir eksiklik olarak değerlendirilebilecektir. Yukarıda da açıklandığı üzere, Direktif'de de aynı düzenlemeye yer verilmiş olmakla birlikte, Direktif'in, FHHD ile değiştirildiği ve böylece, finansal hizmetlere ilişkin sözleşmelerin mesafeli sözleşmelerin kapsamına dahil edildiği burada bir kez daha hatırlatılmalıdır. Buna göre, Türk Hukukunda da daha fazla gecikmeden ilgili düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır.

Dikkat edilecek olursa, Yönetmelik m. 11'de, finansal hizmetlerden sadece "banka ve sigorta ile ilgili" olanlar kapsam dışı bırakılmıştır. Bu anlamda belirlenmesi gereken konu, "finansal hizmet" kavramınının çerçevesidir. Nitekim, söz konusu kavramının "banka ve sigorta ile ilgili olan" işlemlerden başkalarını da kapsaması halinde, bu tür finansal hizmet sözleşmeleri üzerinde TKHK m. 9/A ve Yönetmelik hükümlerinin uygulama alanı bulması söz konusu olacaktır.[656]

Üçüncü olarak, "*halka açık jetonlu telefonlar vasıtasıyla kurulan sözleşmeler*"i kapsam dışı bırakan Yönetmelik düzenlemesine ise anlam vermek imkansız gözükmektedir. Gerçekten, yukarıda da açıklandığı üzere ilgili Direktif düzenlemesine de getirilen eleştiriler de olmakla birlikte,[657] getirilen Yönetmelik düzenlemesiyle Direktif m. 3/1'in "*telekomünikasyon operatörleri ile kurulan*" yönündeki sözünün hiç dikkate alınmaması Türk kanun koyucusunun söz konusu düzenlemesini hem Direktif'le uyumsuz kılmış hem de uygulamada daha da anlamsız bir duruma yol açmıştır.[658]

---

[656] Bu konudaki eleştiri hakkında bkz., Gezder, sh. 67.

[657] Bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, C, 1, b.

[658] İnal, sh. 73; Atamer, Yeşim (2005), "TKHK m. 9/A ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in AB Mevzuatı Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri", BATİDER, Haziran 2005, C. XXIII, S. 1, sh. 196.

Son olarak, her ne kadar Direktif ile aynı yönde bir düzenlemeye yer verilmiş olsa da, kanımızca, Alman Hukukunun yukarıda açıklanan internet-açık arttırmalarına ilişkin yeni uygulamasının[659] Türk Hukukunda da dikkate alınması yerinde olacaktır.[660] Buna göre, Türk Hukukunda Yönetmelik hükümlerinin internet üzerinden yapılan açık arttırma sözleşmelerine uygulanabilmesi için "tek yol", Alman Hukukunda olduğu şekilde, internetteki işlemlerin geleneksel arttırmalardan (BK m. 225 vd.) farklı olarak değerlendirilmesidir.[661]

---

[659] Bkz., yukarıda Bölüm II, §6, IV, C, 4.

[660] Ancak bkz., Gezder, sh. 73: Yazar, açık arttırma yoluyla kurulan sözleşmelerin Yönetmelik'de kapsam dışı bırakılmasını *"Kanunun getirmediği sınırlamanın Yönetmelikle yapılmasının ne kadar hukukî olduğunu yargıç elbette nazara alacaktır"* şeklinde eleştirmiştir; Aynı yönde ayrıca bkz., İnal, sh. 173; Karşıt görüş için bkz., Aslan, sh. 409, 429-430: Yazar, TKHK m. 9/A'nın atfı ile Bakanlık'a düzenleme yapma yetkisi verildiği üzerinde durarak, TKHK m. 31'e de dayanarak düzenlemede bulunan Bakanlık'ın yetkisini aştığının düşünülemeyeceğini belirtmiştir.

[661] Yıldırım, sh. 1326; Ancak belirtilmelidir ki, internet-açık arttırmalarının BK m. 225 vd. anlamında geleneksel arttırmalardan ayrılması konusunda, sözleşmenin kurulmasındaki taraf iradelerinin nitelendirilmesi büyük rol oynamaktadır (Bu konuda bkz., İnal, sh. 161: Yazar, "*arttırmayı düzenleyenin beyanı öneri teşkil ediyorsa, sözleşme bu sürenin sona ermesiyle en yüksek peyi sürmüş olan kişi ile kurulmuş olacak ve bu kişiye sözleşmenin kurulmuş olduğuna dair gönderilen bir e-posta, sadece bildirici nitelik taşıyacaktır. Arttırmayı düzenleyenin beyanının öneriye davet teşkil ettiği durumda ise, en yüksek teklifin artırmayı düzenleyen tarafından kabul edilmesi gerekir...*" demiştir.); Açık arttırmayı düzenleyenin irade beyanı, arttırma şartnamesi niteliğini taşıyan genel işlem şartları dikkate alınarak yorumlanacaktır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Şenocak, Zarife, "Açık Artırma ile Satım Sözleşmesinin İnternet Üzerinde Kurulması", AÜHFD., 2001(3), sh. 96-97 ve 108).

B. Sözleşmeden Dönme Hakkının Düzenlendiği Hükümlerin Uygulama Alanı Dışında Kalan Sözleşme Türleri

Yönetmelik m. 8 f. 1, f. 2 ve f. 4'de, sözleşmeden dönme hakkının üzerinde kullanılamayacağı sözleşme türlerine şu şekilde yer verilmiştir:

- Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler ve tüketiciye anında teslim edilen mallara ilişkin sözleşmeler (Yönetmelik m. 8/2),
- Tüketicinin özel istek ve talepleri uyarınca üretilen veya üzerinde değişiklik ya da ilaveler yapılarak kişiye özel hale getirilen mallara ilişkin sözleşmeler (Yönetmelik m. 8/4) ve
- Niteliği itibariyle iade edilemeyecek, hızla bozulma veya son kullanım tarihi geçme ihtimali olan mallara ilişkin sözleşmeler (Yönetmelik m. 8/4).
- Ve nihayet, sözleşmede, hizmetin ifasının 7 günlük süre dolmadan yapılmasının kararlaştırıldığı hallere ilişkin olmak üzere, sözleşmeden dönme hakkı, ancak ifanın başlayacağı tarihe kadar kullanılabilecektir (Yönetmelik m. 8/1).[662]

[662] Bu durumu aslında, "sözleşmeden dönme hakkının istisnası" olarak değil de, Alman Hukukunda olduğu şekilde, "sözleşmeden dönme hakkını sona erdiren neden" olarak tanımlamak daha uygun olacaktır. Ancak, Türk Hukukunda, Alman Hukukunda olduğu şekilde, "sözleşmeden dönme hakkını sona erdiren nedenler" gibi ayrı bir düzenlemeye gidilmediğinden söz konusu halin bu başlık altında incelenmesi yerinde görülmüştür (İlgili Alman Hukuku düzenlemesi için bkz., yukarıda Bölüm II, §8, III, A, 3).

Yukarıda sayılan sözleşmeden dönme hakkının istisnası olarak düzenlenen sözleşme türlerinin incelenmesine geçilmeden önce Türk kanun koyucusu söz konusu düzenlemesi ile, Direktif'in ilgili m. 6/3'de geçen "taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça" şartını iç hukukuna aktarmayarak, kanımızca tüketici aleyhine bir düzenlemeye gittiğini vurgulamak yerinde olacaktır. Özellikle Türk Hukukunda tüketiciyi korumaya yönelik getirilen hükümlerin emredici nitelikte olduğu dikkate alındığında, her iki tarafın da bu konuda, sözleşme yapma özgürlüğünün elinden alındığı ortadadır.

Direktif ile uyumun incelenmesinde yukarıda sayılan sözleşme türleri dikkate alındığında ise, düzenleme alanı bulan bir istisnai hal dışında, Yönetmelik'in Direktif ile uyum içinde olduğu söylenebilecektir. Bu anlamda, farklılık arzeden söz konusu istisnai hal, Yönetmelik m. 8/2'deki "*elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler ve tüketiciye anında teslim edilen mallara ilişkin*" sözleşmelerdir.

Türk kanun koyucusunun bu düzenlemesinde kanımızca Direktif m. 6/3'ün iki hükmünden esinlendiği ileri sürülebilecektir ki, bunlar düzenleniş nedenleri dikkate alındığında bizi, Türk kanun koyucusunun bu düzenlemesinin yerinde olduğu sonucuna götürebilecek niteliktedir. Direktif'in bu sözü geçen düzenlemeleri (1) tüketicinin rızası ve kabulüyle 7 günlük dönme hakkı süresinin sona ermesinden önce ifasının kararlaştırıldığı hizmet sözleşmeleri ile (2) mühürlü paketi açılmış olan bir kaset, CD, disket gibi ses ya da görüntü bantlarının ya da bilgisayar yazılım programlarının teslimine yönelik sözleşmelerdir.

Birinci hal, Türk Hukukunda her ne kadar ayrı olarak açıkça düzenlenmiş olsa da, AT Hukukundaki düzenleniş nedeni gözönünde tutulduğunda Yönetmelik m. 8/2'deki istisnai halin de düzenlenmesine ışık tutabilecek niteliktedir. Gerçekten, bu

düzenlemesiyle bir bakıma satıcı ya da sağlayıcı ile tüketici arasındaki menfaatler dengesini kurmayı amaçlayan AT düzenlemesinin amacı, aslında satıcı ya da sağlayıcının çıkarlarını da gözetmek yönündedir.[663] Yukarıda da açıklandığı üzere, ifa edilen hizmetin satıcı ya da sağlayıcıya iadesi mümkün değildir. Buna göre, söz konusu AT düzenlemesi yukarıda da açıklandığı üzere özellikle internet üzerinden kurulan ve talep edilen hizmetin ifasının yine aynı uzaktan haberleşme aracı vasıtasıyla anında yerine getirildiği hizmet sözleşmeleri açışından büyük öneme sahiptir ki, bu somut durum Yönetmelik m. 8/2'de kanımızca "*elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler*" şeklinde düzenlemesini bulmuştur.

Ancak, Türk kanun koyucusunun bu anlamda Direktif'in ilgili düzenlemesinde öngörülen "*tüketicinin rızası ya da kabulüyle*" şartını gözden kaçırdığı ortadadır. Bu anlamda tüketicinin, satıcı ya da sağlayıcının sözleşmede tek taraflı belirlediği genel işlem şartları niteliğindeki kendini dönme hakkından muaf tutan ibaresine karşı korunması Türk Hukukunda mümkün görünmemektedir.

Özellikle Alman Hukukunun "tüketicinin *açık* onayını arayan" ilgili düzenlemesi dikkate alındığında, konunun önemi daha iyi anlaşılacaktır. Yukarıda da açıklandığı üzere Alman Hukukunda böylece, tüketicinin kabul beyanını girişimci tarafından tek taraflı hazırlanan sipariş formunu imzalayarak karşı tarafa göndermesi

[663] Bu anlamda *Gezder*'in AT'nun söz konusu düzenlemesini "sorunlu" bulan görüşü kanımızca yerinde değildir (Bkz., Gezder, sh. 220: Yazar, *"zira bu hükümde sorun, tüketicinin hizmeti süratli bir şekilde talep etmesinin mümkün olabildiği yerlerde bunu ancak sadece dönme hakkından vazgeçerek yapabilmesinde zuhur edecektir"* demiştir). Bu anlamda, yazarın görüşünün aksine belirtilmesi gereken konu, ifa edilen hizmetin iade edilemeyiş niteliğinden ötürü, taraflar arasındaki menfaatler dengesi düşünüldüğünde söz konusu Direktif düzenlemesinin "sorunsuz" olduğudur.

hali dahi, BGB'nin genel işlem şartlarını düzenleyen hükümlerine aykırı olarak değerlendirilmiştir.[664]

Türk kanun koyucusunun, Alman Hukukunda tüketici lehine daha da sert bir düzenlemeye neden olan söz konusu Direktif şartını iç hukukuna hiç aktarmamış olmasına hak vermek mümkün değildir. Türk kanun koyucusunun tüketici aleyhine sonuç doğurabilecek söz konusu "unsur eksikliği"ni gidermesi gereği ortadadır. Ancak bu durumda ise, Yönetmelik m. 8/1'deki "*sözleşmede, hizmetin ifasının 7 günlük süre dolmadan yapılması kararlaştırılmışsa, tüketici ifanın başlayacağı tarihe kadar dönme hakkını kullanabilir*"[665] şeklindeki düzenlemeden dolayı, Türk kanun koyucusunun düzenlemesinin tekrardan ibaret olduğu yönünde bir tartışmanın ileri sürülmesi kaçınılmaz olacaktır. Sonuç olarak, Türk kanun koyucusunun elektronik ortamda anında ifa edilen hizmet sözleşmeleri yönünden bu şekilde ayrı bir

---

[664] Bkz., yukarıda Bölüm II, §8, III, A, 3.

[665] Türk Hukukundaki bu düzenleme sözüyle Direktif'den ayrılmakla birlikte, özüyle ilgili Direktif düzenlemesiyle aynı niteliktedir. Nitekim, Alman Hukukunda da bu yöndeki ilgili BGB § 312d Abs. 3 düzenlemesinin metni aynı yöndedir. Bu anlamda, Alman Hukukunda da söz konusu durum, dönme hakkının istisnası olarak değil, "sözleşmeden dönme hakkını sona erdiren neden" olarak öngörülmüştür. Buradan hareketle, *Gezder*'in -kanımızca yerinde olmayan- Direktif m. 8/1'i yorumlayan görüşüne de değinilmeden geçilemeyecektir (Bkz., Gezder, sh. 220: Yazar, Direktif'de sözü geçen "...kararlaştırılmışsa..." ifadesini, "*eğer taraflar kararlaştırmamışlarsa 7 günlük süre dolmadan hizmet sözleşmesinin ifa edilemeyeceği*" şeklinde yorumlamıştır. Özellikle Alman Hukukundaki durum da dikkate alındığında yazarın görüşünün aksine kanımızca, söz konusu hizmetin ifasının her halde mümkün olduğu, ama tüketicinin rızası ya da kabülünün yokluğu halinde, tüketicinin dönme hakkının istisnai olarak sona ermeyeceği sonucuna varmak daha doğru olacaktır).

düzenlemeye gitmeyerek, bu sözleşme türünü Yönetmelik m. 8/1 hükmü kapsamında değerlendirmekle yetinmesi kanımızca daha isabetli olurdu.

Yukarıda belirtilmiş olan ikinci halin yine aynı yöndeki düzenleniş nedeni de, Direktif'den metniyle farklı olan, "*elektronik ortamda tüketiciye anında teslim edilen mallar*" şeklindeki Yönetmelik hükmüne temel teşkil edebilecek niteliktedir. Şöyle ki, elektronik ortamda teslimi gerçekleştirilebilen malların (gayri maddî mallar) niteliği de,[666] "tüketicinin onu kopyalayabilecek ve dönme hakkının kullanılması halinde satıcının buna rağmen parasını geri isteyemeyecek durumda"[667] olması açısından bir bakıma yukarıda açıklanan hizmet özelliğine sahiptir.

Burada dikkat edilmesi gereken konu, söz konusu Yönetmelik düzenlemesinde, Direktif'den farklı olarak, "mühürlü paketi açılmış olma" şartına yer verilmemiş olmasıdır ki, Türk kanun koyucusunun bu düzenlemesi kanımızca yerindedir. Gerçekten, böylece satıcının "yükleme" işlemini kullanarak yaptığı örneğin, bilgisayar yazılım programları satışlarında da, tüketicinin sözleşmenin niteliğiyle uyuşmayan dönme hakkını kullanmasının önüne geçilmiştir.[668]

Ancak, Türk kanun koyucusu bu düzenlemesi ile, her ne kadar taraflar arasındaki menfaatler dengesini sağlamaya yönelik önemli bir adım atmışsa da; yine aynı hükümde, gereksiz yere, "anında ifa" şartını öngererek ve ayrıca, Direktif'de olduğu şekilde "teslimi elektronik ortamda gerçekleştirilemeyen ama kopyalanabilme

---

[666] TKHK m. 3'e göre "mal" kavramı, "*alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddî malları*" ifade etmektedir. Bu tanımdan da hareketle, Yönetmelik m. 8/2'de düzenlenen bu sözleşme türünde adı geçen "mal" kavramı, gayri maddî malları kapsamaktadır.

[667] Aynı yönde bkz., Gezder, sh. 223.

[668] Bu konuda Direktif'e yöneltilen eleştiri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., Gezder, sh. 223.

özelliğine sahip kaset, CD, disket gibi ses ya da görüntü bantları" açısından dönme hakkının kullanılmasında herhangi bir kısıtlamaya gitmeyerek açıkçası başladığı noktaya geri dönmüştür. Bu anlamda, özellikle öngörülen "anında ifa" şartıyla kanun koyucunun ne ifade etmek istediği belirsizdir. Amacı menfaatler dengesini kurmak olan kanun koyucunun, "gayri maddî mallar"ın yukarıda açıklanan özelliğinden dolayı satıcıyı korumak istediği ileri sürülebilecektir ki, elektronik ortamda "anında teslim edilmeyen" gayri maddî mallar yönünden de, satıcının aynı tür bir tehlikeyle karşılaşabileceğinin inkar edilemeyeceği ortadadır. Bu durumda, Türk kanun koyucusunun kendisiyle çeliştiğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

Son olarak, Yönetmelik'de, Direktif'den farklı olarak, konuya ilişkin düzenleme alanı bulmamış olan sözleşme türlerini de ayrıca belirtmek gerekirse bunlar, yukarıda da değinilen (1) *mühürlü paketi açılmış olan* (teslimi elektronik ortamda gerçekleştirilmeyen) bir kaset, CD, disket gibi ses ya da görüntü bantlarının ya da bilgisayar yazılım programlarının teslimine yönelik sözleşmeler, (2) gazete, dergi veya diğer magazin yayınlarının teslimine ilişkin sözleşmeler ve (3) bahis, yarışma ve piyango gibi yetkili kurum iznine bağlı olarak yürütülen hizmetlerin ifasına yönelik sözleşmelerdir.[669] Ancak, tezin kapsamı dışında kalan "taraflar arasındaki menfaatler dengesi" konusu bir tarafa bırakıldığında, Direktif'in "asgari düzeyde koruyucu kurallar öngördüğünü" düzenleyen 14. maddesinden hareketle,

[669] Ayrıca, yine Direktif m. 6/3'de düzenlemesini bulmuş olan "fiyatın girişimci tarafından kontrol edilemeyen finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değiştiği mal ya da hizmet sözleşmeleri"nin de, Türk Hukukunda düzenlenmediği gözden kaçırılmamalıdır. Ancak, bu istisnai hal Direktif'de düzenlenmesi eleştirilen tek istisnai durum olduğundan, bu sözleşme türüne bu başlık altında bir daha değinilmemesi tercih edilmiştir (Söz konusu eleştiri hakkında bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, C, 3).

Türk kanun koyucusunun bu sözleşme türlerine düzenlemesinde yer vermemiş olması Direktif ile uyumun incelenmesi konusunda eleştirilemeyecektir.

Buna ilaveten, mühürlü paketi tüketici tarafından açılmış olan ses ya da görüntü kayıtları veya bilgisayar programları ile gazete ve dergilerin, "niteliği itibariyle iade edilemeyecek mallara ilişkin sözleşmeleri, dönme hakkının istisnası olarak" düzenleyen Yönetmelik m. 8/4'ün kapsamı içinde değerlendirilebilmeye müsait oldukları da gözden kaçırılmamalıdır.[670]

§ 13. Mesafeli Sözleşmenin Kurulması

I. Sözleşmenin Kuruluşunda Taraf İradeleri

A. İcap-İcaba Davet

Türk Hukuku yönünden de beyanın hukukî anlamda bağlayıcı nitelikte bir icap sayılabilmesi için aranan şartlar irade beyanının sözleşmenin esaslı noktalarını kapsaması ve beyanda bulunanın söz konusu beyanıyla bağlanma iradesinin varlığıdır.

Özellikle "bağlanma iradesi şartı" gözönüne alındığında, yine yukarıda açıklanan Alman öğretisinin irade beyanının hukukî niteliğinin saptanmasında dikkate aldığı "*girişimcinin, stoklarını ve karşı tarafın ödeme gücünü kontrolü*" gibi subjektif kıstaslardan hareketle, Türk öğretisince de tartışılan konu, gerek klasik gerek elektronik mesafeli sözleşmelerin kurulmasında rol alan irade beyanlarının hukukî niteliğinin saptanmasında kendini göstermektedir.

[670] İnal, sh. 188-189; Gezder, sh. 226; Atamer (2005), sh. 192.

Bu konuda BK m. 7/3 hükmü dikkate alındığında, Türk kanun koyucusunun tavrı aslında ortadadır. BK m. 7/3'de, "semenini göstererek yapılan emtia teşhiri"nin kural olarak icap sayılacağı öngörülmüştür. Buna göre Türk kanun koyucusu, belli bir kişiyi hedef almayan aleni irade beyanlarının,[671] "ileride kurulması amaçlanan sözleşmenin esaslı noktaları" ile "beyanda bulunanın bağlanma iradesi"ni de kapsaması halinde, icap olarak nitelendirilmesi gerektiği üzerinde durmuştur.

Dikkat edileceği üzere, Türk Hukukunda, Alman Hukukundan farklı olarak konuya ilişkin açık bir madde düzenlemesi getirilmiş olmakla birlikte, söz konusu aleni irade beyanlarının farklı yönde yorumlanabileceği de BK M. 7/2'de ayrıca belirtilmiştir. Ancak Türk kanun koyucusu, hangi hallerde söz konusu irade beyanının icaba davet teşkil edeceğini açıkça belirtmemiş ve böylece, her somut olayın özellikleri dikkate alınarak irade beyanının yorumu yolunu açık tutmuştur. Bu anlamda, örneğin internet üzerinden yapılan her mal teşhirinin "kesin ve katı bir şekilde"[672] icap olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.[673]

Buna ilaveten, özellikle katalog üzerinden yapılan mal teşhirlerinin de, BK m. 7/3 anlamında icap olarak nitelendirilmesi mümkün olsa da, yine beyanda bulunanın bağlanma iradesinin varlığı, her somut olayda yukarıda açıklanan subjektif kıstaslar doğrultusunda ayrıca saptanmalıdır. Nitekim, BK m. 7/1'de de, bu konuya şu şekilde değinildiği gözden kaçırılmamalıdır: "*icabı dermeyan eden kimse,...akdi iltizam etmemek niyetinde olduğu gerek halin muktezasından, gerek işin hususi mahiyetinden istidlâl olunursa, icap lüzum ifade etmez*". Bu yönde *Tekinay*'ın "*bir*

---

[671] Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken konu, yine BK m. 7/2'de, tarifelerin, fiyat listelerinin ve benzerlerinin gönderilmesinin yalnız başına icap sayılmayacağının öngörüldüğüdür.

[672] İnal, sh. 130.

[673] Demir (2004), sh. 212.

bisiklet imalâtçısının çeşitli tipteki bisikletlerin resimlerini ve bunların fiyatlarını havi bir kataloğu bazı kimselerin adreslerine göndermesinin tek başına icap teşkil etmeyeceği, ancak söz konusu katalogta örneğin, bize bir mektupla başvuran müşterilerimize istedikleri bisiklet üç gün içinde teslim edilir şeklindeki bir ibareye de yer verilmesi halinde bunun icap olarak nitelendirilebileceği" yönündeki görüşüne hak vermek yerinde olacaktır.[674]

Bu anlamda gerek katalog üzerinden gerek web sayfaları üzerinden fiyatları belirtilerek yapılan elektronik mal teşhirleri olsun, bu tür irade beyanlarında "güven teorisi çerçevesinde" bağlanma iradesini ifade eden açık bir ibareye yer verilmediği sürece, söz konusu mal teşhirlerinin kural olarak, hukuken bağlayıcı olmayan icaba davet olarak nitelendirilmesi daha doğru olacaktır.[675] Nitekim, söz konusu mal teşhirlerinde tüketicinin, satıcının umuma sunduğu malların tükenebileceğini açıklayıcı nitelikteki ayrı bir beyanına gerek olmaksızın kendiliğinden böyle bir sonucuna ulaşması gerektiği ortadadır.

Aksi yöndeki bir yorum tarzı, "sözleşme özgürlüğü ilkesi"nin zedelenmesine neden olabilecek niteliktedir.[676] Sözleşme özgürlüğü ilkesine göre, kural olarak hiç

---

[674] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 112.

[675] Aksi yönde bkz., Demir (2004), sh. 215.

[676] Türk Hukukunda özellikle fiyatını göstererek mağaza vitrinlerindeki mal teşhirlerinin TKHK m. 5/1 gereği icap olarak kabulü kanımızca bu tür bir niteliğe sahiptir ki, TKHK, malların fiyatıyla teşhirini zorunlu kılmaktadır (Alman Hukukunda mağaza vitrinlerindeki mal teşhirlerinin icaba davet olarak nitelendirilmesi konusunda bkz., Dilger, sh. 32; Larenz/Wolf, sh. 555, § 29, Rdr. 20; Bu anlamda *Gezder*'in, "*Alman Hukukunda bazı yazarların web sayfasında malların sergilenmesini, bir dükkanda fiyatları ile gösterilmesiyle aynı gibi kabul ettiğini ve dolayısıyla da, icap olarak değerlendirdiğini*" belirtilen cümlesi okuyucuyu yanıltabilecek niteliktedir. Bu konuda bkz., Gezder, sh. 97). TKHK m. 5/1'e göre, "*üzerinde numunedir veya satılık değildir ibaresi*

kimse istemediği bir sözleşmeyi yapmak zorunda bırakılamaz. Sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlanması ancak kanunda sayılan hallerle mümkündür ki, tezin

---

bulunmayan bir malın; ticarî bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi halinde satıcı bu malların satışından kaçınamaz"; Ayrıca bkz., Demir (2004), sh. 217: Yazar, maddî hukuk kökenli özel bir kanundan kaynaklanan kurallarla bir beyanın bağlayıcı nitelikte olduğunun belirlenmesi halinde, icaptan bahsedilebileceği üzerinde durmuştur. İşte, TKHK m. 5/1 söz konusu özel hükümlerden birisidir. Ancak dikkat edilmesi gereken konu, yazarın da yerinde olarak belirttiği üzere, gerçekte icaba davet niteliği taşıyan bir beyanın bu suretle tam bir icap haline getirilmediği, sadece mevcut irade beyanıyla sahibinin bağlılık derecesinin güçlendirilmiş olduğudur. Yazarın söz konusu görüşü yerinde olmakla birlikte, onun, "mesafeli sözleşmelerde satıcı ya da sağlayıcının tüketicinin siparişinin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içerisinde edimini ifayla yükümlü olduğunu" öngören TKHK m. 9/A f. 3. hükmünü de, aynı katagori içerisinde değerlendiren görüşüne katılmak kanımızca mümkün değildir. Yazara göre, TKHK m. 9/A f.3 hükmü, satıcı ya da sağlayacının katalog ya da elektronik uzaktan haberleşme araçları kullanarak yaptığı mal ve hizmet teşhirinin -karşı tarafta güven uyandıracak nitelikte başka bir ibareye gerek olmaksızın- yalnız başına icap olarak yorumlanmasına neden olabilecektir; Aynı görüşte bkz., Gezder, sh. 110-111: Yazar, söz konusu mal ya da hizmet teşhirlerinin TKHK m. 9/A f. 3 gereği icap olarak nitelendirilmesi gerektiği üzerinde durmakla birlikte, kanun koyucuyu TKHK m. 5/2'de sağlayıcıya ve dolayısıyla da, satıcıya tanıdığı "haklı bir sebep" gösterme imkanını, TKHK m. 9/A f. 3 ile mesafeli sözleşmelerde tanımayarak dikkatli bir düzenlemeye gitmediği yönünden eleştirmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, yazarın bu eleştirisinin kabulü, ancak TKHK m. 9/A f. 3'ün yukarıda açıklanan şekilde yorumlanması halinde kaçınılmazdır. Gerçekten, maddenin "söz konusu mal ya da hizmet teşhirlerinin kesin ve katı bir şekilde icap olarak" yorumlanmasına neden olduğu görüşünün benimsenmesi halinde, TKHK m. 5'e kıyasla kanun koyucu tarafından, örneğin satıcıya stoğundaki malların tükendiği yönündeki haklı bir sebebi tüketiciye karşı ileri sürme imkanının açıkça tanınmadığı ortadadır; Ancak, malın ya da hizmetin mevcut olmaması durumunu özel olarak düzenleyen Yönetmelik düzenlemesi için bkz., aşağıda Bölüm III, §15, II.

konusu açısından önemli olabilecek söz konusu hallerden birisi, herkese sunulan örneğin, demiryolu, posta, su ve gaz gibi hizmetlerin ifasının zorunlu kılınmış olmasıdır. Halk için son derece önemli olan örnek kabilinden sayılan söz konusu hizmetlerin özellikle kamu kuruluşlarınca halka arzı, genel ve devamlı nitelikte bir icaptır.[677] Sözleşme yapma zorunluluğuna burada bu anlamda değinilmemesinin nedeni, örneğin katalog ya da web sayfası üzerinden herkese yapılan mal teşhirlerinin de, kişinin beyanıyla bağlanma iradesinin varlığının her somut olayın özellikleri doğrultusunda ayrıca araştırılmaksızın kesin bir şekilde icap olarak nitelendirilmesi halinde, satıcı açısından sözleşme yapma zorunluluğunu beraberinde getirebileceğidir. Bu anlamda, özellikle *Gezder*'in TKHK m. 9/A f. 3 hükmünü yorumlayış tarzının kabulü halinde,[678] Türk Hukukunda mesafeli sözleşmelerde uzaktan haberleşme araçları vasıtasıyla mal ya da hizmet teşhirinde bulunan satıcı ya da sağlayıcının –kanun tarafından açıkça tanınmış haklı bir sebep ileri sürme imkanın da yokluğu dikkate alınarak- sözleşme yapma özgürlüğünün bir bakıma elinden alındığının ileri sürülmesi yanlış olmayacaktır.

---

[677] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 487-488; Ayrıca Alman Hukukunda sözleşme yapma zorunluluğu konusu hakkında bkz., Larenz/Wolf, sh. sh. 555-556 (§ 29, Rdr. 21).

[678] *Gezder*'in yorumu için bkz., yukarıda dpn. 676.

B. Kabul

Türk Hukukunda "kabul" kavramının tanımı, "*muhatapça yapılan, sözleşmenin icaba uygun olarak kurulmasına muvafakati kapsayan ve etkili olabilmesi için karşı tarafa ulaşması gereken irade beyanı*" olarak yapılmaktadır.[679]

Yukarıda da açıklandığı üzere, mesafeli sözleşmeler açısından bu konuda sorun teşkil edebilecek ya da daha doğru bir deyişle, tartışmaya yol açabilecek olan nokta, icapçının kabul için müddet tayin etmediği hallerde,[680] kabulün hukukî hüküm ve sonuçlarını doğurması açısından kabul süresinin belirlenmesinde kendini gösterecektir. Bu bakımdan, hangi uzaktan haberleşme araçlarının "hazırlar arası" ve hangilerinin "hazır olmayanlar arası" sözleşmelere neden olduğu sorusu, Türk Hukukunda da cevaplanması gereken bir sorudur.

Gerek klasik gerek elektronik mesafeli sözleşmeler olsun, tüm sözleşmelerde olduğu gibi bu tür sözleşmelerin de kurulabilmesi için, *İnal*'ın da belirttiği gibi, "*tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanları gerekmektedir ve sözleşmelerin bu şekilde kurulması, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin temel prensiplere göre herhangi bir farklılık arzetmemektedir*".[681] Bu anlamda, kabul ile ilgili, bu başlık altında zikredilmeyen konularda, BK'nun ilgili genel hükümlerinin dikkate alınması yerinde olacaktır.

---

[679] İnal, sh. 124.

[680] İcapçının icabında kabul için müddet koyması halinde ise, BK m. 3'e göre, icapçı bu müddetin geçmesine kadar icabıyla bağlı kalacak ve sözleşme de, ancak kabul beyanının bu müddet geçmeden kendisine varması halinde kurulabilecektir.

[681] İnal, sh. 133.

Tekrar yukarıda belirtilen konuya geri dönmek gerekirse, Türk Hukukunda da, tarafların "yüz yüze gelmemeleri" halinde iletişimin kural olarak hazır olmayanlar arasında cerayan ettiği kabul edilmektedir. İstisnai olarak, telefonla yapılan icap için, "*muhatabın yüzüne karşı yapılan icap gibidir*" belirlemesi yapılmıştır (BK m. 4/2).

Bu anlamda, uzaktan haberleşme araçlarından telefon kullanılarak kurulan mesafeli sözleşmeler, hazırlar arasında yapılan sözleşmelerdendir ve kabul beyanının zamanında yapılıp yapılmadığının tayininde, BK m. 4/1 hükmü dikkate alınacaktır. BK m. 4/1'e göre, hazır olan bir şahsa karşı süre tayin edilmeksizin yapılan icap, *derhal* kabul edilmediği taktirde icabı yapanı artık bağlamayacaktır. Bu hüküm dahilinde karşı tarafça zamanında verilen kabul cevabı ile sözleşme kurulmuş olacaktır.[682] Telefonda yapılan bir icap örneğin, teknik bir arıza nedeniyle kabul cevabı verilmeden görüşmenin kesilmesiyle sonuçlandığı taktirde, BK m. 4/1'de öngörülen şart gerçekleşmemiş olacak ve bu nedenle, icapçı yine icabıyla bağlı olmaktan kurtulacak ve sözleşme kurulmuş olmayacaktır.[683]

Telefonun hazırlar arasındaki sözleşmelere neden olduğu sonucuna varılmasında Türk Hukukunda öğreti tarafından belirtilen kıstaslar da, Alman Hukukundan farklılık arzetmemektedir. Buna göre, taraflar arasında doğrudan doğruya ve eş zamanlı iletişimi sağlayan tüm uzaktan haberleşme araçlarının aslında hazırlar arasındaki sözleşmelere neden olduğunun tespiti yerinde olacaktır. Bu

[682] Gezder, sh. 121; Demir (2004), sh. 229-230.

[683] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 115.

anlamda, Türk öğretisinde de hazırlar arası iletişimi sağladığı örnek olarak belirtilen yeni uzaktan haberleşme araçları, internet telefonu, chat ve video konferansdır.[684]

Doğrudan ve eş zamanlı iletişimi sağlayamayan uzaktan haberleşme araçları vasıtasıyla kurulan sözleşmeler ise, hazır olmayanlar arasında gerçekleştirilen sözleşmelerdendir. Bu durumda, icapçının herhangi bir süre tayin etmediği durumlarda, sözleşmenin kurulmasında kabul cevabının süresinin belirlenmesinde BK m. 5/1 hükmü dikkate alınacaktır. BK m. 5/1'de, Alman Hukuku ile yine aynı yönde, "*.....icap, zamanında ve muntazam surette irsal olunmuş bir cevabın vusulüne intizar edebileceği dakikaya kadar, onu yapan hakkında lüzum ifade eder*" öngörülmüştür. Bu şekilde zamanında yapılan kabul karşı tarafa ulaştığı anda[685] hüküm ifade edecek ve sözleşme kurulmuş olacaktır.[686]

---

[684] İnal, sh. 133; Ayrıca, internet telefonu ve chat'in işleyişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Gezder, sh. 95-96 ve113; Demir (2004), sh. 221-223.

[685] Elektronik beyanda ulaşma anı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Gezder, sh. 121-125; Demir (2004), sh. 231-232.

[686] Bu anlamda, örnek olarak, elektronik posta, web sayfası ve chat kanalı üzerinden gönderilen kabul beyanlarının sözleşmeyi kurduğu an hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., İnal, sh. 134; Kurulan sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının doğumu hakkında ayrıntılı bilgi için ise bkz., Demir (2004), sh. 243; Zamanında yapılan kabulün karşı tarafa geç ulaşması halinde ise, BK m. 5/3 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

II. Tüketicinin Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü

A. Genel Olarak

Türk Hukukunda da, Alman Hukukunda olduğu şekilde, sözleşme taraflarının bilgi sağlama yükümlülüğünü öngören genel bir kanun hükmüne rastlanmamaktadır. Bu nedenle, tüketicinin korunmasında satıcı ya da sağlayıcının bilgi verme yükümlülüğünden bahsedilebilmesi, ya özel bir kanun hükmünden ya sözleşmeden ya da dürüstlük kuralından kaynaklanacaktır.[687] İşte, satıcı ya da sağlayıcının bu anlamda mesafeli sözleşmelerde tüketiciyi bilgilendirmesi yükümlülüğü, Direktif düzenlemesi ile uyum çabası altında, TKHK m. 9/A f. 2'de düzenlenmiştir.[688]

TKHK m. 9/A f. 2'de, "mesafeli sözleşmeler"in[689] kurulmasından önce ayrıntıları Bakanlık'ça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin satıcı ya da sağlayıcı tarafından tüketiciye verilmesi zorunlu kılınmıştır. Bu anlamda, Bakanlık'ça düzenlenen söz konusu Yönetmelik'de, satıcı ya da sağlayıcının bilgi verme yükümlülüğünün düzenlendiği hükümler şunlardır:

- *Mesafeli sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciye verilmesi gereken ön bilgiler* (Yönetmelik m. 5),

---

[687] Gezder, sh. 173.

[688] Gezder, sh. 173.

[689] Kanun'un metninde geçen "mesafeli *satış*" ifadesinin haklı eleştirisi için bkz., İnal, sh. 179: Yazarın da belirttiği gibi, söz konusu hüküm, sadece satış sözleşmelerinde değil, mesafeli olarak akdedilen tüm sözleşmeler üzerinde uygulama alanı bulacaktır.

- *"Ön bilginin teyidinin tüketiciye yazılı olarak iletilmesi" yönündeki düzenleme* (Yönetmelik m. 6 c. 3) ve
- *Sözleşmede bulunması şart koşulan bilgi türleri* (Yönetmelik m. 7).

Dikkat edileceği üzere Türk kanun koyucusu, Direktif'den farklı olarak,[690] tüketiciye sağlanması gereken bilgi türlerini, "ön bilgiler" ve "sözleşmenin

[690] Karşıt görüş için bkz., Gezder, sh. 174: Yazar, Direktif'in ilgili 4. maddesi ile 5. maddesindeki düzenlemeye değinmiştir. Ona göre, Direktif m. 4'de, sözleşme kurulmadan yerine getirilecek bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmişken, Direktif m. 5'de, sözleşme ifa edilirken verilecek olan bilgi verme yükümlülüğü gösterilmiştir. Böylece, Direktif m. 5'de sayılan bilgilerin sözleşmenin kurulmasından önce verilmesinin gerekmediği üzerinde durarak, söz konusu iki hükümde yer alan bilgi türlerini birbiriden kesin olarak ayırmıştır. Hemen belirtilmelidir ki, yazarın bu görüşüne katılmak kanımızca mümkün değildir. Şöyle ki, Direktif m. 4 ve 5'de belirtilen bilgi türleri incelendiğinde açık olan şudur ki, m. 5'de sayılan bilgi türleri, aslında m. 4'de belirtilen bilgi türlerinin kapsamı daha da genişletilerek somutlaştırılmış birer halidir. Bu nedenle, sözleşme öncesi ve sonrası olmak üzere sınırları kesin olarak çizilmiş iki ayrı bilgi türünden ziyade, Direktif m. 5'e göre "bilginin teyidinin bir belge ile tüketiciye iletilmesinde", birbirini kapsam yönünden tamamlayan bilgi türlerinden bahsedilmesi daha doğru olacaktır; Ayrıca bkz., Zevkliler/Aydoğdu, sh. 277: Yazar, "*mesafeli sözleşmelerle ilgili Direktifte de hem önceden bilgilendirilme konusu hem de mesafeli sözleşmelerde yer alması gereken bilgiler ayrıntılı olarak belirtilmiştir*" demiştir. Kanımızca, yukarıda açıklanan *Gezder*'in görüşü ile aynı sonucun doğumuna yol açan bu cümleye de hak verilmesi imkansızdır. Ayrıca, yazarın kullandığı "*mesafeli sözleşmede yer alması gereken*" bilgi türü ifadesi de yerinde değildir. Unutulmamalıdır ki, Direktif m. 5'de, bilginin teyidinin bir "belge" ile sağlanması düzenlenmiştir, yoksa "*sözleşmede* yer alması gereken koşullar" değil; Nitekim bkz., Demir (2004), sh. 43: Yazar, sözleşme sonrası bilgilendirme yükümünde izlenen normatif amacın, sözleşme içeriğini oluşturan unsur (ki, kanımızca bunlar tüketicinin sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanının oluşmasında etkili olan unsurlardır ve sözleşme öncesi

kurulmasından sonra iletilecek bilgiler" olmak üzere iki ayrı başlık altında inceleme gereğini duymuştur. Türk kanun koyucusunun bu tavrı, bir bakıma Alman Hukukunun ilgili düzenlemesini çağrıştırmaktadır.

Hatırlanacağı üzere, Alman Hukukunda, sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciye iletilecek bilgi türleri InfoVO § 1 Abs. 1 Nr. 1-9'da sayılmıştır. Buna ilaveten, "bilginin teyidinin tüketiciye metin şeklinde iletilmesini" öngören BGB § 312c Abs. 2'de ise, söz konusu ön bilgilerden başka, InfoVO § 1 Abs. 4'de düzenlenen "sözleşmenin kurulması halinde tüketiciye iletilmesi gereken bilgi türlerinin" de metin şeklinde teyidine yer verilerek, sözleşme öncesi ve sonrası olmak üzere ikili bir ayırıma gidilmiştir.[691]

Alman Hukukunda bu yöndeki düzenlemeye karşı yukarıda açıklanan öğretideki eleştirilerin,[692] özellikle Yönetmelik m. 5 ve 7'deki bilgi türleri yönünden karşılaştırıldığında, Bakanlık'ça da[693] dikkate alınması gerektiği kanısındayız. Gerçekten, Yönetmelik m. 5 düzenlemesinin içerik bakımından aslında, -(1) tüketici hakkındaki bazı bilgiler, (2) sözleşmenin düzenlendiği tarih, (3) faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve gecikme faizi oranı, (4) ödeme planı ve (5) borçlunun

---

bilgilendirme yükümünün de konusunu oluştururlar) ve koşulların *belgelendirilebilmesi* ve verilen garantiler ile ayıba karşı teminat haklarını tüketicinin farkedebilmesinin *mümkün kılınması* olarak belirlemiştir.

[691] Bkz., yukarıda Bölüm II, §7, III, B.

[692] Bkz., yukarıda Bölüm II, §7, III, B.

[693] TKHK m. 9/A f. 2 ile kanun koyucu zira, sadece sözleşmenin kurulmasından önce bazı bilgilerin tüketiciye sağlanmasını öngörmüş ve tüketicinin bilgilendirilmesi konusunda sözleşme öncesi ve sonrası olmak üzere herhangi bir ayırıma gitmemiştir (Bkz., Gezder, sh. 175-176).

temerrüde düşmesinin hukukî sonuçları hariç-,[694] Yönetmelik m. 7 düzenlemesini kapsadığı ortadadır. Bu anlamda, Direktif düzenlemesinden hareket eden Bakanlık'ça, Yönetmelik m. 5 ve m. 7 düzenlemesindeki bilgi türlerinin, sanki bu bilgiler nitelikleri itibariyle tamamen birbirinden farklıymış gibi ele alınıp da, Yönetmelik m. 7'de belirtilen bilgi türlerinin, yine bu maddede, ayrıca "sözleşmede bulunması gereken şartlar" olarak düzenlenmesi yerinde olmamıştır.

Söz konusu hükme yönelik Türk öğretisinde getirilen bir yorum tarzı dikkate alındığında,[695] söz konusu bu düzenleme ile satıcı ya da sağlayıcıya, birbirini tamamlayan bilgiler yönünden çift yükümlülük yüklendiği ileri sürülebilecektir. Buna göre, aşağıda daha ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere, satıcı ya da sağlayıcı, (1) Yönetmelik m. 6 c. 3. gereği, Yönetmelik m. 5'de belirtilen bilgilerin "yazılı teyidi" ve (2) Yönetmelik m. 7 gereği, yine bu maddede belirtilen ve bazıları Yönetmelik m. 5'de sayılan bilgi türlerinin tekrarından ibaret olan bilgilerin bir de, "sözleşmeye eklenmesi" yükümlülüğü altındadır. Aslında böyle karmaşık bir düzenlemeye gidilmeden, söz konusu bilgi türlerinin, Yönetmelik m. 6 c. 3 hükmünde,[696] "ön bilgi" kavramı kullanılmaksızın, "bilgilerin doğruluğunun yazılı olarak kanıtlanması" başlığı altında birleştirilmesi daha doğru olurdu.

---

[694] Sözleşme öncesi sağlanacak bilgi türlerinden farklı olan bu bilgi türlerinin sözleşme sonrası tüketiciye sağlanmasındaki normatif amaç hakkında *Demir*'in görüşü için bkz., yukarıda dpn. 690.

[695] Aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele alınacağı üzere, *Aslan*, Yönetmelik'in 7. maddesini sözüyle bir yorumlayarak, "*mesafeli satışların da kapıdan satışlar gibi yazılı yapılması ve zorunlu içeri ile ilgili kurallara uyulması zorunluluğunun bulunduğunu*" belirtmiştir (Bkz., Aslan, sh. 421).

[696] Yönetmelik m. 6 c. 3 düzenlemesinin AT Hukukundaki karşılığı, Direktif'in 5. maddesindeki "bilginin teyidinin bir belge ile tüketiciye iletilmesi" yönündeki düzenlemeye denk gelmektedir (Bkz., yukarıda Bölüm III, §13, II, C).

Bakanlık söz konusu düzenlemesini değiştirmediği sürece, Yönetmelik m. 7 hükmünün, *İnal*'ın da değindiği[697] ve aşağıda da açıklanacağı üzere, amacı doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir.[698] Buna göre, Yönetmelik m. 7'deki "mesafeli sözleşmenin yazılı olarak yapılması zorunluluğu" ile ifade edilen, satıcı ya da sağlayıcının maddede sayılan bilgi türlerini, mesafeli sözleşmenin kurulması durumunda, "*kâğıt üzerinde ya da herhangi bir kalıcı vasıta*"yla[699] yazılı olarak tüketiciye iletmesi yönündeki yükümlülüğüdür. Bir başka deyişle, Yönetmelik m. 7'nin, ilgili Direktif düzenlemesindeki ibaresiyle "bilginin teyidinin bir belge ile tüketiciye iletilmesi" yönündeki düzenleme kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak, "sözleşmelerdeki haksız şartlar" kenar başlıklı TKHK'nun 6. maddesinin 6. fıkrasında açıkça, "*…9/A…maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri…*" ibaresine yer verilmiştir. Bir maddî hukuk kuralı olan bu hüküm, aslında bir çıkış yolu olarak görülen bu yorum tarzını engelleyebilecek nitelikte olup, Türk kanun koyucusunun söz konusu hatasının önüne geçilemez bir boyuta ulaşmasına yol açmıştır. Mesafeli sözleşmelerde şekil şartı öngörülmesi, ileride de açıklanacağı üzere, bir sözleşmenin kurulmasında özellikle pratikliği açısından seçilen uzaktan haberleşme aracı yönteminin kullanılmasının doğasına aykırıdır.[700] Bu nedenle Türk Hukukunda mesafeli sözleşmeleri öngören hükümlerin yeniden düzenlenmesinde, Türk kanun koyucusunun özellikle ilk bu konuya değinmesi ve yanlış olan düzenlemelerinden en

---

[697] İnal, sh. 184.

[698] Kanunun amacı doğrultusunda yorumlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Akipek/Akıntürk, sh. 118 ve 130-132.

[699] İnal, sh. 184; Ayrıca bkz., Demir (2004), sh. 45.

[700] Bkz., aşağıda Bölüm III, §13, IV.

azından bu TKHK m. 6/6 hükmünü kaldırması yerinde olacaktır. Tezde, açıklanan bu engele rağmen söz konusu yorum tarzının yine de benimsenmesi yoluna gidilecektir. Aksi halde, Türk Hukukunda mesafeli sözleşmelerin uygulanmasının neredeyse mümkün olmadığı sonucuna ulaşılması gerekecektir.

Türk Hukukunda AT Hukuku ile uyumu konusunda eleştirilmesi gereken bir başka konu ise, yukarıda da açıklandığı üzere, elektronik mesafeli sözleşmelerde satıcı ya da sağlayıcının bilgi verme yükümlülüğünün, ETHD m. 10 hükmü dikkate alınarak ayrıca düzenlenmemiş olmasıdır. Bu nedenle, bu başlık altında yapılacak olan açıklamalarda konu, Alman Hukukunda olduğu şekilde klasik ve elektronik mesafeli sözleşmelerde bilgi verme yükümlülüğü olmak üzere ikiye ayırılarak incelenmeyecektir.

Ancak, Türk kanun koyucusunun elektronik mesafeli sözleşmeler hakkındaki ileriki düzenlemelerine yardımcı olabilmesi açısından yukarıdaki açıklamaların dikkate alınmasının önerilmesinden başka, bu konuda ayrıca ETHD'nin konusu olan elektronik sözleşmelerin, sadece tüketici ile satıcı ya da sağlayıcı arasındaki hukukî ilişkileri kapsamadığının gözden kaçırılmaması da vurgulanmalıdır. Bu anlamda, ETHD kapsamında düzenlenen elektronik mesafeli sözleşmelere özgü kuralların, sadece tüketici ilişkileri üzerinde uygulama alanı bulan özel bir kanun niteliğindeki TKHK'nda düzenlenmesi, AT Hukukunun amacının karşılanmasında yetersiz kalacaktır. Sonuç olarak, Türk kanun koyucusunun bu konuda öngöreceği hukukî kurallara, BK'nun özel hükümlerinde yer vermesi isabetli olacaktır.[701]

[701] Nitekim, Alman Hukukunda da, ETHD doğrultusunda, özellikle bilgi verme yükümlülüğünün düzenlenmesi, genel bir kanun hükmü niteliğinde olan BGB § 312e Abs. 1 Nr. 2 ile gerçekleştirilmiştir (Bu konuda bkz., yukarıda Bölüm II, §7, III, C).

B. Sözleşme Öncesi Tüketiciye Sağlanacak Bilgi Türleri

Yönetmelik m. 5'de, mesafeli sözleşmelerin kurulmasından önce tüketiciye verilmesi zorunlu bilgi türlerine yer verilmiştir.

Buna göre:

- Satıcı veya sağlayıcının isim, ünvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri,
- Sözleşme konusu mal ya da hizmetin temel özellikleri,
- Sözleşme konusu mal ya da hizmetin tüm vergiler dahil satış fiyatı,
- Satıcı veya sağlayıcının fiyat dahil tüm vaatlerinin geçerlilik süresi,
- Tüketicinin ödemelerinin nasıl yapılacağına dair bilgiler,
- Teslimat ve ifanın nasıl yapılacağına ve varsa buna ilişkin masrafların tutarı ve kimin tarafından karşılanacağına dair bilgiler,
- Sözleşmeden dönme hakkı ve bu hakkın nasıl kullanılacağına dair bilgiler,
- Tüketiciye bir maliyeti varsa kullanılan iletişim yollarının ücreti,
- Sözleşme konusu mal ya da hizmetin teslim ve ifa tarihlerine ilişkin program ve

- Tüketicinin talep ve şikayetlerini iletebileceği satıcı veya sağlayıcının açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgileri, söz konusu bilgi türlerindendir.

Yönetmelik'deki bu düzenleme, gerek Direktif'in ilgili 4. maddesinin 1. fıkrası gerek Alman Hukukunun konuyu soyut olarak düzenleyen BGB § 312c Abs. 1 hükmü ile karşılaştırıldığında, ilk olarak, Türk kanun koyucusunun küçük bir ayrıntıyı gözden kaçırdığı söylenebilecektir. Şöyle ki, yukarıda da açıklandığı üzere, her iki düzenlemede de hükmün metninden tüketicinin sözleşmenin kurulmasından önce "zamanında" bilgilendirilmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Alman kanun koyucusu bu düzenlemesinin nedenini, "tüketicinin kendisine iletilen bilgileri değerlendirebilmesi ve sözleşmenin kurulup kurulmaması yönünde uygun bir karara varabilmesi için zamana ihtiyacı olmasına" bağlamıştır.[702]

Söz konusu ayrıntının gözden kaçırıldığı, Türk öğretisince de fark edilmiştir. *İnal*'a göre, bilginin aktarılması *zamanının* belirlenmesinde, Yönetmelik m. 5 hükmündeki ifade, "*bilginin sağlanmasının, müzakere aşaması tamamlanmış ve kurulma aşamasına gelmiş bir sözleşmenin kurulmasından hemen öncesine denk gelebileceği*"[703] şeklindeki bir yorumu müsait kılmaktadır. Öğretide yanlış olduğu belirtilen bu yöndeki bir yorum tarzının, uygulamada benimsenmesi halinde, Yönetmelik m. 5 hükmünün, tüketicinin Topluluk Hukuku boyutunda korunmasında yetersiz kalacağı ileri sürülebilecektir.[704] Bu nedenle, maddenin, "*bilgilendirmenin,*

[702] Bkz., yukarıda Bölüm II, §7, III, B.

[703] İnal, sh. 179.

[704] Micklitz/Tonner, sh. 109.

müzakere ya da bir başka deyişle, düşünme-değerlendirme-karar verme sürecinin başlamasıyla birlikte yerine getirilmesi gerektiği"[705] yönünde anlaşılması yerinde olacaktır.[706] Nitekim ETHD'denin 10. maddesinde söz konusu zaman dilimi, "siparişin verilmesinden önce" olarak hükme bağlanmıştır.

İkinci olarak, Türk kanun koyucusunun maddenin düzenlemesinde atladığı bir diğer nokta, Yönetmelik m. 5'de, bilginin aktarılmasında, Direktif m. 4/2'de öngörülen, bilginin "açık ve anlaşılır" olması şeklî şartına yer verilmemiş olmasıdır. Ancak, Topluluk Hukuku ile uyumun sağlanabilmesi açısından bu konuda da, yukarıda yapılan açıklamaların uygulamada dikkate alınması gerekmektedir. Bu anlamda, tüketiciye iletilecek bilginin kısa ve özlü olması ve ayrıca, tüketicinin, kullanılan uzaktan haberleşme aracının işlev ve niteliğine uygun olarak sağlanması gereken bilgiye "zahmetsizce" ulaşabilmesi asıldır.

Son olarak, Yönetmelik m. 5'de sayılan bilgi türleri, Direktif m. 4/1'deki bilgi türleri ile karşılaştırıldığında, Yönetmelik düzenlemesinin Direktif ile uyum içinde olduğu ortadadır.

Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, ETHD'nin iç hukuka aktarılmamış olması sebebiyle, mesafeli sözleşmelerin çoğunluğunu oluşturan elektronik sözleşmelerde, tüketicinin bilgilendirilmesi konusu, Türk Hukukunda bir hayli zayıf kalmıştır. Bu anlamda, Türk Hukukundaki eksiklik kendini elektronik mesafeli sözleşmelerde özellikle "güvenlik ve açıklığın sağlanması"nda göstermektedir.[707] Türk Hukukunda bu konuda, (1) sözleşmenin kurulmasında izlenecek farklı teknik

[705] İnal, sh. 179-180.

[706] Ayrıca bkz., Demir (2004), sh. 41.

[707] Wilmer/Hahn, sh. 472.

adımlara, (2) kurulan sözleşmenin satıcı ya da sağlayıcının verilerine kaydedilip edilmeyeceğine ve her zaman tüketici tarafından erişilebilir olup olmadığına, (3) siparişin verilmesinden önce girdi hatalarının belirlenmesine ve düzeltilmesine ilişkin teknik yollara ve (4) sözleşmenin kurulabilmesi için başvurulabilecek olan dillere ilişkin bilgi verme yükümlülüklerinin öngörülmesine yönelik adımın daha da geciktirilmeden atılması gerekmektedir.

C. Ön Bilginin Teyidinin Tüketiciye Yazılı Olarak İletilmesi Yükümlülüğü

Yönetmelik m. 6 c. 3'e göre, "*tüketici, mallar için sözleşme konusu mal kendisine ulaşmadan, hizmetler için de en geç sözleşmenin ifasından önce ön bilgileri içeren yazılı onayı almalıdır*".

Türk kanun koyucusunun bu düzenlemesi, "bilginin yazılı teyidi için öngörülen süre" ve "teyidi öngörülen bilgi türleri" yönünden Direktif'in ilgili 5. maddesinin 1. fıkrası ile aynı hükmü içermektedir.

Türk kanun koyucusunun, Direktif düzenlemesi doğrultusunda gözden kaçırdığı nokta ise, Direktif m. 5/1'de sözü geçen, bilginin teyidinin "*ya da ulaşılabilir sürekli bir taşıyıcısı*" vasıtasıyla tüketiciye iletilebilmesi yönündeki düzenlemedir. Her ne kadar, Türk öğretisinde bu konuda herhangi bir tartışmaya yer verilmeden söz konusu Yönetmelik düzenlemesi, Direktif'de öngörüldüğü şekilde, bilgiye erişilebilirliği sağlama amacıyla bilginin teyidinin "kâğıt üzerinde ya da herhangi bir kalıcı vasıta ile" aktarılması şeklinde açıklansa da, özellikle aşağıda eleştirilecek olan Yönetmelik m. 7 ve Yönetmelik m. 9/3'ün metindeki ibareleriyle

birlikte değerlendirilmesi halinde, konuya hakim olmayan bir tüketicinin maddeyi, "yazılı şekil şartı"nın öngörüldüğü şeklinde yanlış algılaması ihtimalidir.[708]

Gerçekten, Yönetmelik m. 7 hükmü, "mesafeli sözleşmenin yazılı olarak yapılması"na ilişkindir. Bu madde hükmünün sözüyle bir anlamlandırılması halinde, yukarıda da açıklandığı üzere, aslında sözleşmenin özellikleri ya da bir başka deyişle, esaslı noktalarına dair olan söz konusu ön bilgi türlerinden özellikle dönme hakkının teyidinin, yazılı şekil şartına uygun olarak tüketiciye iletilmemesi halinde, sözleşmenin tamamen batıl olduğu gibi yanlış bir sonuca varılabilecektir.[709]

Buna ilaveten, Yönetmelik m. 9/3'de de, yine benzer bir hüküm öngörülmüştür. Yönetmelik m. 9/3'e göre, "*satıcı ya da sağlayıcı mesafeli sözleşme konusu malın ya da hizmetin tüketiciye teslimi veya ifasından önce...ön bilgilerin teyidine ilişkin yazılı onayın bir nüshasını tüketicinin kendi el yazısı ile imzalamasını sağlayarak teslim eder*". İşte, bu maddede öngörülen satıcı ya da sağlayıcının söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmesinde öngörülen "tüketicinin kendi el yazısı ile imzalanmasını sağlayarak" şartı da bizi, ön bilginin teyidinin tüketiciye iletilmesinde yazılı şekil şartının arandığı yönündeki yanlış sonuca götürebilecek niteliktedir. Bu maddenin de amacına uygun olarak yorumlanması gerekmektedir. Söz konusu yorumun yapılmasında ise, yine aynı maddenin "*uyuşmazlık halinde ispat külfeti satıcı ya da sağlayıcıya aittir*" şeklindeki son cümlesi dikkate alınmalıdır. Bu durumda, Türk kanun koyucusunun olaya aslında ispat külfeti yönünden bir açıklık getirmek istediği ortadadır. Ön bilgilerin yazılı olarak teyidini tüketiciye

---

[708] Ancak, açıkça "yazılı şekil şartı"nın öngörüldüğünü düzenleyen TKHK m. 6/6'nın eleştirisi ve tezde dikkate alınmayacağı hakkında bkz., yukarıda Bölüm III, §13, II, A.

[709] Şekle bağlı bir sözleşmede kanunun esaslı saydığı noktaların yer almasının zaruri olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 171.

gönderdiğini ispat etmek zorunda kalan satıcı ya da sağlayıcı, elinde tüketicinin imzası olması halinde söz konusu durumu kolayca ispat edebilecektir. Ön bilgilerin teyidini tüketiciye kâğıt üzerinde ya da herhangi bir kalıcı vasıtayla yazılı olarak ileten satıcı ya da sağlayıcının, tüketicinin imzasını almayı ihmal etmiş olması halinde ise doğacak tek hukukî sonuç, onun söz konusu olayı ispatta zorlanacağı yönünde açıklanabilecektir.

Sonuç olarak, Yönetmelik'in 6. maddesinin 3. cümlesinin, Direktif'deki ibareler yönünde değiştirilerek, "ulaşılabilir sürekli bir veri taşıyıcısı" kavramının kullanılması yerinde olacaktır.

Böyle bir düzenleme ile, ayrıca belirtilmelidir ki, "kalıcılık" unsuru üzerinde de baskı yapılabilecektir. Bu anlamda, örneğin, yazılı olarak girişimcinin sadece internet sayfasında verilen veriler, yukarıda da açıklandığı üzere satıcı ya da sağlayıcı tarafından her zaman değiştirilebileceğinden, öngörülen yükümlülüğün yerine getirilmesinde yetersiz kalacaktır.

D. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Tüketiciye Sağlanacak Bilgi Türleri (Tüketiciye "Yazılı Olarak" İletilmesi Gereken Diğer Bilgi Türleri)

Sözleşmenin kurulmasından sonra bilgi verme yükümlülüğünün düzenlendiği Yönetmelik m. 7'de;

- Tüketicinin, satıcı veya sağlayıcının isim, unvan, açık adres, telefon ve varsa diğer erişim bilgilerinin,
- Sözleşmenin düzenlendiği tarihin,

- Malın veya hizmetin teslim veya ifa tarihi ve şeklinin,
- Teslimat ve ifaya ilişkin masrafların tutarı ve kimin tarafından karşılanacağına dair bilgilerin,
- Sözleşme konusu malın veya hizmetin cinsi veya türü, miktarı ve varsa marka ve modelinin,
- Malın veya hizmetin Türk lirası olarak vergiler dahil peşin fiyatının,
- Vadeye göre faiz ile birlikte ödenecek Türk lirası olarak toplam satış fiyatının,
- Faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirtilen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranının,
- Peşinat tutarının,
- Ödeme planının ve
- Borçlunun temerrüde düşmesinin hukukî sonuçlarının, tüketiciye "yazılı olarak" iletilmesi şart koşulmuştur.

Söz konusu bilgi türlerinin incelenmesinden önce, yukarıda yapılan açıklamaların burada da gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Buna göre, Yönetmelik m. 7 hükmünde öngörülen bu bilgi türlerine "*sözleşmede*" yer verilmesi şartı, sözleşmenin kurulması durumunda bilginin "kâğıt üzerinde ya da herhangi bir kalıcı vasıta ile yazılı olarak" iletilmesi anlamında yorumlanmalıdır.[710]

[710] Ancak, TKHK m. 6/6'da açıkça öngörülen "yazılı şekil şartı"nın eleştirisi ve tezde dikkate alınmayacağı hakkında bkz., yukarıda Bölüm III, §13, II, A.

Dikkat edileceği üzere, yukarıda sayılan bilgi türlerinden bazıları aslında Yönetmelik m. 5'de sayılan ön bilgilerin tekrarından ibarettir. Yönetmelik m. 7'deki farklı olan diğer bilgi türleri ise, tüketicinin isim, unvan ve diğer bilgileri, sözleşmenin kuruluş tarihi, ödeme planı ve dolayısıyla, tüketicinin ödemesi gereken faiz miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ile sözleşmede belirtilen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı ve temerrüd hükümleri ile ilgilidir. Malın fiyatının bir seferde peşin olarak ödenmesi halinde ise, geriye farklı olarak sadece tüketici hakkındaki bilgiler, sözleşme tarihi ile temerrüd hükümlerinin tüketiciye iletilmesi yükümlülüğü kalmaktadır. Bu nedenle, kanımızca, Yönetmelik m. 7'de sayılan bilgi türlerinin iletilmesini, Yönetmelik'in 6. maddesinin 3. cümlesindeki yükümlülüğü dahilinde yerine getiren satıcı ya da sağlayıcının, artık Yönetmelik m. 7'deki yükümlülüğünü yerine getirmediği ileri sürülemeyecektir. Nitekim, Direktif m. 5/1'in "*...bu bilgileri kendisine zaten...önce yazılı olarak ya da onun tarafından tasarruf edilebilir bir başka ulaşılabilir sürekli veri taşıyıcısı üzerinden iletmemiş olduğu sürece...*" şeklindeki cümlesinden kıyasla, Yönetmelik m. 7'de sayılan bu farklı bilgi türlerini, Yönetmelik m. 5'de sayılan bilgi türleri ile birlikte Yönetmelik m. 6 c. 3 hükmüne göre tüketiciye yazılı olarak ileten söz konusu satıcı ya da sağlayıcıdan, ayrıca başka bir yazılı teyitte bulunması beklenemeyecektir.

Buna ilaveten, Yönetmelik m. 7'de "tüketici" hakkındaki söz konusu bilgilerin de tüketiciye iletilmesinin öngörülmesindeki anlamsızlık ortadadır. Gerçekten, tüketicinin korunmasına yönelik getirilen bir düzenlemede, tüketicinin

örneğin, unvanı gibi kişilik hakkına dair bilgileri açıklamak zorunda bırakılması, korumanın amacına ters düşmektedir.[711]

Yukarıda sayılan bilgi türleri dikkate alındığında, Türk kanun koyucusunun, ilgili Direktif m. 5/1 düzenlemesinden farklı olarak, düzenlemesinde hiç değinmediği bilgi türlerinin varlığı göze çarpmaktadır. Bunlar, Direktif'de tüketiciye mutlaka iletilmesi şart koşulmuş olan (1) garanti koşulları ve (2) süresi bir seneyi aşan ya da süresi belirlenmemiş sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde sözleşmenin feshi koşullarıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere bu iki bilgi türü önemini özellikle, satıcı ya da sağlayıcı tarafından özel bir garantinin sağlanması ve belirsiz süreli sözleşmelerde kanunî fesih hakkının bulunmadığı durumlara ilişkin olmak üzere gösterecektir.[712] Ayrıca, tüketicinin bu konulara ilişkin kanunî bir hakkının söz konusu olduğu durumlarda ise, satıcı ya da sağlayıcının en azından ilgili yasal düzenlemeye gönderme yapmasının yine de şart koşulması gerekmektedir ki, tüketici böylece yasal haklarının farkına varıp, bu haklarını kullanıp kullanmayacağı hakkında karar verebilecek duruma gelebilsin.[713] Sonuç olarak belirtilmelidir ki, Direktif'de belirtilen bu bilgi türleri, Direktif'in diğer tüm hükümleri gibi "asgari" niteliktedir ve Türk kanun koyucusunun bu konuda tam bir uyum sağlayamadığı ortadadır.

[711] Aynı yönde bkz., Gezder, sh. 190.

[712] Bkz., yukarıda Bölüm II, §7, III, B, 2.

[713] Ayrıca bkz., Demir (2004), sh. 43.

E. Satıcı ya da Sağlayıcının Bilgi Verme Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinin Yaptırımı

İlk olarak, satıcı ya da sağlayıcının Yönetmelik m. 5 uyarınca ön bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesine bağlanmış olan bir yaptırımın olup olmadığı sorusunun incelenmesi yerinde olacaktır.

Karşılaştırmalı olarak incelendiğinde ilgili Direktif m. 4 hükmü gereği "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nün ihlaline ilişkin bir yaptırım öngörülmemiştir. İşte, bu yönüyle Direktif eleştirilmektedir.[714]

Alman Hukukunda da, yine "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nün yerine getirilmemesine ilişkin doğrudan bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Ancak, yukarıda da açıklandığı üzere,[715] özellikle söz konusu yükümlülüğün ihlali halinde tüketicinin zarara uğrama ihtimalini değerlendiren Alman kanun koyucusu, BGB §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 gereği *culpa in contrahendo* ilkesine dayanılarak doğacak zararın tazminini mümkün kılmıştır.[716]

Türk Hukukunda ise bu konuda, aşağıda daha ayrıntılı değineleceği üzere, gerek TKHK m. 9/A f. 2 c. 2 hükmü gerek Yönetmelik m. 6 c. 1 düzenlemesi dikkati çekmektedir. Her iki düzenlemede de öngörülen, "*tüketici, ön bilgileri doğru ve eksiksiz olarak edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez*" yönündedir. Yine aşağıda açıklanacağı üzere, bu hükmün amacına uygun bir şekilde yorumlanması halinde varılacak sonuç, kanun koyucunun bu düzenlemesi ile, Yönetmelik m. 5'de düzenlenen ön bilgilerin tüketiciye iletilmesini mutlaka

---

[714] Bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, B, 2, e.

[715] Bkz., yukarıda Bölüm II, §7, III, D.

[716] Konuya ilişkin SchuldRModG tasarısı gerekçesi için bkz., BT-Drs. 14/6040, sh. 173.

sağlamayı amaçladığıdır.[717] Bu durumda, "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nün ihlalinin yaptırımsız bırakılacağı düşünülemeyecektir.

Gerek TKHK m. 9/A f. 2 c. 2 gerek Yönetmelik m. 6 c. 1'de öngörülen "tüketicinin *yazılı* teyidi" şartının, aslında sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına herhangi bir etkisinin olmayacağı kabul edilmelidir. Söz konusu şart, satıcı ya da sağlayıcıya "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nü yerine getirdiği konusunda sadece ispat kolaylığı sağlamaktadır.

Bu anlamda, açıklığa kavuşturulması gereken soru, satıcı ya da sağlayıcının söz konusu yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlayamaması ya da söz konusu yükümlüğünü ihlali halinde sözleşmenin akibetine ilişkindir. İşte, her iki düzenlemede de sözü geçen "*sözleşme akdedilemez*" hükmü, kanımızca kanun koyucunun bu yöndeki iradesine işaret etmektedir. Kanun koyucu tarafından gerçekte ifade edilmek istenen, satıcı ya da sağlayıcının Yönetmelik m. 5'de düzenlenen "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nün, "kanunî geciktirici şart" olarak nitelendirilmesi yönündedir.[718]

Böylece, satıcı ya da sağlayıcının Yönetmelik m. 5'de düzenlenen yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin varlığından bahsedilebilecek, ancak satıcı ya da sağlayıcı söz konusu yükümlülüğünü yerine getirinceye ya da yerine getirdiğini ispatlayıncaya kadar, geçerli olarak kurulan sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamayacaktır.

Hemen belirtilmelidir ki, Yönetmelik'de ayrıca satıcı ya da sağlayıcının "bilginin *yazılı olarak* tüketiciye teyidi yükümlülüğü"nün de (Yönetmelik m. 6 c. 3

[717] Bkz., aşağıda Bölüm III, §13, III.

[718] Aynı yönde bkz., Gezder, sh. 199.

ve Yönetmelik m. 7) düzenlendiği dikkate alındığında, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesinde, Yönetmelik m. 5'deki yükümlülüğün en geç ne zaman yerine getirilebileceğinin saptanması yerinde olacaktır. Çünkü, aşağıda da inceleneceği üzere, Yönetmelik m. 6 c. 3 ve Yönetmelik m. 7'de düzenlenen "bilginin yazılı olarak tüketiciye teyidi yükümlülüğü"nün yerine getirilmemesine ilişkin yaptırım, Yönetmelik m. 8/5'in "sözleşmeden dönme hakkı süresinin işlemeye başlamayacağı"na ilişkin hükmüdür.

"Kanunî geciktirici şart"ın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin beklenebileceği süre, iş hayatının normal akışı dikkate alınarak, dürüstlük kuralına göre belirlenecektir. Bu süre geçtikten sonra, şartın gerçekleşmesi halinde dahi, tarafların bağlı tutulamayacakları öğretide kabul edilmektedir.[719]

Bu anlamda, dikkate alınması gereken düzenleme, Yönetmelik m. 6 c. 3 hükmüdür. Yönetmelik m. 6 c. 3'de, satıcı ya da sağlayıcının "bilginin *yazılı olarak* tüketiciye teyidi yükümlülüğü"nü, mal sözleşmelerinde, en geç mal tüketiciye ulaşmadan, hizmet sözleşmelerinde ise, en geç sözleşmenin ifasından önce yerine getirmesi öngörülmüştür. Bu durumda, Yönetmelik m. 5'deki yükümlülüğün de en geç, "Yönetmelik m. 6 c. 3 ve Yönetmelik m. 7'de öngörülen yükümlülükler"in de ifasını mümkün kılacak şekilde, Yönetmelik m. 6 c. 3'de belirlenen süreden önce yerine getirilmesinin gerektiğinin kabulü yerinde olacaktır.

Yönetmelik m. 5'de düzenelenen yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, "kanunî geciktiri şart" gerçekleşmediğinden sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamayacağından, tüketicinin "sözleşmeden dönme hakkı"ndan

[719] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 450.

bahsedilemeyeği unutulmaması gereken bir konudur.[720] Ancak, bu durumda, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olmaması halinin, tüketici aleyhine yorumlanması gibi bir yanılgıya düşülmemelidir. Yönetmelik m. 5'de öngörülen ve yukarıda dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenen, en geç süre dilimi içerisinde yerine getirilmeyen "kanunî geciktirici şart", sözleşmenin hükümsüz duruma düşmesine neden olacaktır. Taraflar verdikleri şeylerin iadesini, sebebsiz zenginleşme hükümleri dahilinde talep edebileceklerdir. Ayrıca, tüketicinin "sözleşmenin kurulmasına güveninden doğan" menfi zararını da, Alman Hukukunda da benimsendiği şekilde, kanımızca *culpa in contrahendo* ilkesine dayanarak talep edebileceği gözden kaçırılmamalıdır.[721]

Buna ilaveten, TKHK'nun 23. maddesinin 4. fıkrası ile 25. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemelerin de gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Gerçekten, TKHK m. 23/4 göre, "*Bakanlık ve tüketici örgütleri münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu Kanunun ihlali nedeniyle Kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler*". TKHK m. 25/2'de ise, TKHK m. 9/A'da belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edilmesi halinde, satıcı ya da sağlayıcının idari para cezası ödemekle sorumlu olacağı düzenlenmiştir.[722]

İkinci olarak, yukarıda da açıklandığı üzere, satıcı ya da sağlayıcının Yönetmelik m. 6 c. 3 ve Yönetmelik m. 7'de öngörülen "bilginin *yazılı olarak*

[720] Bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, D, 1.

[721] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 1309-1312: Menfi zarar, "güven uyandırmaktan doğan zarar, bir başka deyişle, gerçekleşileceğine güvenilen bir sözleşmenin geçersiz olması ya da kurulmasına inanılan bir sözleşmenin kurulmaması yüzünden uğranılan olumsuz zarar" olarak tanımlanmıştır.

[722] Ayrıca bkz., Demir (2004), sh. 43; İnal, sh. 184.

tüketiciye teyidi yükümlülüğü"nü ihlali halinde ise, Yönetmelik m. 8/5 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Ancak, Yönetmelik m. 8/5'de, "*Yönetmeliğin 6. maddesindeki...koşullardan birinin eksik olması*" durumunun düzenlenmiş olması kafaları karıştırmamalıdır. Özellikle Direktif'in temel alınan ilgili düzenlenmesi de dikkate alındığında, maddede sözü geçen, "Yönetmelik m. 6" düzenlemesinin bir bütün olarak ele alınmaması gerekmektedir. Bu durumda, söz konusu Yönetmelik m. 8/5 düzenlemesinin de amacı doğrultusunda yorumlanması yerinde olacaktır. Buna göre varılması gereken sonuç, Yönetmelik m. 8/5'de, aslında sadece "Yönetmelik m. 6 c. 3" düzenlemesinin ifade edildiğidir. Yoksa, Yönetmelik m. 8/5'deki düzenlemenin sözüyle bir anlamlandırılması ve dolayısıyla, Yönetmelik m. 6 c. 1 düzenlemesini de kapsadığı sonucuna varılması halinde, yukarıda da açıklandığı şekilde, Yönetmelik m. 6 c. 1'de ifade edilen "kanunî geciktirici şart" gerçekleşmediğinden, sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamayacaktır. Dolayısıyla tüketicinin sözleşmeden dönme hakkından söz edilmesine de gerek kalmayacaktır.

Yönetmelik m. 8/5'de, "bilginin yazılı olarak tüketiciye teyidi yükümlülüğü"nü yerine getirmemiş olan satıcı ya da sağlayıcı, bu yükümlülüğünü 30 gün içinde yerine getirmekle yükümlü kılınmıştır. Bu maddeye göre, aşağıda incelenecek olan 7 günlük sözleşmeden dönme hakkı süresi, söz konusu eksikliğin giderildiğine dair bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştırıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Direktif'in ilgili 6. maddesi ile karşılaştırıldığında, Türk kanun koyucusunun bu düzenlemesi, dönme hakkı süresinin işlemeye başlamasını geciktirici etkisi bakımından Direktif'den farklılık arzetmektedir. Hatırlanacağı üzere, Direktif'de,

dönme hakkı süresinin işlemeye başlamasının önüne geçilmemiş, bunun yerine işlemeye başlamış olan dönme hakkı süresinin zamanı 7 iş gününden 3 aya uzatılmıştır.

Aslında Alman Hukukunun ilgili BGB § 312d Abs. 2 düzenlemesi ile aynı yönde bir yaptırım öngören Yönetmelik m. 8/5'in Direktif ile uyumu konusunda tartışmaya yol açabilecek bir noktaya rastlanmamaktadır. Bu konuda, yukarıda yapılan açıklamalar da dikkate alındığında, Direktif m. 14'e uygun olarak, Türk kanun koyucusunun tüketiciyi koruyucu daha katı bir kurala düzenlemesinde yer verdiği ortadadır.

Ancak, Yönetmelik m. 8/5'de dikkati çeken nokta, satıcı ya da sağlayıcıdan, ihlal ettiği "bilginin yazılı olarak teyidi yükümlülüğü"nü, 30 gün içerisinde yerine getirmesinin öngörülmüş olmasıdır. Öğretide de belirtildiği gibi, bu 30 günlük sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı belli olmamakla birlikte, bu süreye uyulmamasının hukukî sonuçları da bir hükme bağlanmamıştır.[723] Söz konusu süreye uyulmaması halinde haklı olarak kabul edilen, dönme hakkı süresinin "bilginin yazılı olarak teyidi yükümlülüğü" yerine getirilinceye kadar işlemeye başlamayacağıdır.[724] Buna göre, tüketici dönme hakkını, satıcı ya da sağlayıcı söz konusu yükümlülüğünü yerine getirinceye kadar, MK. m. 2'deki dürüstlük kuralı çerçevesinde belli bir süreyle sınırlı olmaksızın kullanabilecektir.[725]

---

[723] Aslan, sh. 431.

[724] Aslan, sh. 431; Zevkliler/Aydoğdu, sh. 279.

[725] Alman Hukukunda, tüketicinin hakkını kötüye kullanmasının önüne geçilebilmesi açısından yukarıda da açıklandığı şekilde BGB § 355 Abs. 3'de, "sözleşmeden dönme hakkının sona ermesi" düzenlenmiştir. İşte, Türk Hukukunda bu yönde doğrudan bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasına rağmen, aynı mantıkla, tüketicinin bu hakkını, ancak MK. m. 2'deki dürüstlük kuralı

III. Tüketicinin Bilgiyi Edindiğini Satıcı ya da Sağlayıcıya Karşı Yazılı Olarak Teyidi Şartı ve Sözleşmenin Kurulmasının Bu Şarta Bağlanmış Olması?

TKHK m. 9/A f. 2'de, tüketicinin, Yönetmelik m. 5'de belirtilen ön bilgileri edindiğini sözleşmenin kurulmasından önce satıcı ya da sağlayıcıya karşı yazılı olarak teyid etmesi, aksi taktirde sözleşmenin kurulamayacağı düzenlenmiştir. Aynı hükme, Yönetmelik m. 6 c. 1 ve c. 2'de de yer verilmiştir.

Türk kanun koyucusunun bu düzenlemesi ile sözleşmenin kurulmasını gerçekten, "tüketicinin, öngörülen bilgi türlerini edindiğini satıcı ya da sağlayıcıya karşı teyid eden yazılı onayı" şartına bağlayıp bağlamadığı şüphelidir. Söz konusu hükmün sözüyle bir anlaşılması halinde, gerek TKHK'nun gerek Yönetmelik'in tüketiciye yüklemiş olduğu ek yükümlülükten dolayı, tüketicinin lehine sayılabilecek bir hüküm getirmediği ortadadır. Bu anlamda, amacı tüketiciyi korumak olan Kanun'un, söz konusu hükmü ile amacından uzaklaştığının ileri sürülmesi yanlış olmayacaktır.[726]

Türk kanun koyucusunun TKHK m. 9/A f. 2 düzenlemesi ile tüketiciye bir yükümlülük yüklemediğini ve söz konusu duruma, "sözleşmenin kurulamayacağı" hukukî sonucunu bağlamayı amaçlamadığını ümit etmekten başka bir çare yoktur.

İnal'ın da belirttiği gibi, gerek TKHK m. 9/A f. 2 gerek Yönetmelik m. 6 c. 1'in amacına uygun bir şekilde yorumlanması gerekmektedir. Türk kanun koyucusunun amacı, sözleşmenin kurulması durumunda söz konusu bilgilerin

---

çerçevesinde kullanabileceği sonucuna varmak yerinde olacaktır; Aynı görüşte ayrıca bkz., Aslan, sh. 431; İnal, sh. 185.

[726] Aynı yönde bkz., Atamer (2005), sh. 182.

tüketiciye verilmesini mutlaka sağlamak yönündedir. Tükecinin bu bilgileri edinmediğini ileri sürmesi durumunda ise ispat yükü, satıcı ya da sağlayıcının üzerindedir. İşte, tüketicinin söz konusu yazılı teyidi yükümlülüğü ile yalnızca, satıcı ya da sağlayıcı bakımından "ispat kolaylığı"nın[727] sağlanmaya çalışıldığı yönündeki bir sonuca varmak, kanımızca en doğru çözüm yolu olacaktır.[728]

IV. Sözleşmenin Şekli

Türk Hukukunda da, Alman Hukukunda olduğu üzere, sözleşmenin kurulmasında "şekil özgürlüğü ilkesi" benimsenmiştir. Buna göre, yukarıda yapılan açıklamalar burada da geçerliliğini koruyacaktır.

Mesafeli sözleşmeleri düzenleyen TKHK m. 9/A dikkate alındığında, bu maddede mesafeli sözleşmelerin kurulmasında herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Nitekim, yukarıda da açıklandığı üzere, mesafeli sözleşme, bir sözleşme türü değil, bir sözleşmenin kurulmasında uzaktan haberleşme araçları kullanılarak izlenen yöntemdir. Bir yöntemin ise, şekle tabi tutulması haliyle yerinde olmayacaktır.[729]

---

[727] Dikkat edilirse, amaçlanan satıcı ya da sağlayıcı bakımından "ispat kolaylığı"nın sağlanmasıdır, yoksa "ispat şartı" ya da başka bir deyişle, "senetle ispat zorunluluğu" getirmek değil. Senetle ispat zorunluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, bs. 14, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, sh. 467 vd.

[728] İnal, sh. 135.

[729] İnal, sh. 177; Ayrıca bkz., Zevkliler/Aydoğdu, sh. 275.

TKHK m. 9/A'da bir şekil şartı öngörülmemiş olmakla birlikte,[730] Bakanlık'ça çıkarılan Yönetmelik m. 7'de şöyle bir hükme yer verilmiştir: "*Mesafeli sözleşmenin yazılı olarak yapılması ... zorunludur*". Yönetmelik m. 7'nin sözüyle bir yorumlanması halinde, mesafeli sözleşmenin kurulmasında yazılı şekil şartının arandığı sonucuna varılması kaçınılmazdır.[731]

Ancak, özellikle Yönetmelik m. 7'de sayılan bilgi türleri dikkate alındığında, yukarıda da açıklandığı üzere,[732] Yönetmelik m. 7 hükmünün de amacı doğrultusunda yorumlanması kanımızca yerinde olacaktır.[733] Gerçekten, Direktif m. 5 hükmünden esinlenerek düzenlenen Yönetmelik m. 7'nin de amacı, bilgide "erişebilirliğin" sağlanmasıdır. Bu anlamda, Yönetmelik m. 7'de sayılan bilgi türleri dikkate alındığında, söz konusu bilgi türlerinden bazıları Yönetmelik m. 5'de sayılan bilgi türlerinin tekrarından ibaret olmakla birlikte, mesafeli sözleşmelerin tüketiciyi koruyucu en önemli hükmü olan "sözleşmeden dönme hakkı" konusuna ise, Yönetmelik m. 7 hükmünde hiç yer verilmemiş olması özellikle Direktif'in amacının gerçekleştirilmesinde bir eksiklik arzetmektedir. Bu durumda, üzerinde düşünülmesi gereken konu, sözleşmenin yazılı şekil şartına bağlandığının kabul edilmesi halinde, getirilen bu şekil şartıyla tüketiciye sağlanması amaçlanan yararın belirlenmesi

[730] Ancak, TKHK m. 6/6'da açıkça öngörülmüş olan "yazılı şekil şartı" eleştirisi ve tezde dikkate alınmayacağı konusunda bkz., yukarıda Bölüm III, §13, II, A.

[731] Nitekim, *Aslan*, mesafeli sözleşmelerin, kapıdan satışlar gibi yazılı yapılması zorunluluğu üzerinde durmuştur (Bkz., Aslan, sh. 421).

[732] Bkz., yukarıda Bölüm III, §13, II, D.

[733] Ancak, TKHK m. 6/6'da açıkça öngörülmüş olan "yazılı şekil şartı" eleştirisi ve tezde dikkate alınmayacağı konusunda bkz., yukarıda Bölüm III, §13, II, A.

yönündedir.[734] Bilginin "erişebililiği" amacı, yukarıda da açıklandığı üzere, sözleşmenin yazılı olarak yapılması şartı aranmaksızın, söz konusu bilgilerin herhangi bir şekilde yazılı teyidi öngörülerek de sağlanabileceğinden, tüketici açısından doğacak bu yöndeki bir yarardan bahsedilemeyecektir.

Aslan'ın görüşüne göre, Yönetmelik m. 9/A'da, sözleşmenin yazılı şekil şartına bağlandığına dair açık bir hükme yer verilmemiş olmakla birlikte, "sözleşmeden dönme hakkı"nın düzenlendiği aynı maddenin 5. fıkrasında, "kapıdan satışlara ilişkin" hükümlere gönderme yapılmıştır. Bu nedenle, kapıdan satışlarda öngörülen sözleşmenin yazılı olarak kurulması şartı, mesafeli sözleşmeler üzerinde de uygulanmalıdır.[735] Ancak, yazarın bu görüşüne katılmak kanımızca mümkün değildir, çünkü yukarıda da belirtildiği gibi söz konusu fıkra hükmü, sözleşmeden dönme hakkına ilişkindir ve dolayısıyla da, sadece dönme hakkının uygulanması konusunda kapıdan satışlara ilişkin hükümlere gönderme yapılmıştır. Kaldı ki, kapıdan satışlarda yazılı şekil şartının öngörülmesinin amacı, tüketicinin gafil avlanmasının önlenmesi yönündedir. Mesafeli sözleşmelerde ise, tüketici açısından bu tür bir tehlikenin varlığından söz edilemez.[736] Mesafeli sözleşmelerde yazılı şekil şartına tüketicinin korunması açısından bağlanabilecek bir neden yoktur.

---

[734] Tüketicinin korunması açısından şekli belirleme özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda bkz., Özel, sh. 61-64: Yazar, "şekil"e bir uyarı görevi yüklendiği üzerinde durarak, bu yolla tüketicinin, sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başlamasından önce ilgili konularda yeniden düşünme imkanına sahip kılınarak, acelecilikten korunabileceğini belirtmiştir.

[735] Aslan, sh. 421.

[736] Ayrıca bkz., Atamer (2005), sh. 183: Yazar, "*aynı kapı önü işlemlerinde olduğu gibi, tüketicinin, uzaktan pazarlama tekniğine karşı da korunması gerekmektedir, ancak bu koruma, sözleşme öncesi*

Yönetmelik m. 7 düzenlemesi ile bağlantılı olarak Yönetmelik m. 9/3 de bizi, mesafeli sözleşmelerde yazılı şekil şartının arandığı sonucuna götürebilecek niteliktedir. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere bu maddenin de amacı doğrultusunda yorumlanarak, böyle bir hukukî sonucun doğumunu gerekli kılmadığının kabul edilmesi yerinde olacaktır.[737] Bu durumda da amaçlanan, satıcı ya da sağlayıcı açısından "ispat kolaylığı"nın sağlanmasından başka bir şey değildir.

Sonuç olarak, Yönetmelik m. 7 hükmünün amacına uygun olarak, yukarıda da açıklandığı üzere, aslında sadece "bilginin teyidinin yazılı olarak tüketiciye iletilmesi yükümlülüğü"nü öngördüğü şeklinde yorumlanması ve mesafeli sözleşmeler üzerinde şekil bakımından, Borçlar Hukuku genel hükümlerinin uygulama alanı bulacağının kabul edilmesi yerinde olacaktır.[738] [739]

Elektronik sözleşmelerin dikkate alınması halinde, yukarıda olduğu şekilde burada da üzerinde kısaca durulması gereken konu, kanunun kurulmasını yazılı şekil şartına bağladığı bir sözleşme türünün mesafeli sözleşme yöntemi kullanılarak kurulmaya çalışılması durumunda, Türk Hukukunda da söz konusu yazılı şekil şartının yerine getirilebilmesinde öngörülmüş olan yeni düzenlemelerdir. Çünkü, BK m. 13'e göre, kanunen yazılı şekle tabi tutulmuş bir sözleşmede, borç altına giren bütün şahısların imzalarının bulunması zorunludur. Bu anlamda, elektronik imzaya,

---

bilgilendirme ve bundan daha da önemlisi cayma hakkının tanınması yoluyla yeterli şekilde sağlanabilecektir" demektedir.

[737] Bkz., yukarıda Bölüm III, §13, II, C.

[738] Yönetmelik m. 7'de öngörülen yazılı şekil şartının ayrıca bir başka yönden eleştirisi için bkz., Gezder, sh. 148-150.

[739] Ancak, TKHK m. 6/6'da açıkça öngörülmüş olan "yazılı şekil şartı"nın eleştirisi ve tezde dikkate alınmayacağı hakkında bkz., yukarıda Bölüm III, §13, II, A.

elle atılan imza ile aynı hukuksal sonuçların bağlanmamış olduğu hallerde, hakim olan görüş, kurulması yazılı şekil şartına bağlı sözleşmelerin elektronik uzaktan haberleşme araçları vasıtasıyla kurulmaya çalışıldığı durumlarda, söz konusu sözleşme, "bir metnin ve bunun üzerinde el ile atılmış bir imzanın yer almamasından dolayı yazılı şekil şartının gereklerini yerine getirmemektedir".[740]

Buna ilaveten, elle atılan imzanın elektronik imzayla ikamesini mümkün kılan kurallara bir hukuk düzeninde yer verilmesi, yukarıda da açıklandığı üzere, ispat hukuku bakımından da büyük önem arzetmektedir.

İşte, bu yönde Türk Hukukunda getirilen yeni düzenlemeler, Elektronik İmza Kanunu, BK m. 14/1 hükmüne eklenen, "*güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir*" yönündeki düzenleme,[741] Elektronik İmza Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve esaslar Hakkındaki Yönetmelik, Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ ve HUMK m. 295/A'nın, "*usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar*" şeklindeki hükmüdür.

Tezin kapsamını aşacağından bu konuda ayrıntılı bir açıklamadan kaçınılmakla beraber, önem arzeden ve kısaca belirtilmesi gereken konu, Elektronik İmza Kanunu m. 5/1'de, her elektronik imza türüne değil, sadece "*güvenli elektronik*

---

[740] Falcıoğlu, sh. 92; Ayrıca bkz., Bilgili, Fatih, "Özel Hukukta Elektronik İmza ve Elektronik Ticaret", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, İstanbul, Beta Yayınları, 2002, sh. 1010.

[741] Bu hükmün haklı olan eleştirisi için bkz., Falcıoğlu, sh. 96: Yazar, söz konusu hükmün "aynı *ispat gücüne* sahip olur" şeklindeki lafzını eleştirmiştir. Yazara göre, maddede "güvenli elektronik imza *aynı işlevi* görür" şeklinde bir hükme yer verilmesi daha doğru olurdu.

imza" türüne,[742] elle atılan imza ile aynı hukukî sonuçların bağlanmış olmasıdır. Buna göre, "basit elektronik imza", kanunda öngörülen yazılı şekil şartının gerçekleştirilmesinde yetersiz kalacak ve güvenli elektronik imzaya tanınmış olan kesin delil olma özelliğini de karşılamayacaktır.

Bu Kanun'un hazırlanmasında temel alınan kaynaklardan biri olan EİHD'nin 5. maddesinin 2. fıkrasını dikkate alan *Falcıoğlu*, Elektronik İmza Kanunu'nda, sadece "güvenli elektronik imza"nın düzenlenmesini eleştirmiştir. Ona göre, "basit elektronik imza"ların hukukî etki ve ispat aracı olabilmesine yönelik bir düzenleme içermeyen Elektronik İmza Kanunu düzenlemesi ile Türk kanun koyucusu, EİHD m. 5/2'de öngörülen üye devletlerin "*basit elektronik imzanın, maddede sayılan nedenlerle hukuksal işlemlerdeki etkinliğinin veya kabul edilebilirliğinin reddedilmemesini sağlama*" yükümlülüğüne aykırı hareket etmiştir.[743]

Ancak, bu görüşe katılmak Türk kanun koyucusunun nedeni gözönüne alındığında kabul edilemeyecektir. Bu anlamda, *Konuralp*'in belirttiği üzere, Kanun'un güvenli elektronik imza dışında kalan basit elektronik imzanın hukukî niteliğini düzenlememiş olması, bilinçli bırakılmış bir tür boşluktur. Böylece, basit elektronik imzaya, güvenli elektronik imza kadar olmasa da bir ölçüde caiz delil sayılma özelliği tanınmıştır. Çünkü, EİHD m. 5/2'de, üye devletlere her tür elektronik imzanın delil olarak kullanılabilmesini sağlama ödevi yüklenmiştir.[744]

---

[742] Bkz., Erturgut, sh. 4: Yazar, Türk Hukukunda, EİHD'den farklı olarak, "gelişmiş elektronik imza" tanımına yer verilmemesini şu şekilde açıklamıştır: "*Türk Hukukunda gelişmiş elektronik imza tanımına yer verilmemiştir. Ancak gelişmiş elektronik imzanın unsurları, güvenli elektronik imza tanımındaki unsurlarda yer almaktadır*".

[743] Falcıoğlu, sh. 97.

[744] Konuralp, sh. 4.

§ 14. Mesafeli Sözleşmenin Kurulması Halinde Tüketiciye Tanınan Sözleşmeden Dönme hakkı

I. Genel Olarak

TKHK m. 9/A f. 5'de, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınan dönme hakkının kullanılmasında, "kapıdan satışlara" ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Buna göre, öngörülen hüküm şu yöndedir: "*Dönme hakkı süresince sözleşmeye konu olan mal veya hizmet karşılığında tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasının veya borç altına sokan herhangi bir belge vermesinin istenemeyeceğine ilişkin hükümler dışında kapıdan satışlara ilişkin hükümler mesafeli sözleşmelere de uygulanır*".

Yukarıda da açıklandığı üzere, burada dikkat edilmesi gereken nokta, kapıdan satışlar ile mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasındaki ince "amaç" farkını kanımızca dikkate alan kanun koyucunun, dönme hakkı süresince sözleşmenin kaderini belirleyecek olan "*dönme hakkı süresince tüketiciden herhangi bir ödeme yapmasının veya borç altına sokan herhangi bir belge vermesinin istenmesini yasaklayan*" kapıdan satışlara ilişkin TKHK m. 8/3 hükmünün, mesafeli sözleşmelerde uygulanmayacağını açıkça düzenlemiş olmasıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere, kanun koyucu böylece, öğretideki tartışmalar bir kenara bırakılırsa, dönme hakkının kullanılmasına kadar geçen süre içerisinde mesafeli sözleşmenin kurulduğu ve hüküm ve sonuçlarını da doğurmaya başladığı sonucunu haklı olarak ifade etmeye çalışmıştır.[745]

[745] Bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, D, 1.

Bu yönde, kapıdan satışlarda dönme hakkını düzenleyen TKHK m. 8'e göre, mesafeli sözleşmeler üzerinde de uygulama alanı bulacak olan hükümler, "satıcının, dönme bildirimi kendisine ulaştığı andan itibaren 20 gün içerisinde malı geri almakla yükümlü olduğunu" öngören TKHK m. 8 f. 3 ile "tüketicinin malın mutat kullanımı sonucu malda meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu olmadığını" düzenleyen TKHK m. 8 f. 4'dür.

Bunun haricinde, mesafeli sözleşmelerde dönme hakkının kullanılmasının usul ve esaslarının düzenlendiği Yönetmelik m. 8 hükmünün dikkate alınması gerekmektedir. Bu anlamda, Yönetmelik m. 8'de öncelikle şu iki temel fıkranın dikkate alınması isabetli olacaktır:

- Yönetmelik m. 8/1: "*Tüketici; mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelerde, teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içerisinde hiçbir hukukî ve cezaî sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin malı reddederek sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Hizmet sunumuna ilişkin mesafeli sözleşmelerde ise, bu süre sözleşmenin imzalandığı tarihte başlar...*".
- Yönetmelik m. 8/5: "*Bu Yönetmeliğin 6. ve 7. maddesindeki koşullardan biri eksik olduğu taktirde satıcı veya sağlayıcı ...eksikliği giderir. Bu durumda 7 günlük süre, söz konusu eksikliğin giderildiğine dair bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştığı tarihten itibaren başlar*".

İlk bakışta, sadece Yönetmelik m. 8/1'in dikkate alınması ile sanki, Direktif'in ilgili 6. maddesi düzenlemesinden farklıymış gibi görünen Türk kanun koyucusunun söz konusu düzenlemesinin, Yönetmelik m. 8/5 ile birlikte okunması şarttır. Bu iki hükmün birlikte okunmaması halinde, Türk kanun koyucusunun yanlışlıkla, Direktif m. 6'da geçen "*Direktif'in 5. maddesindeki yükümlülüklerin yerine getirilmiş olması*" şartını gözden kaçırdığı düşünülebilecektir.

Ancak, Yönetmelik m. 8/5'deki düzenlemenin de gözönüne alınması halinde, dönme hakkını düzenleyen Yönetmelik m. 8 hükmünün Direktif ile uyum içinde olduğu hiç bir kuşkuya yer vermeyecek şekilde ortadadır. Bu anlamda, yukarıda da açıklandığı şekilde, Yönetmelik m. 8/5'de gönderme yapılan, satıcı ya da sağlayıcının "Yönetmelik m. 6 c. 3 ve m. 7'de düzenlenen" yükümlülüğü, Direktif m. 5'de sözü geçen "bilginin teyidinin bir belge ile tüketiciye iletilmesi" yükümlülüğünden başka bir şey değildir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, Yönetmelik m. 8/5'de gönderme yapılan Yönetmelik m. 6 hükmü, dönme hakkı süresinin tespitinde bir bütün olarak değil, sadece 3. cümlesi dahilinde dikkate alınmalıdır.[746] Bu anlamda, aşağıda yapılacak olan açıklamalarda, satıcı ya da sağlayıcının yalnızca "bilgiyi yazılı olarak teyidi yükümlülüğü"nü yerine getirmemesinin dönme hakkı süresine etkisi konusu ele alınacaktır.

Yönetmelik m. 8'in 1. ve 5. fıkrası dışında kalan fıkralarında ise, özetle, "dönme hakkının istisnaları", "ifa konusu malın üçüncü kişiye teslimi" ve "dönme

[746] Yönetmelik m. 8/5 düzenlemesinin, Yönetmelik m. 6 c. 1 hükmünü kapsamadığı şeklindeki yorumu için bkz., yukarıda Bölüm III, §13, II, E.

hakkının kullanılması halinde, kredi sözleşmesinin de kendiliğinden sona ermesi" konuları düzenleme alanı bulmuştur.

Dönme hakkı konusunda uygulanacak hükümlere genel bir bakış açısı kazandırabilmek amacıyla burada ayrıca, TKHK m. 9/A f. 6 ve Yönetmelik m. 9/2 düzenlemelerine de kısaca değinmekte yarar vardır. Söz konusu her iki maddede de, dönme hakkının kullanılması durumunda tarafların sözleşme gereği birbirlerine verdikleri şeylerin iadesi konusu düzenlenmiştir.

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında sonuç olarak, dönme hakkının unsurlarını tespit etmek gerekirse, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesinin şartları şu şekilde sıralanabilecektir: (1) Mesafeli sözleşmenin kurulması ve hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamış olması,[747] (2) dönme hakkının, öngörülen sürenin sona ermesinden önce kullanılması ve (3) mesafeli sözleşmenin dönme hakkının istisnalarından birini teşkil etmemesi.[748]

II. Sözleşmeden Dönme Hakkının Süresi

Sözleşmeden dönme hakkının süresi, Yönetmelik m. 8/1'de, 7 gün olarak belirlenmiştir.

Direktif ile uyumu incelendiğinde, söz konusu Yönetmelik hükmünün Direktif'den farklı olduğu söylenebilecektir. Direktif'in ilgili 6. maddesinin 1. fıkrasında hatırlanacağı üzere, dönme hakkı süresi asgari 7 "*iş*" günü olarak belirlenmiştir. Bakanlık ise söz konusu düzenlemesinde, iş günü ilkesini gözden

[747] Bkz., yukarıda Bölüm I, §4, IV, D, 1.

[748] Bkz., yukarıda Bölüm III, §12, IV, B.

kaçırarak, Direktif karşısında dönme hakkı süresini tüketici aleyhine bir nevi kısaltan bir hükme yer vermiştir.[749] Sonuç olarak, dönme hakkı süresinin düzenlenmesinde Direktif ile tam bir uyum sağlanmadığı ortadadır.

Dikkat edileceği üzere, ne TKHK'da ne de Yönetmelik'de söz konusu süre içerisinde dönme hakkı beyanının geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, söz konusu beyanın ayrıca, satıcı ya da sağlayıcıya varmış olmasının aranıp aranmadığı konusunda bir açıklık yoktur. Öğretide hakim olan görüşe göre, dönme beyanının 7 günlük süre içerisinde bir de karşı tarafa varması aranmayacaktır. Bir başka deyişle, dönme hakkı süresi içerisinde tüketicinin sadece ilgili beyanını göndermiş olması aranmaktadır.[750]

Yukarıda da açıklandığı üzere, Yönetmelik m. 8/1'e göre dönme hakkı süresi, mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelerde, malın teslim alındığı ve hizmet sözleşmelerinde ise, sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

İlgili Direktif m. 6/1 hükmü ile karşılaştırıldığında, Yönetmelik m. 8/1 düzenlemesi küçük bir ayrıntı dışında Direktif'den farklılık arzetmemektedir. Bu anlamda, söz konusu ayrıntı kendini, hizmet sözleşmelerinde sürenin başlangıcının "sözleşmenin kurulduğu" tarihe değilde, "sözleşmenin imzalandığı" tarihe bağlanmış olmasında göstermektedir.

Gezder, Yönetmelik'deki bu ifadeyi, -yukarıda da açıklandığı üzere "sözleşmenin şekli" konusundaki tartışmalar yönünde, mesafeli sözleşmenin kurulmasında adi yazılı şekil şartının arandığı sonucuna vardığından- mantıklı

[749] Aynı yönde ayrıca bkz., Gezder, sh. 208-209.

[750] İnal, sh. 188.

bulmaktadır. Ona göre, ancak sözleşmenin imzalanması durumunda sözleşme kurulmuş olacağından, ilgili Yönetmelik düzenlemesi Direktif ile bu bakımdan aynıdır.[751]

Ancak, hatırlanacağı üzere, şekil konusunda Yönetmelik m. 7'nin amacı doğrultusunda yorumlanmasının sonucu, mesafeli sözleşmelerin kurulmasında yazılı şekil şartının arandığı yönünde değildir. Bir kez daha tekrar etmek gerekirse, Yönetmelik m. 7 hükmü ile ifade edilen, maddede sayılan bilgi türlerinin kâğıt üzerinde ya da herhangi bir şekilde kalıcı yazı sembolleri kullanılarak tüketiciye teyidi şartıdır.[752] Bu yorum tarzı dikkate alındığında ise, Bakanlık söz konusu ayrıntılı Yönetmelik düzenlemesiyle içinden çıkılması güç bir durum yaratmıştır.

Gerçekten, satıcı ya da sağlayıcının Yönetmelik m. 7'de düzenlenen bu yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde aşağıda da inceleneceği üzere, Direktif'deki sözüyle aslında sözleşmenin kurulması ile işlemeye başlayacak olan dönme hakkı süresi, Yönetmelik m. 8/5'e göre işlemeye başlamayacaktır. Burada dikkatten kaçırılmaması gereken konu, Yönetmelik m. 8/5 hükmünde, Yönetmelik m. 8/1'de düzenlemesini bulan "dönme hakkı süresinin işlemeye başlayacağı zaman"ın değil, bilakis satıcı ya da sağlayıcının söz konusu yükümlülüğünün "yaptırımı"nın düzenlenmiş olmasıdır.

Sonuç olarak, Yönetmelik m. 8/1'de, hizmet sözleşmelerinde dönme hakkı süresinin işlemeye başlamasında sözü geçen "sözleşmenin imzalandığı zaman"

---

[751] Gezder, sh. 214-215.

[752] Ancak, TKHK m. 6/6'da açıkça öngörülmüş olan "yazılı şekil şartı" eleştirisi ve tezde dikkate alınmayacağı konusunda bkz., yukarıda Bölüm III, §13, II, A.

şartının da kanımızca, Direktif düzenlemesi de dikkate alınarak amacı doğrultusunda yorumlanması halinde, "sözleşmenin kuruluşu" olarak algılanması yerinde olacaktır.

Son olarak, tekrar Yönetmelik m. 8/5 hükmüne geri dönmek gerekirse, yukarıda da açıklandığı üzere bu maddede, satıcı ya da sağlayıcının ilgili Direktif düzenlemesindeki ibarelerle "bilginin teyidinin bir belge ile tüketiciye iletilmesi yükümlülüğü"nün yaptırımı düzenlenmiştir. Buna göre, satıcı ya da sağlayıcının söz konusu yükümlülüğünü ihlali halinde, dönme hakkı süresi işlemeye başlamayacaktır.

Bu hükmü ile de, Direktif'in ilgili 6/1. maddesi düzenlemesinden farklı olan, Yönetmelik düzenlemesinin Direktif ile uyumsuz olduğu ileri sürülemeyecektir. İlgili Direktif düzenlemesinde satıcı ya da sağlayıcının söz konusu yükümlülüğüne bağlanan yaptırım, işlemeye başlayan dönme hakkı süresinin 3 aya uzatılması yönündedir. Ancak, Direktif m. 14 hükmünün dikkate alınması ile, ayrıca Alman Hukukunda da olduğu şekilde, tüketici lehine daha kuvvetli bir koruma öngören Bakanlık düzenlemesi eleştirilemeyecektir. Bu yönde, yukarıda yapılan açıklamaların burada da dikkate alınması yerinde olacaktır.[753]

Yine Yönetmelik m. 8/5'e göre, satıcı ya da sağlayıcının Yönetmelik'in gerek 6. maddesinin 3. fıkrasındaki gerek 7. maddesindeki bilginin yazılı teyidi yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde ise, dönme hakkı süresi eksikliğin giderildiğine dair bilginin yazılı olarak tüketiciye ulaştığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, Yönetmelik m. 8/5'de ayrıca, söz konusu eksikliğin giderilmesi süresi, "en geç 30 gün" olarak belirlenmiştir. Ancak, söz konusu hükümde, ne bu sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı ne de bu süre

[753] Bkz., yukarıda Bölüm II, §8, III, A, 1.

içerisinde eksikliğin giderilmemesinin yaptırımı konuları düzenlemiştir. Bu nedenle, Yönetmelik'de söz konusu süre belirlemesinin anlamsız olduğu sonucuna ulaşılması kaçınılmazdır. Bilginin yazılı teyidi yükümlülüğünü yerine getirmeyen satıcı ya da sağlayıcı açısından, onun, tüketicinin dönme hakkını dürüstlük kuralı çerçevesinde belli bir süreyle bağlı olmaksızın kullanması tehlikesine karşı kendisini hazırlaması isabetli olacaktır.

III. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Hüküm ve Sonuçları

Bu başlık altında açıklığa kavuşturulması gereken konu, tüketicinin kurulmuş olan bir mesafeli sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, taraflar arasında doğacak yeni hukukî ilişkinin akibetinin belirlenmesi yönündedir. Çünkü ancak böylece, söz konusu ilişki üzerinde, TKHK ve Yönetmelik'in ilgili hükümleri dışında tamamlayıcı nitelikte başka hangi hukukî hükümlerin uygulama alanı bulabileceği saptanabilecektir. Bu yönde öğretide genel kabul gören görüş, *İnal*'ın da belirttiği üzere, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak çözülüp, bir tasfiye ilişkisine dönüşeceğidir. Bu anlamda, özellikle tarafların sözleşmenin ifası amacıyla birbirlerine verdikleri şeylerin iadesi konusunun incelenmesinde büyük bir öneme sahip olan, söz konusu tasfiye ilişkisi üzerinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanı bulacağı öne sürülmektedir.[754]

Ancak, Alman Hukuku ile karşılaştırıldığında, bu konu hakkında bu kadar basit bir şekilde çözüme varılamayacağı açıktır. Hatırlanacağı üzere, Alman Hukukunda kabul edilen görüş, dönme hakkının kullanılması durumunda dönülen

[754] İnal, sh. 189.

sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı yönünde değil, tam tersine sözleşmenin içerik değiştirerek "ters konulu bir ilişki"ye dönüşeceği yönündedir.[755] Böylece, tarafların iade yükümlülüklerinin sözleşmesel nitelikte olduğu savunulabilecektir.[756]

İşte bu anlamda Türk Hukukunda karşılaşılan soru, dönme hakkının kullanılması ile taraflar arasındaki dengenin gerçekçi olarak sağlanabilmesinde, söz konusu tasfiye ilişkisi üzerinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanı bulmasının isabetli olup olmadığı yönündedir. Gerçekten, örneğin, *Serozan*'ın da belirttiği gibi, "*sebepsiz zenginleşme hukukunun reçetesinde, geri verme borçlusunun sadece elinde kalanı geri verme yükümü altında bulunduğu yazılıdır (BK m. 63/1)*". Özellikle mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması amacı dikkate alındığında, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına kusuruyla neden olmamış olan satıcının, söz konusu tasfiye ilişkisi üzerinde doğrudan sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanı bulacağının kabul edilmesi halinde, çıkarının zedeleneceği açıktır. Çünkü, bu halde, satıcının "*edimine olduğu gibi kavuşması olanak dışıdır*".[757] *Serozan*'ın bu nedenle, Türk Hukukunda benimsenen "klasik dönme teorisi"nden uzaklaşarak benimsenmesini önerdiği görüş, yukarıda açıklanan, Alman Hukukunun "dönüşüm teorisi"dir.[758]

---

[755] Bkz., yukarıda Bölüm II, §8, V, A.

[756] Ayrıntılı bilgi için bkz., Buz, sh. 60; Ayrıca bkz., Serozan, sh. 75.

[757] Serozan, sh. 81.

[758] Serozan, sh. 80: Yazar, yukarıda "klasik dönme teosisi" ve "dönüşüm teorisi" olarak tanımlanan bu iki görüşü sırasıyla, "dönmenin borçlanma ilişkisine dolaysız etkisi" ve "dönmenin borçlanma ilişkisine dolaylı etkisi" olarak adlandırmıştır (Bkz., yukarıda dpn. 184); Klasik dönme teorisi ve dönüşüm teorisi hakkında daha ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Buz, sh. 119-120 ve sh. 123-126.

Ancak yukarıda açıklanan satıcı aleyhine olan söz konusu olumsuzluk, aslında klasik dönme teorisinin ayni ilişkiye etkisizliğinden kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, klasik görüşün benimsenmesi halinde, "borçlandırıcı sözleşme" olan mesafeli sözleşme geriye etkili olarak sona erecek, fakat bu temel borçlandırıcı sözleşme üzerine kurulan, bir "ayni tasarruf sözleşmesi" olan teslim ile tüketiciye geçirilen mülkiyet gerisin geriye satıcıya dönmeyecektir.[759]

Türk kanun koyucusunun, kanımızca TKHK'da "cayma hakkı" kavramını kullanmasının nedeni de budur. Çünkü, "cayma hakkı", yukarıda da açıklandığı üzere *Serozan*'ın tanımıyla, "*borçlanma işlemine münhasır dolaylı etkileri bulunan dönme hakkının, geniş anlamda tasarruf işlemine dolaysız bir güçle etkili kılınmış bir türü*"dür.[760]

Türk kanun koyucusunun bu anlamda, dönme hakkının sözleşmenin geçerliliğine etkisi konusunda, yukarıda açıklanan "klasik dönme teorisi" ile "dönüşüm teorisi"nden başka, "ayni etkili dönme teorisi"nin varlığını gözden kaçırdığının ileri sürülmesi yanlış olmayacaktır. Ayni etkili dönme teorisine göre, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak ve buna ilaveten, tasarruf işlemi de doğrudan etkilenerek geçersiz hale

[759] Serozan, sh. 97.

[760] Serozan, sh. 144.; Ayrıca bkz., Öz, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, sh. 25, dpn. 6: Yazara göre, "cayma hakkı" bazı hukukçularca bağımsız bir hukukî kurum olarak nitelendirilse bile, aslında geçmişe etkili sözleşmeden dönmenin tasarruf işlemine olan doğrudan etkisini ifade etmek için kullanılan bir kavramdan ibarettir.

gelecektir.[761] Bir başka deyişle, dönme hakkının kullanılmasından önce satıcının teslimle mülkiyeti tüketiciye geçirmesi işlemi, dönme hakkının kullanılması ile etksini kaybedecek ve söz konusu malın mülkiyeti kendiliğinden satıcıya geri geçecektir. Buna göre, önceden verilen şeylerin iadesinde, sebebe bağlılık ilkesinin doğal bir sonucu olarak, ilk olarak istihkak davası ön plana çıkacak; işleme, karışma, birleşme ve iyiniyetli üçüncü şahısların iktisabı halinde ise, sebepsiz zenginleşme davası yoluna başvurulması söz konusu olacaktır.[762]

İşte, kanımızca "ayni etkili dönme teorisi"nin benimsenmesi, taraflar arasındaki menfaatler dengesinin sağlanıp sağlanmadığına yönelik kuşkuları ortadan kaldıracaktır. Bu yönde, sorunun çözümünde Alman Hukukunda olduğu şekilde "dönüşüm teorisi"nin benimsenmemesi ise, en basitinden tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasındaki söz konusu sözleşme ilişkisini sona erdirme talebi dikkate alındığında isabetli olacaktır.[763] Aksi taktirde, dönüşüm teorisinin kabulü halinde mesafeli sözleşme ilişkisi, ancak iade yükümlülüklerinin dönme ile içerik değiştiren sözleşmeye uygun olarak ifası ile sona erebilecektir.[764]

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığı altında, tüketicinin mesafeli sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının hüküm ve sonuçlarının incelenmesi

---

[761] Ayni etkili dönme teorisinin Alman Hukukunda hiç taraftar bulmamasının nedeninin, Alman Hukukukunda mülkiyetin devrinin hukukî sebepten mücerret oluşu ile açıklanması yönünde bkz., Buz, sh. 122; Ayrıca Türk Hukukundaki durumu da kapsayacak şekilde "soyut (mücerret) borç sözleşmeleri" konusunda ayrıtılı bilgi için bkz., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 178-185.

[762] Buz, sh. 121-122.

[763] Ayni etkili dönme teorisine üstünlük tanınmasının nedenlerle açıklanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Buz, sh. 134-151.

[764] Buz, sh. 137.

konusuna geri dönmek gerekirse, ilk olarak, TKHK m. 9/A f. 6 hükmünün dikkate alınması gerekmektedir. TKHK m. 9/A f. 6'ya göre, satıcı ya da sağlayıcı sözleşmeden dönme bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren 10 gün içinde almış olduğu bedeli, kıymetli evrakı ve tüketiciyi bu hukukî işlemden dolayı borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmek ve 20 gün içerisinde de malı geri almakla yükümlüdür.

Direktif ile karşılaştırıldığında, TKHK m. 9/A f. 6'da, Direktif'in ilgili 6. maddesinin 2. fıkrasından farklı olarak, satıcı ya da sağlayıcının almış olduğu bedelin iadesi süresi, "en geç 30 gün" yerine, "10 gün" olarak belirlenmiştir. Buna ilaveten, Türk kanun koyucusunun, satıcı ya da sağlayıcının ayrıca malı geri alma yükümlülüğünden bahsetmesi de, Direktif'den farklılık arzetmektedir. Ancak her iki farklı düzenleme de, Direktif ile uyumun incelenmesi konusunda olumsuz bir eleştiriye neden olamayacaktır. Çünkü, yine Direktif'in 14. maddesi uyarınca üye devletlerin, tüketici lehine Direktif'den daha katı koruma öngören düzenlemelere gidebilecekleri gözden kaçırılmamalıdır.

Bu anlamda, ikinci olarak ele alınacak konu, Türk kanun koyucusunun, sözleşme ilişkisinin geriye etkili olarak sona ermesi ile doğan tasfiye ilişkisinde tüketiciye herhangi bir yükümlülük yükleyip yüklemediği yönündedir. Nitekim hatırlanacağı üzere, Direktif m. 6/2'ye göre tüketiciye bu bağlamda yüklenebilecek olan tek yükümlülük, ancak sözleşme konusu malın satıcı ya da sağlayıcıya iadesiyle ilgili olan doğrudan masraflardır. Ne ilgili TKHK ne de Yönetmelik maddelerinde bu konuda herhangi bir düzenlemeye gidilmediğinden, sözleşmeden dönme hakkını kullanan tüketiciye Türk Hukukunda herhangi bir yükümlülük yüklenmediği ortadadır.

Ancak, üçüncü olarak incelenecek olan sorumluluk hukuku bakımından ise, çözüme bu kadar basit ulaşılamayacağı bir gerçektir. Türk kanun koyucusunun doğrudan bu konuya ilişkin ilgili düzenlemesi sadece, "kapıdan satışların düzenlendiği" TKHK m. 8/4 hükmünden ibarettir. Gerçekten, genel sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının düzenlendiği BK m. 108/1'de bu konuya ilişkin hiç bir hükme rastlanmamaktadır. Buna göre, TKHK m. 8/4'de, tüketicinin, malın mutat kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Buna ilaveten, *İnal*, TKHK m. 8/4'ün yerine, Yönetmelik m. 8/1 düzenlemesini dikkate alarak, "tüketicinin hiçbir hukukî ve cezaî sorumluluk üstlenmek zorunda olmaması" düzenlemesinin, tüketicinin malı inceleme amacı dışında kullanmaya başlaması halinde, onun malın azalmasına sebebiyet vermesi durumunda, söz konusu zarardan dahi sorumlu olmayacağı şeklinde yorumlanmasının yanlış olacağı üzerinde durmuştur.[765]

Direktif'de, tüketicinin, dönme hakkı süresi içerisinde sözleşme konusu malı kullanmasına getirilmiş bir sınırlama olmaması nedeniyle geri gönderdiği maldan ötürü sorumluluğunu düzenleyen bir hükme yer verilmediğinden, TKHK m. 8/4, Direktif yönünden eleştirilemeyecektir.

Burada önemle üzerinde durulması gereken konu, hatırlanacağı üzere, tüketiciye onun sözleşmeden dönme hakkı olduğuna dair bilginin Yönetmelik m. 5 uyarınca verilmiş olması gerektiği ve Yönetmelik m. 5'de düzenlenen söz konusu "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nün, Yönetmelik m. 6 c. 1'in yorumundan, "kanunî geciktiri şart" teşkil ettiğidir.[766] Buna göre, kurulan ve *hüküm*

[765] İnal, sh. 189-190.

[766] Bu konuda bkz., yukarıda Bölüm III, §13, II, E.

ve sonuçlarını doğurmaya başlayan mesafeli sözleşme nedeniyle dönme hakkına sahip olan tüketicinin, dönme hakkı hakkında satıcı ya da sağlayıcı tarafından *daha mal eline geçtiğinde* yeteri derecede bilgilendirilmiş olduğu dolaylı sonucuna ulaşılması mümkündür. Tüketici, sipariş ettiği malı, malın eline geçmesinden dönme hakkı süresinin bitimine kadar ihtiyaçları doğrultusunda subjektif olarak değerlendirme imkanına sahiptir. Bu süre dahilinde tüketicinin, söz konusu malı inceleme amacının ötesinde bir de olağan yolda kullanmaya başlamasının kabulü, kanımızca taraflar arasındaki menfaatler dengesinin sarsılmasına yol açacak niteliktedir.

Bu yönde, yukarıda açıklanan Alman Hukuku düzenlemesinin de dikkate alınması varılan bu sonucu bir bakıma kanıtlayacak niteliktedir. Şöyle ki, Alman kanun koyucusu, BGB § 357 Abs. 3 s. 1 düzenlemesi ile söz konusu tehlikeyi önlemeye çalışmıştır. BGB § 357 Abs. 3 s. 1'e göre, tüketiciye söz konusu malı olağan yolda kullanmaya başlaması halinde ne tür bir sorumluluk altına gireceği ihtarı en geç sözleşmenin kuruluşuna kadar metin şeklinde yapılarak, tüketici, malı kullanmaya başlamasından dolayı malda meydana gelen değer eksilmesini tazminle sorumlu kılınabilecektir.[767]

Sonuç olarak bu anlamda, kapıdan satışlarda dönme hakkının kullanılmasına yönelik bir düzenleme getiren TKHK m. 8/4 düzenlemesi, mesafeli sözleşmelerde uygulama alanı bulmamalıdır. Türk kanun koyucusuna önerilen çözüm yolu, mesafeli sözleşmeleri düzenleyen hükümlerde açık olarak, TKHK m. 8/4'ün bu

[767] Bkz., yukarıda Bölüm II, §8, V, C.

sözleşmeler üzerinde uygulama alanı bulmayacağının öngörülmesi yönündedir.[768] Buna ilaveten, kanun koyucunun, Alman Hukukunda olduğu şekilde, "tüketiciye, onun malı olağan şekilde kullanmaya başlaması halinde hangi hukukî sonuçlarla karşılaşacağının da önceden bildirilmesi" şartıyla, konuyu mesafeli sözleşmelerle ilgili hükümlerde açıkça düzenlemesi yerinde olacaktır.

Dördüncü ve son olarak, elde edilen yararlardan ve yapılan masraflardan sorumluluk konusunun incelenmesi gerekmektedir. Ancak, bu konuda da yine ne sözleşmeden dönmenin genel olarak düzenlendiği BK m. 108/1 ne de TKHK'da doğrudan bir hükme rastlanmaktadır. Türk kanun koyucusu, Alman kanun koyucusunun aksine, mesafeli sözleşmelerde sözleşmeden dönmenin özelliklerini dikkate alarak konuya ilişkin hukukî bir düzenlemeye gitmeyi ihmal etmiştir. Bu anlamda, dönme sonrası ortaya çıkması olası sorunları tek bir hukukî müessesenin içine sığdırmanın mümkün olmadığını vurgulayan *Buz*'un görüşüne katılmamak elde değildir. Bu nedenle, verilen şeylerin iadesinin kapsamının belirlenmesinde yukarıda da açıklandığı üzere istihkak davası ve böyle bir davanın açılması halinde zilyetliğe ilişkin ilgili hükümler uygulama alanı bulacak, ancak söz konusu hükümler tasfiye ilişkisinin sonuca bağlanmasında münhasıran etkili olmayacaklardır. Sorunun çözümünde, mesafeli sözleşmeden dönmenin kendine has özelliği dikkate alınarak ayrıca, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerden, vekaletsiz iş görmeye ilişkin

[768] Ayrıca bkz., Gezder, sh. 231; İnal, sh. 190: Ancak yazar, yorum yoluyla, TKHK m. 8/4'ün mesafeli sözleşmeler üzerinde zaten uygulanmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Kanımızca, TKHK m. 9/A f. 5'de, bu konuya ilişkin de açık bir düzenleme getirilmediği sürece, söz konusu yoruma ulaşmak bir hayli güç olacaktır.

hükümlerden, ayıba karşı tekeffüle ve taksitle satımlara ilişkin hükümlerden yararlanılması düşünülebilecektir.[769]

§ 15. Mesafeli Sözleşmenin İfası

I. Satıcı ya da Sağlayıcının Edimini İfası Zamanı

Satıcı ya da sağlayıcının yükümlülüğünü ifası konusunda TKHK m. 9/A f. 3 ve Yönetmelik m. 9/1'de aynı yönde bir hükme yer verilerek, onun, tüketicinin siparişi kendisine ulaştırdığı andan itibaren en geç 30 gün içerisinde edimini yerine getirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Yine aynı hükme göre, satıcı ya da sağlayıcı, tüketiciye yazılı olarak bildirmek koşuluyla, bu süreyi en fazla 10 gün daha uzatabilecektir.

Direktif'in konuyu düzenleyen 7. maddesinin 1. fıkrası ile karşılaştırıldığında, aynı gibi gözüken Türk kanun koyucusunun bu düzenlemesinde, atladığı bir nokta vardır. Yukarıda da açıklandığı üzere, AT'ce düzenlenmiş olan Direktif m. 7/1'de, ifa konusunda en geç 30 gün sınırı getirilmiş, ancak bu emredici hüküm olarak belirlenmemiştir. Gerçekten, Direktif m. 7/1'e göre, söz konusu kuralın taraflarca aksi kararlaştırılabilecektir.

Türk kanun koyucusunun getirmiş olduğu düzenlemeye bakıldığında ise, "taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça" şeklinde bir ibareye yer verilmemiş olmasından öte, hükmün yorumundan da böyle bir sonuca ulaşmak mümkün olmayacaktır. Buna göre, gerek TKHK m. 9/A f. 3 gerek Yönetmelik m. 9/1 hükmü emredici

[769] Buz, sh. 163 ve 223.

niteliktedir.[770] Bu anlamda eleştirilmesi gereken nokta, Türk kanun koyucusunun tüketiciyi korumak namına, "sözleşme özgürlüğü ilkesi"ni çiğnediğidir.[771]

Buna ilaveten, Türk kanun koyucusunun, Direktif'den farklı olarak, ayrıca "*satıcı ya da sağlayıcının söz konusu 30 günlük süreyi, tüketiciye daha önceden yazılı olarak bildirerek 10 gün daha uzatabileceği*"ni öngörerek kendisiyle çeliştiğini de ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Özellikle Türk Hukukunda genel işlem şartlarını düzenleyen hükümlerin yokluğu, dikkat edilirse satıcı ya da sağlayıcının ifa yükümlülüğü süresini, her ne kadar en fazla 10 gün ile sınırlı olsa da, hiç bir haklı sebebe dayanmaksızın tek taraflı tüketici aleyhine uzatabileceği sonucuna yol açmıştır. Tüketici, kendi menfaatiyle çatışması durumunda dahi, satıcı ya da sağlayıcının bu yöndeki süre uzatmasının geçersizliğini ileri süremeyecektir.

Direktif'in de, "taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça öngörülen en geç 30 günlük ifa süresi"ni, üye devletlerce benimsenmesi gereken asgari bir hüküm olarak düzenlediği gözden kaçırılmamalıdır. Buna göre, Türk kanun koyucusunun tüketici aleyhine bir düzenlemeye giderek, bu konuda Direktif ile uyumu sağlamaktan öte, Direktif'e aykırı bir düzenleme getirdiği ortadadır.

II. Mal ya da Hizmetin Mevcut Olmamasından Dolayı Satıcı ya da Sağlayıcının Edimini İfa Edememesi

Yönetmelik m. 9/5'de, satıcı ya da sağlayıcının, sipariş konusu mal ya da hizmetin yerine getirilmesinin imkansızlaştığını ileri sürerek, sözleşme konusu

[770] Aynı yönde ayrıca bkz., Gezder, sh. 253.

[771] Aynı yönde bkz., Atamer (2005), sh. 193.

yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde, bu durumu, sözleşmeden doğan ifa yükümlülüğünün süresi dolmadan tüketiciye bildirerek, tüketicinin ödemiş olduğu bedel ve onu borç altına sokan tüm belgeleri 10 gün içinde tüketiciye iade edebileceği düzenlenmiştir.

Yönetmelik m. 9/5, ilgili Direktif m. 7/2 düzenlemesi ile uyum içindedir. Bu anlamda, Yönetmelik m. 9/5 düzenlemesinin Direktif m. 7/2'den farklılık arzettiği tek nokta, satıcı ya da sağlayıcının iade yükümlülüğünün ifası zamanına ilişkindir. Hatırlanacağı üzere, Direktif m. 7/2'de bu konuda belirlenen en geç ifa süresi dilimi 10 gün yerine, 30 gündür. Ancak, yine Direktif'in 14. maddesinden hareketle, Yönetmelik m. 9/4 hükmünde tüketici lehine daha kısa bir süre öngörüldüğünden, Yönetmelik m. 9/4, Direktif m. 7/2 ile uyumludur.

Türk öğretisinde Türk kanun koyucusunun bu düzenlemesine yönelik getirilen eleştiri, Yönetmelik m. 9/4'de "imkansızlık" ibaresinin kullanılmış olması, ancak bunun kusursuz imkansızlık halini mi yoksa kusurlu imkansızlık halini mi kapsadığının belirtilmemiş olmasıdır. Söz konusu görüşe göre, hükmün "iki durumda da aynı sonuca ulaşılacak şekilde" yorumlanması halinde, "*tüketicinin, keyfi olarak aldatılması, bir kaç ay da olsa parasının kötü niyetli kişiler tarafından kullanılması*" söz konusu olacaktır ki, böyle bir yorum tarzı, Direktif'in amacıyla bağdaşmayacaktır.[772]

Kanımızca bu eleştirici görüşe katılmak mümkün değildir. Yönetmelik m. 9/4 hükmündeki imkansızlık halinin "kusurlu imkansızlık" halini kapsamadığı ortadadır. Nitekim, BK m. 96 hükmü dikkate alındığında, Yönetmelik m. 9/4 hükmünün "kusurlu imkansızlık" halini de içine alacak şekilde yorumlanması olanaksızdır. En

[772] Söz konusu eleştiri için bkz., Aslan, sh. 427.

azından yönetmelik kanuna aykırı olamaz ilkesinden de hareketle, Yönetmelik düzenlemesinin yanlış yorumlanmasıyla tüketicinin mağdur olabileceği yönündeki söz konusu endişe son derece yersizdir. Bu anlamda sadece, "*alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği taktirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur*" yönündeki BK m. 96 hükmünün gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

III. Mal ya da Hizmetin Mevcut Olmaması Halinde Başka Bir Mal ya da Hizmetin Tüketiciye İfası

Yönetmelik m. 9/4'de, satıcı ya da sağlayıcının haklı bir sebebe dayanmak şartıyla, sözleşmeden doğan ifa yükümlülüğünün süresi dolmadan ve sözleşmede belirtilmesi şartıyla, tüketiciye eşit kalite ve fiyatta mal ya da hizmet tedarik edebileceği düzenlenmiştir.

Türk kanun koyucusunun bu düzenlemesine temel teşkil eden Direktif m. 7/3 hükmünün üye devletlerce iç hukuka aktarılması aslında zorunlu değildir. Yukarıda da açıklandığı üzere, Direktif'in söz konusu hükmü ile satıcı ya da sağlayıcıya, malın ya da hizmetin elinde olmaması halinde dahi sözleşmeyi devam ettirebilme imkanı tanınmaya çalışılmıştır. Direktif'in asıl amacı olan tüketicinin korunması konusu ele alındığında, bu hükmün iç hukuka aktarılmasında tüketiciyi koruyucu gerekli diğer mevzuat hükümlerine sahip olmayan üye devletlerin, Direktif m. 7/3'ü iç hukuklarında hiç düzenlememeleri, Direktif ile uyumun sağlanmasında kanımızca belki de en iyi çözüm yolu olacaktır.

İşte, Türk Hukukunda yine özellikle genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin yokluğu, Yönetmelik m. 9/4 düzenlemesinin tüketici aleyhine doğabilecek sonuçlarının kontrolünü imkansız hale getirmiştir. Türk kanun koyucusunun ilgili kanun boşluğunu dikkate almadan düşüncesizce getirdiği Yönetmelik m. 9/4 hükmü, tüketicinin korunmasına aykırıdır.[773]

Nitekim, Alman Hukukunda, yukarıda da açıklandığı üzere, satıcı ya da sağlayıcıya, Direktif'in ilgili düzenlemesi yönünde, sadece "bilgi verme yükümlülüğü"nün düzenlendiği InfoVO § 1 Abs. 1 hükmü ile böyle bir imkan tanınmış,[774] ancak satıcı ya da sağlayıcının bu yöndeki bir faaliyetinin, BGB § 308 Nr. 4 hükmü ile kontrol altına alındığı da belirtilmeden geçilememiştir.[775]

§ 16. Mesafeli Sözleşmelerde Kartla Ödeme

Yönetmelik m. 10'a göre, "*mesafeli sözleşmelerde, ödemenin kredi kartı veya benzeri bir ödeme kartı ile yapılması halinde tüketici, kartın kendi rızası dışında ve hukuka aykırı biçimde kullanıldığı gerekçesiyle ödeme işlemenin iptal edilmesini*

[773] Ayrıca bkz., Aslan, sh. 427: Yazar da daha değişik bir çözüm yoluyla kanımızca aynı sonuca varmıştır. Ona göre, "*satıcı-sağlayıcıya böyle bir hak verilirken, tüketiciye de malı kabul etmeyerek ödediklerini geri alma hakkı verilerek, bir denge sağlanması gerekirdi*"; Ancak bkz., Atamer (2005), sh. 194: Yazar ise olaya farklı bir boyutta yaklaşarak, tarafların *anlaşarak*, satıcı ya da sağlayıcıya, sözleşmede ikinci bir ifa imkanı vermiş olmalarının bağlayıcılığını haklı olarak, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde zaten Borçlar Hukukunun temel bir ilkesi olarak değerlendirmiştir.

[774] Bu konuda bkz., yukarıda Bölüm II, §7, III, B, 1.

[775] Bu konuda bkz., yukarıda Bölüm II, §9, III.

talep edebilir. Bu halde, kartı çıkaran kuruluş itirazın kendisine bildirilmesinden itibaren 10 gün içinde ödeme tutarını tüketiciye iade eder".

Direktif'in temel alınan 8. maddesi ile uyumlu olan söz konusu Yönetmelik m. 10 hükmü ile, Türk kanun koyucusu, ödeme kartının, sahibinin rızası dışında ve hukuka aykırı olarak kullanılması riskini açıkça kartı çıkaran kuruluşa yüklemiştir.[776] Buna göre, satıcı ya da sağlayıcıya yaptığı ödemenin kart sahibinin talimatından kaynaklandığını ispatlayamayan kartı çıkaran kuruluş, tüketicinin kendisine kartın haksız kullanımını bildirmesinden itibaren, söz konusu bedeli 10 gün içinde tüketiciye iadeyle mükelleftir.

Bu hükmün yürürlüğe girmesinden önceki düzenlemeden bahsetmek gerekirse, Yönetmelik m. 10'un, Türk Hukukunda bu konuya dair getirilen ilk kanunî düzenleme olduğu söylenebilecektir.[777] Ancak, bu yeni Yönetmelik düzenlemesinden önce, somut olayın hükme bağlanmasında, ilgili Yargıtay kararlarının rolü de küçümsenemeyecek kadar fazladır.[778]

Özellikle kredi kartı uygulaması bakımından ele alındığında, kartın rıza dışı ve hukuka aykırı kullanılması riskinin, ilgili Yargıtay kararları ile yine kredi kartı kurumuna yüklendiği açıktır. Şöyle ki, kredi kartı kurumunun, kart hamilinin üye işyeri olan satıcıya yaptığı harcamaları ödeyebilmesi için, kart sahibi tarafından imzalanmış bir talimata ihtiyacı vardır. Kart sahibinin söz konusu talimatı, onun mal ya da hizmeti satın aldığı andaki harcama belgesini imzalamasıyla ortaya çıkmaktadır. Kart sahibi tarafından imzalanan harcama belgesi ayrıca, kredi kartı

---

[776] Gezder, sh. 240.

[777] Ayrıca bkz., Atamer (2005), sh. 194.

[778] Bkz., Yargıtay 19. HD. 27.11.2000 T. ve 2000/5291 E. 2000/8085 K.; Ayrıca, Yargıtay 11 HD. 18.11.2002 T. ve 2002/5979 E. 2002/1061 K.

kurumunun üye işyeri olan satıcı ya da sağlayıcıya yaptığı ödemeyi ona ispat etmesine yardımcı olacaktır. Ancak harcama belgesindeki mevcut alacağın ödenmesine dair kart sahibinin talimatının, başka bir yolla ispatı da mümkündür. Bu anlamda, Yargıtay'ın "*telefon vasıtasıyla yapılan satış neticesinde düzenlenen harcama belgesinde kart hamilinin imzasının bulunmaması ve kart hamilinin söz konusu alışveriş neticesinde doğan borcunu inkarı halinde, sadece malın kart hamiline teslim edildiğine dair yazılı belge ile üye işyeri satıcının söz konusu satış işlemini ispat edebileceği*" yönündeki kararının[779] gözden kaçırılmaması gerekmektedir.[780]

Sonuç olarak, mesafeli sözleşmelere özgü getirilen Yönetmelik m. 10 düzenlemesi, Türk Hukukunda ödeme kartlarının haksız kullanımı konusunda getirilen ilk kanunî düzenleme olması nedeniyle önemli bir role sahiptir. Böylece, *Gezder*'in de belirttiği gibi, özellikle "genel işlem şartları ile riskin tüketici üstüne yüklenmesi" tehlikesinin mutlak olarak önüne geçilebilmiştir.[781] Yönetmelik m. 10 hükmü, her ne kadar sadece mesafeli sözleşmelerde kartın haksız kullanımı konusu düzenlemekteyse de, Yönetmelik'in kapsamı dışında kalan sözleşmeler üzerinde ilgili konuda, yukarıda kısaca değinilen Yargıtay kararları etkili olmaya devam edecektir.

[779] Bkz., Yargıtay 19. HD. 06.03.1998 T. ve 1998/576 E. 1998/1627 K. (Buhur, Oğuzhan, Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, sh. 50'den naklen).

[780] Buhur, sh. 46-47 ve sh. 50.

[781] Gezder, sh. 240.

§ 17. Tüketici Tarafından Sipariş Edilmemiş Mal ya da Hizmetlerin Tüketiciye Gönderilmesi

Hatırlanacağı üzere, Direktif m. 9'da, sipariş edilmemiş mal ya da hizmetlerin tüketiciye gönderilmesi haline ilişkin olmak üzere, üye devletlere, (1) tüketicinin herhangi bir edim borcunun doğmayacağına ve (2) tüketiceye herhangi bir edim borcu yüklemesi durumunda, söz konusu faaliyetin yasaklanmasına yönelik tedbirleri almalarına yönelik düzenlemelere gitmeleri öngörülmüştür.

Türk kanun koyucusu, Direktif'in bu hükmünü, mesafeli sözleşmelere ilişkin ne TKHK m. 9/A hükmü ne de Yönetmelik ile düzenleme gereği duymuştur. Bu anlamda, Direktif ile uyumun incelenmesi konusunda açıklığa kavuşturulması gereken nokta, söz konusu durumun Türk Hukukunda başka bir kanun hükmü ile düzenleme altına alınıp alınmadığıdır.

Bu yönde, dolaylı bir düzenleme getiren Ticarî İlan ve Reklamlar Yönetmeliği'nin[782] 10. maddesinin dikkate alınması yerinde olacaktır.[783] Ticarî İlan ve Reklamlar Yönetmeliği m. 10'a göre, "*reklamlar, tüketiciye sipariş etmediği malı göndererek, bunları reddetmediği ya da geri göndermediği taktirde bedelini ödemeye zorlayan ya da söz konusu malı kabul etmeye zorunluymuş izlenimini veren, dürüst olmayan satış yöntemleri için kullanılamaz*".

Bu hüküm dayanağını, TKHK m. 16 ve m. 17'den almaktadır.[784] TKHK m. 16'ya göre, ticarî reklamların, kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına uygun olmaları esastır. Bu madde

[782] Söz konusu düzenleme için bkz., 14.06.2003 tarih ve 25138 sayılı R.G.

[783] Aslan, sh. 436.

[784] Bkz., Ticarî İlan ve Reklamlar Yönetmeliği m. 3.

hükmüne aykırı reklamlar, TKHK m. 17'ye göre, oluşturulan görevli Reklam Kurulu tarafından, 3 aya kadar tedbiren durdurulabilir ve/veya para cezasına çarptırılabilir.

Ticarî İlan ve Reklamlar Yönetmeliği'nin bu ilgili düzenlemesi, her ne kadar sadece reklamlara ilişkinse de, özellikle yukarıda açıklanan Alman Hukukunun konuya ilişkin düzenlemesi de dikkate alındığında, Direktif'in amacını karşılamaya yetmektedir. Gerçekten, Alman Hukukunda, satıcı ya da sağlayıcının siparişi verilmemiş bir malı teslim etmesi ya da hizmeti ifası, kural olarak "rekabete aykırı reklam" olarak nitelendirilmiştir.[785] Bu konuda temel alınan Alman Hukukunun UWG § 1 düzenlemesi ile karşılaştırıldığında, "ahlaka aykırılık" konusunda aynı hükmü içeren TKHK m. 16 ve dolayısıyla, Ticarî ilan ve Reklamlar Yönetmeliği m. 10'un da, aynı şekilde yorumlanması kanımızca yerinde olacaktır.[786]

[785] Bkz., yukarıda Bölüm II, §11.

[786] Aynı yönde bkz., Aslan, sh. 436.

SONUÇ

Mesafeli sözleşmeler, konusu mal ya da hizmete ilişkin bir tüketici sözleşmesinin kurulmasında, tarafların irade beyanlarını, yüz yüze gelmeden, uzaktan haberleşme araçları vasıtasıyla birbirlerine ilettikleri sözleşmelerdir. Böylece evinden çıkmadan kolay alışveriş yapma yöntemini seçmiş olan tüketici, özellikle seçmiş olduğu malı eline alıp değerlendirme ve sözleşmenin karşı tarafını yeterince tanıma imkanına sahip olmadığından, sözleşmenin korunmaya muhtaç olan tarafıdır.

Türk Hukukunda bu yönde getirilen ilk düzenleme yerini, "Tüketici Hakları Mevzuatında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" sonucu, TKHK m. 9/A'da bulmuştur. TKHK m. 9/A f. 2'den hareketle ikinci düzenlemeye, "Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik" ile gidilmiştir.

Türkiye, AT ile imzaladığı "Katılım Ortaklığı" nedeniyle, iç hukuk mevzuatını AT müktesabatı ile uyumlaştırma yükümlülüğü altındadır. İşte, TKHK m. 9/A ve Yönetmelik düzenlemelerinde bu anlamda temel alınan AT kaynağı, 97/7/EG sayılı "Tüketicinin Mesafeli Sözleşmelerde Korunmasına Yönelik Avrupa Topluluğu Direktifi"dir.

Bir AT üyesi olan Almanya'nın da mesafeli sözleşmeler alanındaki ilgili düzenlemelerinin incelenmesiyle, Türk Hukukunun Direktif ile uyumunun irdelendiği bu tezde, Türk kanun koyucusunun bazı konularda Direktif ile uyumu sağladığı, bazılarında sağlayamadığı ve bazılarında ise, içinden çıkılması güç düzenlemelere giderek, söz konusu hükümlerin, ancak amaçları doğrultusunda yorumlanmaları suretiyle, Direktif ile uyumu sağlayabildikleri sonucuna varılmıştır.

(1) Türk Hukukunda mesafeli sözleşmelerin tanımının yapıldığı TKHK m. 9/A f. 1 hükmü, Direktif m. 2/1'de düzenlemesini bulmuştur. Her iki hukuk

sisteminde yapılan söz konusu mesafeli sözleşme tanımıyla, sözleşmenin taraflarının ve unsurlarının belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

Mesafeli sözleşmenin bir tarafı olan "tüketici", Türk Hukukunda TKHK m. 3 b. (e)'de tanımlanmıştır. TKHK m. 3 b. (e)'deki, "sözleşme konusu mal ya da hizmetin, ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla *kullanılması* ya da bunlardan söz konusu amaçla *yararlanılması*" şartına, Direktif m. 2/2'de yer verilmemiştir. Türk kanun koyucusunun getirdiği bu ek şart, AT Hukukunun "tüketici" sayılabilme sınırlarını, Türk tüketicisi aleyhine bir hayli daraltmıştır.

TKHK m. 3 b. (e)'deki "ticarî veya meslekî amaç" unsuru, sözü itibariyle Direktif m. 2/2 düzenlemesinden eksiktir. Bu anlamda, Direktif m. 2/2'de, "ticarî iş veya meslekî faaliyet"in önünde öngörülen "kendi" şartı, TKHK hükmünün Direktif'den olan farkına işaret etmektedir. Türk öğretisinde bu yönde, "yapılan ticarî iş ya da meslekî faaliyetin bağımsızlığı" unsurunun ön plana çıktığı inkar edilemeyecektir. Ancak, TKHK'nun sözüyle dikkate alınması halinde, Türk Hukukunda ticarî iş veya meslekî faaliyet kavramının kişinin, sadece "kendi" değil, "her" ticarî işi ve meslekî faaliyetini kapsadığı sonucuna varılması kaçınılmazdır.

Buna ilaveten, "ticarî iş" ve "meslekî faaliyet" kavramlarının, Alman öğretisinde, özellikle "süreklilik kıstası"na önem verilerek tanımlanması da, Türk Hukukunda ihmal edilmiş olan bir konudur. Tüketici kavramının kapsamı Türk Hukukunda böylece bir kez daha daraltılmıştır.

Mesafeli sözleşmenin karşı tarafını oluşturan "satıcı ya da sağlayıcı", TKHK m. 3 b. (f)'de tanımlanmıştır. Direktif'in ilgili m. 2/3 düzenlemesi ile karşılaştırıldığında, uygulamada farklılığa yol açabilecek önemli bir ayırıma rastlanmamaktadır.

TKHK m. 9/A f. 1'de, mesafeli sözleşmenin unsurları, uzaktan haberleşme araçlarının kullanılması ve tarafların yüz yüze gelmemesi olarak belirlenmiştir. Bu anlamda, Direktif m. 2/1'den farklı olarak, TKHK m. 9/A f. 1'de açıkça belirtilmemiş olan, tarafların yüz yüze gelmemesi şartının "sözleşmenin kuruluşu aşamasını da kapsadığı" sonucuna, Alman Hukukunun ilgili BGB § 312b ve öğreti görüşü de dikkate alınarak varılmıştır. Ancak, söz konusu şartın, "tarafların sözleşmenin kuruluşu aşaması da dahil olmak üzere hiç bir şekilde fiziksel bağlantıya geçmemeleri" olarak geniş yorumlanmaması gerektiği de bir gerçektir. Bu konuda, Türk Hukukunda, Alman öğretisinin ilgili kıstaslarının gözden kaçırılmaması önerilmiştir.

Direktif m. 2/1'de öngörülen, mesafeli sözleşmenin kurulmasında "organize mesafeli işletme ya da hizmet sisteminin varlığı" şartına ise, TKHK m. 9/A f. 1'de yer verilmemiştir. Ancak, Direktif m. 14'den hareketle, TKHK m. 9/A f. 1'in bu konuda, ilgili Direktif düzenlemesi ile olan uyumunun eleştirilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

(2) Türk Hukukununda mesafeli sözleşmelerin kapsamının belirlendiği Yönetmelik m. 11 hükmü, Direktif m. 3'de düzenlemesini bulmuştur. Her iki hukuk sistemi arasında uygulamada önem arzedecek bir farklılığa rastlanmamakla birlikte, AT'nin -Direktif'i değiştiren- "Finansal Hizmetler Hakkındaki Direktif"i, Türk kanun koyucusunca dikkate alınmamıştır. Bu nedenle, Yönetmelik'in "banka ve sigorta ile ilgili işlemleri" mesafeli sözleşmelerin kapsamı dışında düzenleyen 11. maddesinin (a) bendi, AT Hukuku ile uyumsuzdur.

Buna ilaveten, Türk Hukukunda mesafeli sözleşmelerde "sözleşmeden dönme hakkı"nın kapsamını belirleyen, Yönetmelik m. 8/1, 2 ve 4 hükümleri, Direktif m. 6/3'de düzenlemesini bulmuştur.

Her iki hukuk sistemi arasındaki ilk fark, Türk kanun koyucusunun, Direktif'de öngörülen "taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça" şartını, iç hukukuna aktarmamış olmasıdır. Türk Hukukunda böylece, özellikle tüketicinin bu yöndeki sözleşme yapma özgürlüğü elinden alınarak, tüketici aleyhine sonuç doğuran bir düzenlemeye neden olunmuştur.

İkinci fark, Türk kanun koyucusunun, kanımızca Direktif m. 6/3 b. (1) ve b. (4) hükmünü temel alarak düzenlemiş olduğu, Yönetmelik m. 8/2'deki istisnai haldir. Yönetmelik m. 8/2'de, "*elektronik ortamda* anında ifa edilen hizmetler ve tüketiciye anında teslim edilen mallara ilişkin" sözleşmeler, Direktif'den farklı olarak, sözleşmeden dönme hakkının birer istisnası olarak öngörülmüştür.

"Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmet sözleşmeleri"ni sözleşmeden dönme hakkının birer istisnası olarak düzenleyen Türk kanun koyucusunun, Direktif m. 6/3 b. (1) hükmü dikkate alındığında, gözden kaçırdığı nokta, söz konusu elektronik hizmet sözleşmesinin anında ifasında, tüketicinin kabulünü ya da rızası aramamış olmasıdır.

Tüketicinin anında ifaya kabulü ya da rızasını arayan Direktif ile aynı yöndeki bir düzenlemeye ise, Yönetmelik m. 8/1'de yer verilmiştir. Bu anlamda artık Türk kanun koyucusunun, "elektronik ortamda anında ifa edilen hizmet sözleşmeleri" bakımından, Yönetmelik m. 8/3'de bu tür ayrı bir düzenlemeye gitmesi yersiz olmuştur. Bu sözleşme türünün de, Yönetmelik m. 8/1 kapsamında değerlendirilmesi en doğru çözüm yoludur.

"Elektronik ortamda tüketiciye anında teslim edilen mal sözleşmeleri" bakımından Direktif'in özellikle temel alınan düzenlemesi ise kanımızca, Direktif m. 6/3 b. (4) hükmüdür. Aslında söz konusu Direktif düzenlemesi karşısında başarılı olarak değerlendirilebilecek Türk kanun koyucusunun bu düzenlemesi, ne yazık ki iki açıdan eleştiriye açıktır. Bu anlamda, maddede öngörülen "anında ifa" ile "gayri maddî mal tesliminin, sadece elektronik ortamda gerçekleştirilmesi" şartlarının maddeden çıkarılması ve maddenin, teslimi elektronik ortamda gerçekleştirilemeyen ama kopyalanabilme özelliğine sahip tüm kaset, CD, disket gibi ses ya da görüntü bantlarını kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir. Mal tesliminin "anında ifa"sı söz konusu olduğunda ise, durumun Yönetmelik m. 8/1 hükmü altında değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

(3) Mesafeli sözleşmenin kuruluşunda taraf iradeleri konusu, Direktif'de düzenleme alanı bulmamıştır. Türk kanun koyucusunun da, TKHK'da bu yönde özel bir düzenlemeye gitmemiştir. Bu yönde dikkate alınması gereken hükümler, BK'nun genel hükümleridir. Ancak tartışmalı olan nokta, satıcı ya da sağlayıcının "aleni" mal teşhirlerinin icap mı yoksa icaba davet mi olduğu hususudur.

Alman Hukukundaki görüşler incelendiğinde, söz konusu irade beyanının hukukî niteliğinin saptanmasında dikkate alınması gereken kıstasın, özellikle "beyanda bulunanın söz konusu irade beyanındaki bağlanma iradesi" olduğu sonucuna varılmıştır. Gerek katalog gerek internet üzerinden yapılan aleni mal teşhirlerindeki irade beyanının hukukî niteliğinin saptanmasında, her somut olayda özellikle aklı başında normal bir tüketicinin söz konusu mal ilanına vermesi gereken anlam da dikkate alınarak, satıcının irade beyanındaki bağlanma iradesinin varlığı ya da yokluğu gerçekçi olarak belirlenebilecektir.

(4) Türk Hukukunda satıcı ya da sağlayıcının bilgi verme yükümlülüğünün düzenlendiği TKHK m. 9/A f. 2 ve dolayısıyla, Yönetmelik m. 5, m. 6 c. 3 ve m. 7 hükümlerinde temel alınan Direktif düzenlemesi, Direktif m. 4 ve m. 5'dir.

Türk Hukukunda bu konuda Direktif'den farklılık arzeden nokta, ilk olarak, Yönetmelik m. 5 ve m. 7 olmak üzere iki ayrı düzenlemeye gidilerek, satıcı ya da sağlayıcının "ön bilgi verme yükümlülüğü" ile "sözleşmenin kurulmasından sonraki bilgi verme yükümlülüğü"nden bahsedilmiş olmasıdır. Alman Hukukunda da, Türk Hukuku ile aynı yönde bir düzenlemeye yer verildiği ve Alman Hukukunun bu yönden Alman öğretisi tarafından eleştirildiği dikkate alınarak, Türk kanun koyucusunun özellikle Yönetmelik m. 7 düzenlemesinin, -TKHK m. 6/6 hükmünün kanun koyucu tarafından mutlak kaldırılması gereği de ayrıca vurgulanarak-, amacı doğrultusunda yorumlanması yoluna gidilmiştir. Bu yönde, Yönetmelik m. 7 düzenlemesi, aslında mesafeli sözleşmenin kurulmasında yazılı şekil şartını ve bu nedenle sözleşmede bulunması gereken bilgi türlerini değil, satıcı ya da sağlayıcının bu maddede belirtilen bilgi türlerinin "kâğıt üzerinde ya da herhangi bir kalıcı vasıta" ile yazılı olarak tüketiciye iletilmesi yükümlülüğünü ifade etmektedir. Yönetmelik m. 7 düzenlemesi, Direktif m. 5'de öngörülen "bilginin teyidinin bir belge ile tüketiciye iletilmesi yükümlülüğü"nden başka bir şey değildir. Yönetmelik m. 6 c. 3 hükmünün de, Direktif m. 5 düzenlemesine karşılık geldiği dikkate alındığında varılan sonuç, Yönetmelik m. 7'de düzenlenen bilgi türlerinin tüketiciye iletilmesi yükümlülüğünü Yönetmelik m. 6 c. 3 hükmü dahilinde yerine getiren satıcı ya da sağlayıcıdan, bu bilgi türlerine -ayrıca yazılı bir sözleşme hazırlayarak- sözleşmede yer vermesinin beklenemeyeceğidir.

Buna ilaveten, Yönetmelik m. 7'de, Direktif'den farklı olarak, bilgi türlerinden "garanti koşulları" ile "süresi bir seneyi aşan ya da süresi belirlenmemiş sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde sözleşmenin feshi koşulları"na yer verilmemiştir. Direktif'de açıkça belirtilen bu bilgi türlerinin düzenlenmesi bakımından, Yönetmelik m. 7 hükmü Direktif ile uyumsuzdur.

İkinci olarak Direktif'den farklılık arzeden nokta, Yönetmelik m. 6 c. 3 hükmünde, bilginin "yazılı olarak" teyidi yönündeki bir düzenlemeye yer verilmiş olmasıdır. Temel alınan Direktif m. 5 düzenlemesi dikkate alındığında varılan sonuç, Yönetmelik m. 6 c. 3 hükmü ile, bilginin teyidinin, sadece "kâğıt üzerinde ya da herhangi bir kalıcı vasıta"yla gerçekleştirilmesinin arandığı ve bu nedenle, maddenin sözünde "ulaşılabilir sürekli bir veri taşıyıcısı" kavramının kullanılmasının daha uygun olacağıdır.

Üçüncü olarak farklılık arzeden nokta, Yönetmelik m. 5 düzenlemesinde belirmektedir. Temelini Direktif m. 4 hükmünün oluşturduğu bu Yönetmelik düzenlemesinde eksik olan nokta, maddede satıcı ya da sağlayıcının sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmesinde "zamanında" şartının açıkça aranmamış olmasıdır. Türk öğretisinin bu konuda, "bilgilendirmenin müzakere sürecinin başlamasıyla yerine getirilmesi gerektiği" yönündeki görüşü belirleyici olacaktır. Ayrıca, Direktif'de öngörülen, bilginin "açık ve anlaşılır" olması şartı da gözden kaçırılmaması gereken konulardan biridir.

(5) Satıcı ya da sağlayıcının bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesinin yaptırımı, Türk Hukukunda Yönetmelik m. 6 c. 1 ve m. 8/5 hükümleri ile düzenlenmiştir. Satıcı ya da sağlayıcının bilgi verme yükümlülüğü, "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü" ve "bilginin teyidinin yazılı olarak

tüketiciye iletilmesi yükümlülüğü" olarak ikiye ayırılarak incelendiğinde, Yönetmelik m. 6 c. 1 hükmü, birinci halin; Yönetmelik m. 8/5 hükmü ise, ikinci halin yaptırımını oluşturmaktadır.

Yönetmelik m. 6 c. 1 hükmünün Direktif'de düzenlenmiş bir karşılığı olmamakla birlikte, Yönetmelik m. 8/5 hükmü, Direktif m. 6/1'de biraz daha farklı bir şekilde düzenlemesini bulmuştur. Direktif, özellikle "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nün ihlaline ilişkin bir yaptırım öngörmediğinden dolayı eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştiriler de dikkate alındığında, Türk kanun koyucusunun Yönetmelik m. 6 c. 1 düzenlemesi yerindedir.

Ancak bu sonuca, Yönetmelik m. 6 c. 1 düzenlemesinin sözüyle bir yorumlanması halinde ulaşılması mümkün değildir. Bu anlamda, Yönetmelik m. 6 c. 1 hükmünün, tüketiciyi koruma amacı gözönünde tutularak, amacı doğrultusunda yorumlanması yoluna gidilmiştir. Buna göre, Yönetmelik m. 6 c. 1'de öngörülen "tüketicinin bilgiyi edindiğini satıcı ya da sağlayıcıya karşı yazılı olarak teyidi şartı", satıcı ya da sağlayıcının, tüketici tarafından aksinin iddia edilmesi halinde, "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nü yerine getirdiğini ispatlayabilmesine getirilmiş olan bir kolaylıktır. Buna ilaveten, Yönetmelik m. 6 c. 1'de lafzını bulan "...sözleşme akdedilemez" hükmü ise, satıcı ya da sağlayıcının söz konusu bilgi verme yükümlülüğünü ya yerine getirdiğini ispatlayamaması ya da ihlali haline işaret etmektedir. Burada da, maddenin amacı doğrultusunda yorumlanması yoluna gidilerek varılan sonuç, satıcı ya da sağlayıcının "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nü yerine getirmesinin, kurulan sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasında "kanunî geciktirici şart" olarak nitelendirilmiş olmasıdır.

Ayrıca, Alman Hukukunda, "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nün ihlaline bağlanan yaptırım, tüketicinin *culpa in contrahendo* ilkesi çerçevesinde sözleşmenin feshini ve zararının tazminini talep edebilmesidir. Bu hükmün Türk Hukukunda da dikkate alınması halinde varılan sonuç, sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğünü dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenecek bir süre içinde yerine getirmeyen satıcı ya da sağlayıcının söz konusu ihlali, zaten tarafların sözleşmeyle artık bağlanmayacağı halini berarberinde getireceğinden, tüketicinin *culpa in contrahendo*'ya dayanarak menfi zararını tazmin edebileceği yönündedir.

"Sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nü yerine getirmeyen satıcı ya da sağlayıcı bakımından son olarak, TKHK m. 23/4 ile TKHK m. 25/2 hükümlerinin de gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

"Bilginin teyidinin yazılı olarak tüketiciye iletilmesi yükümlülüğü"nün yaptırımının düzenlendiği Yönetmelik m. 8/5 hükmü, Direktif m. 6/1'den farklı olmasına rağmen, Direktif m. 14'den hareketle, Direktif ile uyumludur.

(6) Türk Hukukunda mesafeli sözleşmenin kurulmasında yazılı şekil şartının arandığı gibi yanlış bir olguya kapılınmamalıdır. Nitekim, ne Direktif ne de Alman Hukukunda bu yönde bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu konuda, Borçlar Hukukunun genel hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir.

Bu anlamda, Türk Hukukunda yanıltıcı karakterdeki Yönetmelik m. 7 ve m. 9/3 hükümlerinin, -TKHK m. 6/6 düzenlemesinde açıkça öngörülen "yazılı şekil şartı"na rağmen-, amaçları doğrultusunda yorumlanması yoluna gidilmiştir. Aslında bir maddî hukuk kuralı olan TKHK m. 6/6 düzenlemesi, Türk kanun koyucusunun mesafeli sözleşmeler hakkındaki hatalı düzenlemelerinin telafisini imkansız kıldığından, tezde gözardı edilmeye çalışılmıştır. Bu anlamda, söz konusu yorumda

özellikle dikkate alınması gereken kriter, mesafeli sözleşme hükümlerinin, bir sözleşme türüne değil, bir sözleşmenin kurulmasında tercih edilen yönteme ilişkin kurallar öngörmesi ve mesafeli sözleşmelerde yazılı şekil şartına tüketicinin korunması açısından bağlanabilecek bir nedenin bulunamamasıdır. Her iki Yönetmelik hükmünün de, satıcı ya da sağlayıcı açısından aslında, sadece ispat kolaylığı getirmek amacıyla düzenlendiği sonucuna varılmıştır.

(7) TKHK m. 9/A f. 5 ve Yönetmelik m. 8'de "cayma hakkı" ve Direktif m. 6'da "geri alma hakkı" olarak tanımlanan tüketiciye tek taraflı irade beyanıyla sözleşme ilişkisini sona erdirme yetkisi veren yenilik doğurucu hakkın, hukukî niteliği itibariyle aslında "sözleşmeden dönme hakkı" olduğu kabul edilmiştir. Özellikle Alman Hukukunda BGB § 312d'de de, "geri alma hakkı" ibaresinin kullanılmış olması, ancak bu durumun Alman öğretisinin eleştirilerine maruz kalması, "sözleşmeden dönme hakkı" kavramının kullanılmasının tercih edilmesini destekler niteliktedir. Sözleşmeden dönme hakkının doğabilmesi için, mesafeli sözleşmenin kurulmuş ve hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamış olması şarttır.

Sözleşmeden dönme hakkı süresinin "7 gün" olarak belirlendiği Yönetmelik m. 8/1 düzenlemesi, ilgili Direktif m. 6/1 hükmü ile uyumsuzdur. Söz konusu Yönetmelik düzenlemesinin, Direktif ile aynı yönde "7 iş günü" olarak değiştirilmesi gerekmektedir.

Ayrıca, hizmet sözleşmelerinde dönme hakkı süresinin işlemeye başlayacağı zamanın tespitinde de, Yönetmelik m. 8/1 hükmü sözüyle, Direktif m. 6/1'den farklı bir düzenlemeye gitmiştir. Ancak, Türk Hukukunda da mesafeli sözleşmelerin kurulmasında yazılı şekil şartının aranmadığı ve aranamayacağı sonucundan hareketle, bu Yönetmelik m. 8/1 düzenlemesinin de, amacı doğrultusunda

yorumlanması yoluna gidilmiştir. Maddede ifade edilen, Direktif ile aynı yönde, "sözleşmenin kurulduğu tarih"dir.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının hüküm ve sonuçlarına ilişkin bir düzenlemeye, sadece Direktif m. 6/2'de rastlanmaktadır. Türk Hukukunda Yönetmelik m. 8/1'de bu yönde getirilen düzenleme, Direktif ile uyum içindedir.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde taraflar arasında doğacak yeni ilişkinin hukukî niteliği ise, dönmenin sözleşmenin geçerliliğine etkisine bağlanan çeşitli teoriler dikkate alınarak açıklanmaya çalışılmıştır. Bu yönde, Alman Hukukunda kabul gören "dönüşüm teorisi"nden uzaklaşılarak, Türk Hukukunda, "ayni etkili dönme teorisi"nin benimsenmesi yoluna gidilmiştir. Sonuç olarak, tarafların sözleşme nedeniyle birbirlerine verdikleri şeylerin iadesinde, doğrudan sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanı bulacağı iddiası yanlıştır.

(8) Mesafeli sözleşmelerde satıcı ya da sağlayıcının ifa yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin düzenlendiği TKHK m. 9/A f. 3 ve aynı yönde, Yönetmelik m. 9/1, ayrıca Yönetmelik m. 9/5 ve Yönetmelik m. 9/4, Direktif m. 7'de karşılıklarını bulmaktadır.

Yönetmelik m. 9/1 düzenlemesinde, Direktif'den farklı olarak, emredici bir hükme gidilmesi yersizdir. Türk kanun koyucusu bu düzenlemesiyle, tarafların sözleşme yapma özgürlüğünü gereksiz yere kısıtlamıştır. Ayrıca, aynı maddede, satıcı ya da sağlayıcının edimini ifası süresini kendiliğinden 10 gün daha uzatabileceği öngörülerek, Direktif ile uyumsuz olan, tüketici aleyhine bir düzenlemeye gidilmiştir.

Mal ya da hizmetin mevcut olmamasından dolayı satıcı ya da sağlayıcının borcunu ifa edememesi haline ilişkin getirilen Yönetmelik m. 9/5 hükmü, Direktif m. 7/2 ile uyumludur.

Mal ya da hizmetin mevcut olmaması halinde başka bir mal ya da hizmetle ifaya imkan veren Direktif m. 7/3 düzenlemesinin ise, Yönetmelik m. 9/4 hükmü ile Türk Hukukuna aktarılması isabetli olmamıştır. Özellikle Alman Hukukunun bu yöndeki ilgili düzenlemeleri dikkate alındığında, Türk Hukukunda da, ancak gerekli genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelere gidildikten sonra, söz konusu hükme yer verilebileceği kabul edilmiştir.

(9) Mesafeli sözleşmelerde kartla ödeme konusu, Türk Hukukunda Yönetmelik m. 10'da, ilgili Direktif m. 8 ile uyumlu olarak, düzenleme alanı bulmuştur.

(10) Direktif m. 9 doğrultusunda tüketici tarafından sipariş edilmemiş mal ya da hizmetlerin tüketiciye gönderilmesine ilişkin bir düzenlemeye, Türk Hukukunda mesafeli sözleşmelerle ilgili hükümlerde yer verilmemiştir. Ancak bu konuda, Türk Hukukunda Ticarî İlan ve Reklamlar Yönetmeliği m. 10'un dikkate alınmasıyla, Direktif ile uyumun sağlandığı sonucuna varılmıştır.

SONUÇ

Mesafeli sözleşmeler, konusu mal ya da hizmete ilişkin bir tüketici sözleşmesinin kurulmasında, tarafların irade beyanlarını, yüz yüze gelmeden, uzaktan haberleşme araçları vasıtasıyla birbirlerine ilettikleri sözleşmelerdir. Böylece evinden çıkmadan kolay alışveriş yapma yöntemini seçmiş olan tüketici, özellikle seçmiş olduğu malı eline alıp değerlendirme ve sözleşmenin karşı tarafını yeterince tanıma imkanına sahip olmadığından, sözleşmenin korunmaya muhtaç olan tarafıdır.

Türk Hukukunda bu yönde getirilen ilk düzenleme yerini, "Tüketici Hakları Mevzuatında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" sonucu, TKHK m. 9/A'da bulmuştur. TKHK m. 9/A f. 2'den hareketle ikinci düzenlemeye, "Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik" ile gidilmiştir.

Türkiye, AT ile imzaladığı "Katılım Ortaklığı" nedeniyle, iç hukuk mevzuatını AT müktesabatı ile uyumlaştırma yükümlülüğü altındadır. İşte, TKHK m. 9/A ve Yönetmelik düzenlemelerinde bu anlamda temel alınan AT kaynağı, 97/7/EG sayılı "Tüketicinin Mesafeli Sözleşmelerde Korunmasına Yönelik Avrupa Topluluğu Direktifi"dir.

Bir AT üyesi olan Almanya'nın da mesafeli sözleşmeler alanındaki ilgili düzenlemelerinin incelenmesiyle, Türk Hukukunun Direktif ile uyumunun irdelendiği bu tezde, Türk kanun koyucusunun bazı konularda Direktif ile uyumu sağladığı, bazılarında sağlayamadığı ve bazılarında ise, içinden çıkılması güç düzenlemelere giderek, söz konusu hükümlerin, ancak amaçları doğrultusunda yorumlanmaları suretiyle, Direktif ile uyumu sağlayabildikleri sonucuna varılmıştır.

(1) Türk Hukukunda mesafeli sözleşmelerin tanımının yapıldığı TKHK m. 9/A f. 1 hükmü, Direktif m. 2/1'de düzenlemesini bulmuştur. Her iki hukuk

sisteminde yapılan söz konusu mesafeli sözleşme tanımıyla, sözleşmenin taraflarının ve unsurlarının belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

Mesafeli sözleşmenin bir tarafı olan "tüketici", Türk Hukukunda TKHK m. 3 b. (e)'de tanımlanmıştır. TKHK m. 3 b. (e)'deki, "sözleşme konusu mal ya da hizmetin, ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla *kullanılması* ya da bunlardan söz konusu amaçla *yararlanılması*" şartına, Direktif m. 2/2'de yer verilmemiştir. Türk kanun koyucusunun getirdiği bu ek şart, AT Hukukunun "tüketici" sayılabilme sınırlarını, Türk tüketicisi aleyhine bir hayli daraltmıştır.

TKHK m. 3 b. (e)'deki "ticarî veya meslekî amaç" unsuru, sözü itibariyle Direktif m. 2/2 düzenlemesinden eksiktir. Bu anlamda, Direktif m. 2/2'de, "ticarî iş veya meslekî faaliyet"in önünde öngörülen "kendi" şartı, TKHK hükmünün Direktif'den olan farkına işaret etmektedir. Türk öğretisinde bu yönde, "yapılan ticarî iş ya da meslekî faaliyetin bağımsızlığı" unsurunun ön plana çıktığı inkar edilemeyecektir. Ancak, TKHK'nun sözüyle dikkate alınması halinde, Türk Hukukunda ticarî iş veya meslekî faaliyet kavramının kişinin, sadece "kendi" değil, "her" ticarî işi ve meslekî faaliyetini kapsadığı sonucuna varılması kaçınılmazdır.

Buna ilaveten, "ticarî iş" ve "meslekî faaliyet" kavramlarının, Alman öğretisinde, özellikle "süreklilik kıstası"na önem verilerek tanımlanması da, Türk Hukukunda ihmal edilmiş olan bir konudur. Tüketici kavramının kapsamı Türk Hukukunda böylece bir kez daha daraltılmıştır.

Mesafeli sözleşmenin karşı tarafını oluşturan "satıcı ya da sağlayıcı", TKHK m. 3 b. (f)'de tanımlanmıştır. Direktif'in ilgili m. 2/3 düzenlemesi ile karşılaştırıldığında, uygulamada farklılığa yol açabilecek önemli bir ayırıma rastlanmamaktadır.

TKHK m. 9/A f. 1'de, mesafeli sözleşmenin unsurları, uzaktan haberleşme araçlarının kullanılması ve tarafların yüz yüze gelmemesi olarak belirlenmiştir. Bu anlamda, Direktif m. 2/1'den farklı olarak, TKHK m. 9/A f. 1'de açıkça belirtilmemiş olan, tarafların yüz yüze gelmemesi şartının "sözleşmenin kuruluşu aşamasını da kapsadığı" sonucuna, Alman Hukukunun ilgili BGB § 312b ve öğreti görüşü de dikkate alınarak varılmıştır. Ancak, söz konusu şartın, "tarafların sözleşmenin kuruluşu aşaması da dahil olmak üzere hiç bir şekilde fiziksel bağlantıya geçmemeleri" olarak geniş yorumlanmaması gerektiği de bir gerçektir. Bu konuda, Türk Hukukunda, Alman öğretisinin ilgili kıstaslarının gözden kaçırılmaması önerilmiştir.

Direktif m. 2/1'de öngörülen, mesafeli sözleşmenin kurulmasında "organize mesafeli işletme ya da hizmet sisteminin varlığı" şartına ise, TKHK m. 9/A f. 1'de yer verilmemiştir. Ancak, Direktif m. 14'den hareketle, TKHK m. 9/A f. 1'in bu konuda, ilgili Direktif düzenlemesi ile olan uyumunun eleştirilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

(2) Türk Hukukununda mesafeli sözleşmelerin kapsamının belirlendiği Yönetmelik m. 11 hükmü, Direktif m. 3'de düzenlemesini bulmuştur. Her iki hukuk sistemi arasında uygulamada önem arzedecek bir farklılığa rastlanmamakla birlikte, AT'nin -Direktif'i değiştiren- "Finansal Hizmetler Hakkındaki Direktif"i, Türk kanun koyucusunca dikkate alınmamıştır. Bu nedenle, Yönetmelik'in "banka ve sigorta ile ilgili işlemleri" mesafeli sözleşmelerin kapsamı dışında düzenleyen 11. maddesinin (a) bendi, AT Hukuku ile uyumsuzdur.

Buna ilaveten, Türk Hukukunda mesafeli sözleşmelerde "sözleşmeden dönme hakkı"nın kapsamını belirleyen, Yönetmelik m. 8/1, 2 ve 4 hükümleri, Direktif m. 6/3'de düzenlemesini bulmuştur.

Her iki hukuk sistemi arasındaki ilk fark, Türk kanun koyucusunun, Direktif'de öngörülen "taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça" şartını, iç hukukuna aktarmamış olmasıdır. Türk Hukukunda böylece, özellikle tüketicinin bu yöndeki sözleşme yapma özgürlüğü elinden alınarak, tüketici aleyhine sonuç doğuran bir düzenlemeye neden olunmuştur.

İkinci fark, Türk kanun koyucusunun, kanımızca Direktif m. 6/3 b. (1) ve b. (4) hükmünü temel alarak düzenlemiş olduğu, Yönetmelik m. 8/2'deki istisnai haldir. Yönetmelik m. 8/2'de, "*elektronik ortamda* anında ifa edilen hizmetler ve tüketiciye anında teslim edilen mallara ilişkin" sözleşmeler, Direktif'den farklı olarak, sözleşmeden dönme hakkının birer istisnası olarak öngörülmüştür.

"Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmet sözleşmeleri"ni sözleşmeden dönme hakkının birer istisnası olarak düzenleyen Türk kanun koyucusunun, Direktif m. 6/3 b. (1) hükmü dikkate alındığında, gözden kaçırdığı nokta, söz konusu elektronik hizmet sözleşmesinin anında ifasında, tüketicinin kabulünü ya da rızası aramamış olmasıdır.

Tüketicinin anında ifaya kabulü ya da rızasını arayan Direktif ile aynı yöndeki bir düzenlemeye ise, Yönetmelik m. 8/1'de yer verilmiştir. Bu anlamda artık Türk kanun koyucusunun, "elektronik ortamda anında ifa edilen hizmet sözleşmeleri" bakımından, Yönetmelik m. 8/3'de bu tür ayrı bir düzenlemeye gitmesi yersiz olmuştur. Bu sözleşme türünün de, Yönetmelik m. 8/1 kapsamında değerlendirilmesi en doğru çözüm yoludur.

"Elektronik ortamda tüketiciye anında teslim edilen mal sözleşmeleri" bakımından Direktif'in özellikle temel alınan düzenlemesi ise kanımızca, Direktif m. 6/3 b. (4) hükmüdür. Aslında söz konusu Direktif düzenlemesi karşısında başarılı olarak değerlendirilebilecek Türk kanun koyucusunun bu düzenlemesi, ne yazık ki iki açıdan eleştiriye açıktır. Bu anlamda, maddede öngörülen "anında ifa" ile "gayri maddî mal tesliminin, sadece elektronik ortamda gerçekleştirilmesi" şartlarının maddeden çıkarılması ve maddenin, teslimi elektronik ortamda gerçekleştirilemeyen ama kopyalanabilme özelliğine sahip tüm kaset, CD, disket gibi ses ya da görüntü bantlarını kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir. Mal tesliminin "anında ifa"sı söz konusu olduğunda ise, durumun Yönetmelik m. 8/1 hükmü altında değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

(3) Mesafeli sözleşmenin kuruluşunda taraf iradeleri konusu, Direktif'de düzenleme alanı bulmamıştır. Türk kanun koyucusunun da, TKHK'da bu yönde özel bir düzenlemeye gitmemiştir. Bu yönde dikkate alınması gereken hükümler, BK'nun genel hükümleridir. Ancak tartışmalı olan nokta, satıcı ya da sağlayıcının "aleni" mal teşhirlerinin icap mı yoksa icaba davet mi olduğu hususudur.

Alman Hukukundaki görüşler incelendiğinde, söz konusu irade beyanının hukukî niteliğinin saptanmasında dikkate alınması gereken kıstasın, özellikle "beyanda bulunanın söz konusu irade beyanındaki bağlanma iradesi" olduğu sonucuna varılmıştır. Gerek katalog gerek internet üzerinden yapılan aleni mal teşhirlerindeki irade beyanının hukukî niteliğinin saptanmasında, her somut olayda özellikle aklı başında normal bir tüketicinin söz konusu mal ilanına vermesi gereken anlam da dikkate alınarak, satıcının irade beyanındaki bağlanma iradesinin varlığı ya da yokluğu gerçekçi olarak belirlenebilecektir.

(4) Türk Hukukunda satıcı ya da sağlayıcının bilgi verme yükümlülüğünün düzenlendiği TKHK m. 9/A f. 2 ve dolayısıyla, Yönetmelik m. 5, m. 6 c. 3 ve m. 7 hükümlerinde temel alınan Direktif düzenlemesi, Direktif m. 4 ve m. 5'dir.

Türk Hukukunda bu konuda Direktif'den farklılık arzeden nokta, ilk olarak, Yönetmelik m. 5 ve m. 7 olmak üzere iki ayrı düzenlemeye gidilerek, satıcı ya da sağlayıcının "ön bilgi verme yükümlülüğü" ile "sözleşmenin kurulmasından sonraki bilgi verme yükümlülüğü"nden bahsedilmiş olmasıdır. Alman Hukukunda da, Türk Hukuku ile aynı yönde bir düzenlemeye yer verildiği ve Alman Hukukunun bu yönden Alman öğretisi tarafından eleştirildiği dikkate alınarak, Türk kanun koyucusunun özellikle Yönetmelik m. 7 düzenlemesinin, -TKHK m. 6/6 hükmünün kanun koyucu tarafından mutlak kaldırılması gereği de ayrıca vurgulanarak-, amacı doğrultusunda yorumlanması yoluna gidilmiştir. Bu yönde, Yönetmelik m. 7 düzenlemesi, aslında mesafeli sözleşmenin kurulmasında yazılı şekil şartını ve bu nedenle sözleşmede bulunması gereken bilgi türlerini değil, satıcı ya da sağlayıcının bu maddede belirtilen bilgi türlerinin "kâğıt üzerinde ya da herhangi bir kalıcı vasıta" ile yazılı olarak tüketiciye iletilmesi yükümlülüğünü ifade etmektedir. Yönetmelik m. 7 düzenlemesi, Direktif m. 5'de öngörülen "bilginin teyidinin bir belge ile tüketiciye iletilmesi yükümlülüğü"nden başka bir şey değildir. Yönetmelik m. 6 c. 3 hükmünün de, Direktif m. 5 düzenlemesine karşılık geldiği dikkate alındığında varılan sonuç, Yönetmelik m. 7'de düzenlenen bilgi türlerinin tüketiciye iletilmesi yükümlülüğünü Yönetmelik m. 6 c. 3 hükmü dahilinde yerine getiren satıcı ya da sağlayıcıdan, bu bilgi türlerine -ayrıca yazılı bir sözleşme hazırlayarak- sözleşmede yer vermesinin beklenemeyeceğidir.

Buna ilaveten, Yönetmelik m. 7'de, Direktif'den farklı olarak, bilgi türlerinden "garanti koşulları" ile "süresi bir seneyi aşan ya da süresi belirlenmemiş sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde sözleşmenin feshi koşulları"na yer verilmemiştir. Direktif'de açıkça belirtilen bu bilgi türlerinin düzenlenmesi bakımından, Yönetmelik m. 7 hükmü Direktif ile uyumsuzdur.

İkinci olarak Direktif'den farklılık arzeden nokta, Yönetmelik m. 6 c. 3 hükmünde, bilginin "yazılı olarak" teyidi yönündeki bir düzenlemeye yer verilmiş olmasıdır. Temel alınan Direktif m. 5 düzenlemesi dikkate alındığında varılan sonuç, Yönetmelik m. 6 c. 3 hükmü ile, bilginin teyidinin, sadece "kâğıt üzerinde ya da herhangi bir kalıcı vasıta"yla gerçekleştirilmesinin arandığı ve bu nedenle, maddenin sözünde "ulaşılabilir sürekli bir veri taşıyıcısı" kavramının kullanılmasının daha uygun olacağıdır.

Üçüncü olarak farklılık arzeden nokta, Yönetmelik m. 5 düzenlemesinde belirmektedir. Temelini Direktif m. 4 hükmünün oluşturduğu bu Yönetmelik düzenlemesinde eksik olan nokta, maddede satıcı ya da sağlayıcının sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmesinde "zamanında" şartının açıkça aranmamış olmasıdır. Türk öğretisinin bu konuda, "bilgilendirmenin müzakere sürecinin başlamasıyla yerine getirilmesi gerektiği" yönündeki görüşü belirleyici olacaktır. Ayrıca, Direktif'de öngörülen, bilginin "açık ve anlaşılır" olması şartı da gözden kaçırılmaması gereken konulardan biridir.

(5) Satıcı ya da sağlayıcının bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesinin yaptırımı, Türk Hukukunda Yönetmelik m. 6 c. 1 ve m. 8/5 hükümleri ile düzenlenmiştir. Satıcı ya da sağlayıcının bilgi verme yükümlülüğü, "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü" ve "bilginin teyidinin yazılı olarak

tüketiciye iletilmesi yükümlülüğü" olarak ikiye ayırılarak incelendiğinde, Yönetmelik m. 6 c. 1 hükmü, birinci halin; Yönetmelik m. 8/5 hükmü ise, ikinci halin yaptırımını oluşturmaktadır.

Yönetmelik m. 6 c. 1 hükmünün Direktif'de düzenlenmiş bir karşılığı olmamakla birlikte, Yönetmelik m. 8/5 hükmü, Direktif m. 6/1'de biraz daha farklı bir şekilde düzenlemesini bulmuştur. Direktif, özellikle "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nün ihlaline ilişkin bir yaptırım öngörmediğinden dolayı eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştiriler de dikkate alındığında, Türk kanun koyucusunun Yönetmelik m. 6 c. 1 düzenlemesi yerindedir.

Ancak bu sonuca, Yönetmelik m. 6 c. 1 düzenlemesinin sözüyle bir yorumlanması halinde ulaşılması mümkün değildir. Bu anlamda, Yönetmelik m. 6 c. 1 hükmünün, tüketiciyi koruma amacı gözönünde tutularak, amacı doğrultusunda yorumlanması yoluna gidilmiştir. Buna göre, Yönetmelik m. 6 c. 1'de öngörülen "tüketicinin bilgiyi edindiğini satıcı ya da sağlayıcıya karşı yazılı olarak teyidi şartı", satıcı ya da sağlayıcının, tüketici tarafından aksinin iddia edilmesi halinde, "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nü yerine getirdiğini ispatlayabilmesine getirilmiş olan bir kolaylıktır. Buna ilaveten, Yönetmelik m. 6 c. 1'de lafzını bulan "...sözleşme akdedilemez" hükmü ise, satıcı ya da sağlayıcının söz konusu bilgi verme yükümlülüğünü ya yerine getirdiğini ispatlayamaması ya da ihlali haline işaret etmektedir. Burada da, maddenin amacı doğrultusunda yorumlanması yoluna gidilerek varılan sonuç, satıcı ya da sağlayıcının "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nü yerine getirmesinin, kurulan sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasında "kanunî geciktirici şart" olarak nitelendirilmiş olmasıdır.

Ayrıca, Alman Hukukunda, "sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nün ihlaline bağlanan yaptırım, tüketicinin *culpa in contrahendo* ilkesi çerçevesinde sözleşmenin feshini ve zararının tazminini talep edebilmesidir. Bu hükmün Türk Hukukunda da dikkate alınması halinde varılan sonuç, sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğünü dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenecek bir süre içinde yerine getirmeyen satıcı ya da sağlayıcının söz konusu ihlali, zaten tarafların sözleşmeyle artık bağlanmayacağı halini berarberinde getireceğinden, tüketicinin *culpa in contrahendo*'ya dayanarak menfi zararını tazmin edebileceği yönündedir.

"Sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü"nü yerine getirmeyen satıcı ya da sağlayıcı bakımından son olarak, TKHK m. 23/4 ile TKHK m. 25/2 hükümlerinin de gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

"Bilginin teyidinin yazılı olarak tüketiciye iletilmesi yükümlülüğü"nün yaptırımının düzenlendiği Yönetmelik m. 8/5 hükmü, Direktif m. 6/1'den farklı olmasına rağmen, Direktif m. 14'den hareketle, Direktif ile uyumludur.

(6) Türk Hukukunda mesafeli sözleşmenin kurulmasında yazılı şekil şartının arandığı gibi yanlış bir olguya kapılınmamalıdır. Nitekim, ne Direktif ne de Alman Hukukunda bu yönde bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu konuda, Borçlar Hukukunun genel hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir.

Bu anlamda, Türk Hukukunda yanıltıcı karakterdeki Yönetmelik m. 7 ve m. 9/3 hükümlerinin, -TKHK m. 6/6 düzenlemesinde açıkça öngörülen "yazılı şekil şartı"na rağmen-, amaçları doğrultusunda yorumlanması yoluna gidilmiştir. Aslında bir maddî hukuk kuralı olan TKHK m. 6/6 düzenlemesi, Türk kanun koyucusunun mesafeli sözleşmeler hakkındaki hatalı düzenlemelerinin telafisini imkansız kıldığından, tezde gözardı edilmeye çalışılmıştır. Bu anlamda, söz konusu yorumda

özellikle dikkate alınması gereken kriter, mesafeli sözleşme hükümlerinin, bir sözleşme türüne değil, bir sözleşmenin kurulmasında tercih edilen yönteme ilişkin kurallar öngörmesi ve mesafeli sözleşmelerde yazılı şekil şartına tüketicinin korunması açısından bağlanabilecek bir nedenin bulunamamasıdır. Her iki Yönetmelik hükmünün de, satıcı ya da sağlayıcı açısından aslında, sadece ispat kolaylığı getirmek amacıyla düzenlendiği sonucuna varılmıştır.

(7) TKHK m. 9/A f. 5 ve Yönetmelik m. 8'de "cayma hakkı" ve Direktif m. 6'da "geri alma hakkı" olarak tanımlanan tüketiciye tek taraflı irade beyanıyla sözleşme ilişkisini sona erdirme yetkisi veren yenilik doğurucu hakkın, hukukî niteliği itibariyle aslında "sözleşmeden dönme hakkı" olduğu kabul edilmiştir. Özellikle Alman Hukukunda BGB § 312d'de de, "geri alma hakkı" ibaresinin kullanılmış olması, ancak bu durumun Alman öğretisinin eleştirilerine maruz kalması, "sözleşmeden dönme hakkı" kavramının kullanılmasının tercih edilmesini destekler niteliktedir. Sözleşmeden dönme hakkının doğabilmesi için, mesafeli sözleşmenin kurulmuş ve hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamış olması şarttır.

Sözleşmeden dönme hakkı süresinin "7 gün" olarak belirlendiği Yönetmelik m. 8/1 düzenlemesi, ilgili Direktif m. 6/1 hükmü ile uyumsuzdur. Söz konusu Yönetmelik düzenlemesinin, Direktif ile aynı yönde "7 iş günü" olarak değiştirilmesi gerekmektedir.

Ayrıca, hizmet sözleşmelerinde dönme hakkı süresinin işlemeye başlayacağı zamanın tespitinde de, Yönetmelik m. 8/1 hükmü sözüyle, Direktif m. 6/1'den farklı bir düzenlemeye gitmiştir. Ancak, Türk Hukukunda da mesafeli sözleşmelerin kurulmasında yazılı şekil şartının aranmadığı ve aranamayacağı sonucundan hareketle, bu Yönetmelik m. 8/1 düzenlemesinin de, amacı doğrultusunda

yorumlanması yoluna gidilmiştir. Maddede ifade edilen, Direktif ile aynı yönde, "sözleşmenin kurulduğu tarih"dir.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının hüküm ve sonuçlarına ilişkin bir düzenlemeye, sadece Direktif m. 6/2'de rastlanmaktadır. Türk Hukukunda Yönetmelik m. 8/1'de bu yönde getirilen düzenleme, Direktif ile uyum içindedir.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde taraflar arasında doğacak yeni ilişkinin hukukî niteliği ise, dönmenin sözleşmenin geçerliliğine etkisine bağlanan çeşitli teoriler dikkate alınarak açıklanmaya çalışılmıştır. Bu yönde, Alman Hukukunda kabul gören "dönüşüm teorisi"nden uzaklaşılarak, Türk Hukukunda, "ayni etkili dönme teorisi"nin benimsenmesi yoluna gidilmiştir. Sonuç olarak, tarafların sözleşme nedeniyle birbirlerine verdikleri şeylerin iadesinde, doğrudan sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanı bulacağı iddiası yanlıştır.

(8) Mesafeli sözleşmelerde satıcı ya da sağlayıcının ifa yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin düzenlendiği TKHK m. 9/A f. 3 ve aynı yönde, Yönetmelik m. 9/1, ayrıca Yönetmelik m. 9/5 ve Yönetmelik m. 9/4, Direktif m. 7'de karşılıklarını bulmaktadır.

Yönetmelik m. 9/1 düzenlemesinde, Direktif'den farklı olarak, emredici bir hükme gidilmesi yersizdir. Türk kanun koyucusu bu düzenlemesiyle, tarafların sözleşme yapma özgürlüğünü gereksiz yere kısıtlamıştır. Ayrıca, aynı maddede, satıcı ya da sağlayıcının edimini ifası süresini kendiliğinden 10 gün daha uzatabileceği öngörülerek, Direktif ile uyumsuz olan, tüketici aleyhine bir düzenlemeye gidilmiştir.

Mal ya da hizmetin mevcut olmamasından dolayı satıcı ya da sağlayıcının borcunu ifa edememesi haline ilişkin getirilen Yönetmelik m. 9/5 hükmü, Direktif m. 7/2 ile uyumludur.

Mal ya da hizmetin mevcut olmaması halinde başka bir mal ya da hizmetle ifaya imkan veren Direktif m. 7/3 düzenlemesinin ise, Yönetmelik m. 9/4 hükmü ile Türk Hukukuna aktarılması isabetli olmamıştır. Özellikle Alman Hukukunun bu yöndeki ilgili düzenlemeleri dikkate alındığında, Türk Hukukunda da, ancak gerekli genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelere gidildikten sonra, söz konusu hükme yer verilebileceği kabul edilmiştir.

(9) Mesafeli sözleşmelerde kartla ödeme konusu, Türk Hukukunda Yönetmelik m. 10'da, ilgili Direktif m. 8 ile uyumlu olarak, düzenleme alanı bulmuştur.

(10) Direktif m. 9 doğrultusunda tüketici tarafından sipariş edilmemiş mal ya da hizmetlerin tüketiciye gönderilmesine ilişkin bir düzenlemeye, Türk Hukukunda mesafeli sözleşmelerle ilgili hükümlerde yer verilmemiştir. Ancak bu konuda, Türk Hukukunda Ticarî İlan ve Reklamlar Yönetmeliği m. 10'un dikkate alınmasıyla, Direktif ile uyumun sağlandığı sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

Akerlof, G.A., "The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanisms", Quarterly Journal of Economics 84 (1970), sh. 488.

Akıncı, Ziya, Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye Yayınları, Ankara, 1992.

Akipek, Şebnem, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiyenin Uyumu", BATİDER, Aralık 2002, C. XXI, S. 4, sh. 45.

Akipek, J. G., Akıntürk, T., Türk Medeni Hukuku, C. 1, bs. 4, İstanbul, Beta Yayınları, 2002.

Altınışık, Ulvi, Elektronik Sözleşmeler, bs. 1, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.

Arnold, Dirk, "Verbraucherschutz im Internet", CR 1997, sh. 526.

Artz, Markus, "Hürden auf den Weg zu einem Fernabsatzgesetz", VuR 1999, sh. 393.

Aslan, Yılmaz, Tüketici Hukuku, bs. 2, İstanbul, Ekin Kitabevi, 2004.

Atamer, Yeşim, "Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması", IHFM 1996, C. 55, S. 1-2, sh. 421.

Atamer, Yeşim, "TKHK m. 9/A ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in AB Mevzuatı Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri", BATİDER, Haziran 2005, C. XXIII, S. 1, sh. 177. [Atamer (2005)]

Atasoy, Ö., Taşkın, H., Acar, H., Tüketiciyi Koruma Hukuku, bs. 2, Ankara, Yargı Yayınevi, 2000.

Bamberger, H. G., Roth, H. (Yayına Hazırlayanlar), Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, München, Verlag C. H. Beck, 2003. *(İşleyenler: Becker, J. , Habermeier, S., Grothe, H., Möller, C., Schmidt-Räntsch, J., Wendehorst, C.)*

Basedow, Jürgen, "Europäisches Internationales Privatrecht", NJW 1996, sh. 1921.

Baumbach/Hopt, (Yayına Hazırlayanlar, Hopt, K. J., Merkt, H.), Handelsgesetzbuch, 31. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2003. (*İşleyen: Hopt, Klaus J.*).

Baumbach/Lauterbach, (Yayına Hazırlayanlar, Albers, J., Hartmann, P.), Zivilprozessordnung, 63. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2005.

Biernoth, Christian, Zivilrechtlicher Erwerberschutz beim Teleshopping, 1. Aufl., Sinzheim, Pro Universitate Verlag, 1999.

Bilgili, Fatih, "Özel Hukukta Elektronik İmza ve Elektronik Ticaret", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, Beta Yayınları, 2002, sh. 991.

Bodewig, Theo, "Die neue Europäische Richtlinie zum Fernabsatz", DZWir 1997, sh. 447.

Boele-Woelki, K., Kessedjian, C., Internet-Which Court Decides?, Which Court Applies?, Kluwer Law International, 1998.

Borges, Georg, "Verbraucherschutz beim Internet-Shopping", ZIP 1999, sh. 130.

Börner, F., Rath, M., Sengpiel, M., Fernabsatzrecht, 1. Aufl., Köln, Bundesanzeiger Verlag, 2001.

Brinkmann, Werner, "Vertragsrechtliche Probleme bei Warenbestellungen über Bildschirmtext", BB 1981, sh. 1183.

Brüggemeier, G., Reich, N., "Europäisierung des BGB durch große Schuldrechstreform", BB 2001, sh. 213.

Bröhl, G. M., Tettenborn, A., Das neue Recht der elektronischen Signaturen, Köln, Bundesanzeiger Verlag, 2001.

Buhur, Oğuzhan, Tüketici Kredisi Açısından Kredi Kartı Uygulaması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.

Burnstein, Matthew R., "Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace", Vand. J. Transnat. L. 1996, sh. 75.

Buz, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998.

Bülow, P., Artz, M., "Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB", NJW 2000, sh. 2049.

Bülow, Peter, "Unsinniges im Fernabsatz", ZIP 1999, sh. 1293.

Bülow, Peter, Verbraucherkreditgesetz, 4. Aufl., Stuttgart, Deutscher Sparkassen Verlag, 2001. [Bülow (2001)].

Casper, Matthias, "Die Zusendung unbestellter Waren", ZIP 2000, sh. 1602.

Cavendish Law Cards, European Community Law, Cavendish Publishing Limited, 2000.

Coşkun, Ali, "Türkiye ve Gümrük Birliği", İSOD 1999, S. 355, sh. 68.

Demir, Mehmet, Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, bs. 1, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001.

Demir, Mehmet, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2004. [Demir (2004)].

Dickie, John, "Consumer Confidence and the EC Directive on Distance Contracts", JCP 1998, Vol. 21, sh. 217.

Dilger, Petra, Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet, München, Verlag C.H. Beck, 2002.

Dreher, Meinrad, "Der Verbraucher-Das Phantom in den Opera des Europäischen und Deutschen Rechts?", JZ 1997, sh. 167.

Drygala, Tim, Festschrift Für Marcus Lutter Zum 70. Geburtstag, (Yayına Hazırlayanlar, Schneider, Uwe H. vd.), Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2000, sh. 1563-1583 (*Drygala,* "Die Vollharmonisierung des Vertriebsrechts für Finanzdienstleistungen im Fernabsatz").

Eckert, Hans-Werner, "Teleshopping-Vertragsrechtliche Aspekte eines neuen Marketingkonzepts", DB 1994, sh. 717.

Epstein, A. Richard, Simple Rules for a Complex World, Harvard University Press, 1995.

Erman, (Yayına Hazırlayan, Westermann, H. Peter), Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004. *(İşleyenler: Bezzenberger, T., Roloff, S., Saenger, I., Westermann, H. P., Westphalen, G. von)*

Erturgut, Mine, "Elektronik İmza Kanunu Bakımından e-Belge ve e-İmza", Bankacılık Açısından Elektronik İmza Kanunu Konferansı, 4 Mart 2004, İstanbul, Yayımlanmamış.

Faber, Wolfgang, "Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht", ZEuP 1998, sh. 854.

Falcıoğlu, Mete Özgür, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.

Finke, Tilman, Der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004.

Fischer, Nikolaj, "Das Verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Schuldrechtsreform", DB 2002, sh. 256.

Fischer, Nikolaj, "Richtlinienwidrigkeit des § 357 Abs. 3 BGB bei Fernabsatzverträgen?", K&R 2004, sh. 223. [Fischer (K&R 2004)]

Fleischer, Holger, "Vertragsschlußbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht", ZEuP 2000, sh. 772.

Fleischer, Holger, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, (Yayına Hazırlayanlar, Schulze, R., Schulte-Nölke, H.), Mohr Siebeck Verlag, 2001, sh. 243-267 (*Fleischer*, "Vorvertragliche Pflichten im Schnittfeld von Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsprivatrecht"). [Fleischer (2001)].

Flume, Werner, "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung", ZIP 2000, sh. 1427.

Francq, Stephanie, "The Impact of the EC Legislation for a Service Provider Established in the United States", Louisiana Law Review, Summer 2000, sh. 1071.

Freund, Torsten, Deutscher und Internationales Bank- und Wirtschaftsrecht im Wandel, (Yayına Hazırlayanlar, Hermann, H., Berger, K. P., Wackerbarth, U.), Walter de Gruyter Verlag, 1977, sh. 229-254 (*Freund*, "Der Vorschlag einer EU-Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz").

Fuchs, Andreas, "Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts", ZIP 2000, sh. 1273.

Funk, Axel, "Wettbewerbsrechliche Grenzen von Werbung per E-Mail", CR 1998, sh. 411.

Gaertner, R., Gierschmann, S., "Das neu Fernabsatzgesetz", DB 2000, sh. 1601.

Gaier, Reinhard, "Das Rücktitts(folgen)recht nach dem Schulmodernisierungsgesetz", WM 2002, sh. 1.

Geist, Kerstin, Die Rechtslage bei Zusendung unbestellter Waren nach Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, Konstanz, Hartung-Gorre Verlag, 2002.

Gelgel, Günseli, Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000.

Gezder, Ümit, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.

Gilles, P., Fischer, N., "Kurzkommentar, OLG Dresden, Urt. v. 23.08.2001-8 U 1535/01", EWiR 2001, sh. 1145.

Glatt, Christoph, Vertragsschluss im Internet, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

Gößmann, Christine, "Elektronic Commerce, Die EU-Fernabsatzrichtlinie und ihre Auswirkungen auf den Handel über neue Medien", MMR 1998, sh. 88.

Grabitz, E., Hilf, M., Das Recht der Europäischen Union, Bd. III, 23. Ergänzungslieferung, München, Verlag C.H. Beck, 2004. *(İşleyen: Micklitz, Hans W.)*

Grigoleit, Hans Christoph, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, (Yayına Hazırlayanlar, Schulze, R., Schulte-Nölke, H.), Mohr Siebeck Verlag, 2001, sh. 269-294 (*Grigoleit*, "Reformperpektiven der vorvertraglichen Informationshaftung").

Grundmann, Stefan, "Privatautonomie im Binnenmarkt", JZ 2000, sh. 1133.

Gurland, E-Commerce in the World, (Yayına Hazırlayanlar, Cutsem, J.-P., Viggria, A., Güth, O.), Bruxelles, Bruylant, 2003, sh. 183-200 (*Gurland*, "Electronic Commerce in Germany").

Güngör, Gülin, Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.

Hähnchen, Susanne, "Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr", NJW 2001, sh. 2831.

Härting, Niko, "Referentenentwurf für neues Fernabsatzgesetz", CR 1999, sh. 507.

Härting, Niko, Internetrecht, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1999. [Härting (1999)]

Härting, N., Schirmbacher, M., "Fernabsatzgesetz-Ein Überblick über den Anwendungsbereich, die Systematik und die Wichtigsten Regelungen", MDR 2000, sh. 917.

Heinbuch, Holger, Theorien und Strategien des Verbraucherschutzes, Frankfurt, Peter Lang Verlag, 1983.

Heinrichs, Helmut, "Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes", NJW 1996, sh. 2190.

Hillermeier, Karl, "Feriheit und soziale Verantwortung im Vertragsrecht", BB 1976, sh. 725.

Hoeren, Thomas, "Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce", MMR 1999, sh. 192. [Hoeren (MMR 1999)]

Hoeren, Thomas, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, (Yayına Hazırlayanlar, Schulze, R., Schulte-Nölke, H.), Mohr Siebeck Verlag, 2001, sh. 315-327 (*Hoeren*, "Der Vertragsschluss im Internet und die digitale Signatureinige ungelöste Fragen"). [Hoeren (2001)]

Hoeren, T., Oberscheidt, J., "Verbraucherschutz im Internet", VuR 1999, sh. 371.

İnal, Emrehan, E-Tic@ret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.

Jackson, Thomas H., "The Fresh-Start Policy in Bankruptcy Law", Harvard L. Rev. (89) 1985, sh. 1393.

Jauernig, Othmar (Yayına Hazırlayan), Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2003. *(İşleyen: Jauernig, Othmar)*

Kaiser, Dagmar, "Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform, JZ 2001, sh. 1057.

Kamanabrou, Sudabeh, "Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie", WM 2000, sh. 1417.

Kapnopoulou, Elissavet N., Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 1997.

Kaye, Peter, The New Private International Law of Contract of the European Community, Dartmouth Publishing Company, 1993.

Keser-Berber, Leyla, İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002.

Kind, Sandra, Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information, Berlin, Duncker&Humblot Verlag, 1998.

Konuralp, Haluk, "Genel Hatlarıyla Elektronik İmza Kanunu", Bankacılık Açısından Elektronik İmza Kanunu Konferansı, 4 Mart 2004, İstanbul, Yayımlanmamış.

Köbler, Gerhard, Juristisches Wörterbuch, 12. Aufl., München, Verlag Vahlen, 2003.

Köhler, Helmut, "Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping", NJW 1998, sh. 185.

Kriegner, Johann, Die Fernabsatz-Richtlinie für Finanzdienstleistungen an Verbraucher, Linz, Universitätsverlag Rudolf Trauner, 2003.

Kronke, Herbert, "Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR: zur Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie", RIW 1996, sh. 985.

Kropholler, Jan von, Studienkommentar BGB, 7. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2004.

Kuru, B., Arslan, R., Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku, bs. 14, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002.

Larenz, K., Wolf, M., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2004.

Lawson, Richard, "Distance Selling: EC Proposals", S.J. 1992, sh. 1080.

Lehmann, Micheal, Vertragsanbahnung durch Werbung, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1981.

Leible, S., Sosnitza, O., "Telefonwerbung und Fernabsatzrichtlinie", K&R 1998, sh. 283.

Lorenz, Stephan, "Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie", JuS 2000, sh. 833.

Lütcke, Jens, Fernabsatzrecht, München, Verlag C.H. Beck, 2002.

Mankowski, Peter, "Schwebende Wirksamkeit unter § 361a BGB-Probleme, Reaktionsmöglichkeiten, Kritik und Korrektur, Teil I", WM 2001, sh. 793.

Masuch, Andreas, "Neufassung des Musters für Widerrufsbelehrungen", BB 2005, H. 7, 344.

Martinek, Micheal, "Verbraucherschutz im Fernabsatz-Lesehilfe mit Merkpunkten zur Neun EU-Richtlinie", NJW 1998, sh. 207.

Marx, Claudius, "Nicht nur im Internet: Harmonisierter Verbraucherschutz im Fernabsatz", WRP 2000, sh. 1227.

Medicus, Dieter, Schuldrecht I, 13. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2002.

Meents, Jan Geert, Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1998.

Mehrings, Jos, Handbuch Multimedia Recht, (Yayına Hazırlayanlar, Hoeren, T., Sieber, U.), Verlag C.H. Beck, Teil 13.1, 2003 (*Mehrings*, "Vertragsabschluss im Internet").

Micklitz, Hans W., "Der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz", VuR 1993, sh. 129.

Micklitz, Hans W., "Die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG", ZEuP 1999, sh. 875. [Micklitz (ZEuP 1999)]

Micklitz, Hans W., Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, (Yayına Hazırlayanlar, Schulze, R., Schulte-Nölke, H.), Mohr Siebeck Verlag, 2001, sh. 189 (*Micklitz*, "Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für ein Verbrauchervertriebsrecht oder für eine Regelung der Vertragsschlussmodalitäten?"). [Micklitz (2001)].

Micklitz, H. W., Reich, N., Die Fernabsatzrichtlinie im deutschen Recht, 1. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.

Micklitz, H. W., Reich, N., "Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie", BB 1999, sh. 2093. [Micklitz/Reich (BB 1999)]

Micklitz, H. W., Tonner, K., Vertriebsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

Münchener Kommentar, (Yayına Hazırlayanlar, Rebmann, K., Säcker, F.J., Rixecker, R.), Bd. 1 Allgemeiner Teil: § 1-240, AGB-Gesetz, 4. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2001. *(İşleyenler: Kramer, E. A, Micklitz; H. W.)*

Münchener Kommentar, (Yayına Hazırlayanlar, Rebmann, K., Säcker, F.J., Rixecker, R.), Bd. 2a Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-432, 4. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2003. *(İşleyenler: Gaier, R., Ulmer, P., Wendehorst, C.)* [MünchKomm 2003 (bd. 2a)]

Münchener Kommentar, Schuldrecht Besonderer Teil II, 4. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2005. *(İşleyen: Casper, Matthias)* [MünchKomm (2005)]

Nicolaysen, Gert, Europarecht II, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.

Oehlert, Sebastian, "Harmonisierung durch EG-Richtlinien: Kompetenzen, Legitimation, Effektivität", JuS 1997, sh. 317.

Ott, Claus, "Ökonomische Analyse des Verbraucherschutzes", Hamburg, Yayımlanmamış.

Öz, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989.

Özel, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.

Paefgen, Thomas C., "Forum: Bildschirmtext-Herausforderungen zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre?", JuS 1988, sh. 592.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2005. *(İşleyen: Heinrichs, Helmut)*

Pfeiffer, Thomas, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, (Yayına Hazırlayanlar, Schulze, R., Schulte-Nölke, H.), Mohr Siebeck Verlag, 2001, sh. 133 (*Pfeiffer*, "Der Verbraucher nach § 13 BGB").

Pichler, Rufus, "Kreditkartenzahlung im Internet", NJW 1998, sh. 3234.

Pützhoven, Andreas, Europäischer Verbraucherschutz im Fernabsatz, München, Verlag C.H. Beck, 2001.

Ramsay, Iain, Consumer Law in the Global Economy, Dartmouth Publishing Company -Ashgate Publishing Limited, 1997.

Redeker, Helmut, "Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst", NJW 1984, sh. 2390.

Rehbinder, M., Schmaus, S., "Rechtsprobleme beim Vertragsschluss im Internet", UFITA 2000, sh. 313.

Reich, Norbert, Die AGB-Banken 1993, (Yayına Hazırlayan, Horn, Norbert), Walter de Gruyter Verlag, 1994, sh. 43-64 (*Reich*, "Verbraucherschutzaspekte der AGB-Banken"). [Reich (1994)]

Reich, Norbert, Europäisches Verbraucherrecht, 3. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. [Reich (1996)]

Reich, Norbert, "Die Neu Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz", EuZW 1997, sh. 581.

Reich, Norbert, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, (Yayına Hazırlayanlar, Schulte-Nölke, H., Schulze, R.), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, sh. 79-106 (*Reich*, "Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Richtlinie des Europaparlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftssverkehrs im Binnenmarkt vom 23.12.98 und seine Auswirkungen auf das Vertragsrecht"). [Reich (1999)]

Reich, Norbert, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, (Yayına Hazırlayan, Grundmann, Stefan), Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2000, sh. 479-509 (*Reich*, "Verbraucherrechte als –unverzichtbare- subjektive Rechte passiver Marktbürger"). [Reich (2000)]

Remien, Oliver, "AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld", ZEuP 1994, sh. 34.

Riehm, Thomas, "Das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts", JURA 2000, sh. 505.

Ring, Gerhard, Fernabsatzgesetz, Bonn, DeutscherAnwaltVerlag, 2000.

Ring, Gerhard, Das Neue Schuldrecht, (Yayına Hazırlayanlar, Dauner-Lieb, B., Heidel, T., Lepa, M., Ring, G.), Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2002, sh. 343-422 (*Ring*, "Der Verbraucherschutz"). [Ring (2002)]

Roth, Herbert, "Das Fernabsatzgesetz", JZ 2000, sh. 1013.

Rossa, C. Beatrix, "Mißbrauch beim electronic Cash", CR 1997, sh. 138.

Roth, B., Schulze, G., "Verbraucherschutz im Electronic Commerce", RIW 1999, sh. 924.

Rothchild, John, "Making the Market Work: Enhancing Consumer Sovereignty through the Telemarketing Sales Rule and the Distance Selling Directive", JCP 1998, Vol. 21, sh. 279.

Rott, Peter, "Informationspflichten in Fernabsatzverträgen als Paradigma für die Sprachenproblematik im Vertragsrecht", ZVglRWiss 1999, sh. 382.

Rott, Peter, Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, (Yayına Hazırlayanlar, Micklitz, H. W., Pfeiffer, T., Tonner, K., Willingmann, A.), 1.Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschft, 2001, sh. 249 (*Rott*, "Widerruf und Rückabwicklung"). [Rott (2001)]

Rott, Peter, "Widerruf und Rückabwicklung nach der Fernabsatzrichtlinie und dem Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes", VuR 2001, sh. 78. [Rott (VuR 2001)]

Rowe, Heather, "Electronic Commerce and Consumers", I.B.L. 1998, sh. 165.

Rüthers, B., Stadler, A., Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2002.

Schäfer, Hans, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Vertragsrechts, (Yayına Hazırlayan, Grundmann, Stefan), Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2000, sh. 559 (*Schäfer*, "Grenzen der Verbraucherschutzes und Adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts").

Schäfer, H., Ott, C., Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl., Springer Verlag, 2000.

Scherer, J., Butt, M. E., "Rechtsprobleme bei Vertragsschluss via Internet", DB 2000, sh. 1009.

Schmidt-Räntsch, Jürgen, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, (Yayına Hazırlayanlar, Schulze, R., Schulte-Nölke, H.), Mohr Siebeck Verlag, 2001, sh. 169 (*Schmidt-Räntsch*, "Reintegration der Verbraucherschutzgesetze durch den Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes"). [Schmidt-Räntsch (2001)]

Schmidt-Räntsch, Jürgen, Das Neu Schuldrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 2002.

Schulze, R, Dörner, H., Ebert, I. vd. (Yayına Hazırlayanlar) , Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. *(İşleyen: Schulte-Nölke, Hans)*

Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Vârisleri Koll. Şti., 1975.

Sevimli, Ahmet, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, sh. 1023-1041 (*Sevimli*, "Elektronik Sözleşmeler ve ABD Elektronik İmza Yasası").

Sirmen, Lâle, "Avrupa Topluluğu Hukukunda Tüketicinin Korunması", Asomedya, Ankara Sanayi Odası, Haziran 2003, sh. 23.

Staudingers, (Yayına Hazırlayan, Habermann, Norbert), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 134-163 (Allgemeiner Teil 4), Berlin, Verlag Sellier-de Gruyter, 2003.

Şenocak, Zarife, "Açık Artırma ile Satım Sözleşmesinin İnternet Üzerinde Kurulması", AÜHFD., 2001 (3), sh. 93.

Taschner, Hans C., 7. Bonner Europa-Symposion, Mindestharmonisierung im Binnenmarkt (Vorträge) 1996, Teil: 2, sh. 1 (*Taschner*, "Mindestharmonisierung im Verbraucherschutzrecht").

Taupitz, Jochen, "Kreditkartenmißbrauch: Thesen zur zulässigen Verteilung des Haftungsrisikos in AGB", NJW 1996, sh. 217.

Taupitz J., Kritter, T., "Electronic Commerce-Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet", JuS 1999, sh. 839.

Tekinalp, G., Tekinalp, Ü., Atamer, Y. vd., Avrupa Birliği Hukuku, bs. 2, İstanbul, Beta Yayınları, 2000.

Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H., Altop, A., Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, bs. 6, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988.

Thomas, H., Putzo, H., Zivilprozessordnung Kommentar, 26. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 2004.

Thorn, Karsten, "Verbraucherschutz bei Verträgen im Fernabsatz", IPRax 1999, sh. 1.

Ulmer/Brandner/Hensen, (Yayına Hazırlayanlar, Ulmer, P., Brandner, H. E., Hensen, H. D., Schmidt, H.), AGB-Gesetz, 9. Aufl., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2001. *(İşleyen: Brandner, Hans E.)*

Üstünel, Besim, Ekonominin Temelleri, bs. 6, Ankara, Ofset Yayınları, 1994.

Van den Bergh, Roger, Effiziente Verhaltenssteurung und Kooperation im Zivilrecht, (Yayına Hazırlayanlar, Ott, C., Schäfer, H.), Mohr Siebeck Verlag, 1997, sh. 77-102 (*Van den Bergh*, "Wer Schütz die Verbraucher vor dem Brüsseler Verbraucherschutz?).

Waldenberger, Arthur, "Electronic Commerce: der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission", EuZW 1999, sh. 296.

Waldenberger, Arthur, "Alles schwebend unwirksam – Distanzgeschäfte nach dem Referentenentwurf eines Fernabsatzgesetzes", K&R 1999, sh. 345. [Waldenberger (K&R 1999)]

Waldenberger, Arthur, Handbuch Multimedia Recht, (Yayına Hazırlayanlar, Hoeren, T., Sieber, U.), Verlag C.H. Beck, Teil 13.4, 2003 (*Waldenberger*, "Verbraucherschutz im Internet"). [Waldeberger (2003)]

Werner, Stefan, "Elektronischer Zahlungsverkehr, Auswirkungen der Rechtsprechung zum ec-Kartensystem", MMR 1998, sh. 338.

Westphalen, G. von, Emmerich, V., Rottenburg, F. von (Yayına Hazırlayanlar), Verbraucherkreditgesetz, 2. Aufl., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1996. (*İşleyen: Westphalen, Graf von*)

Willingmann, Armin, "Auf dem Weg zu einem Einheitlichen Vertriebsrecht für Waren und Dienstleistungen in der Europäischen Union?–Die Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (97/7/EG)", VuR 1998, sh. 395.

Wilmer, Thomas, "Rechtliche Probleme der Online-Auktion", NJW-CoR 2000, sh. 94.

Wilmer, T., Hahn, H., Fernabsatzrecht-Kommentar und Systematische Darstellung, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2002.

Yıldırım, Mustafa Fadıl, "İnternette Artırma Suretiyle Satım ve Yargı Kararları", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaşgünü Armağanı 2002, C. II, sh. 1303.

Zevkliler, A., Aydoğdu, M., Tüketicinin Korunması Hukuku, bs. 3, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004.

İnternet Kaynakları

file://A:\miniDEV%20-%20Avrupa%20Yolunda.htm, (26.01.2003).

http://www.haledorr.com/publications/pubsdetail.asp?ID=g136122001 , (09.07.2003).

http://www.bmj.bund.de/ger/service/reden_und_interviews/10000132/?sid=71e40553af2986691e7b08090bcb2636, (14.08.2003)

http://rega.basbakanlik.gov.tr/Eskiler/2003/06/20030613.htm, (18.10.2003).

Bradgate, Robert, "The EU Directive on Distance Selling", http://webjcli.ncl.ac.uk/1997issued4/bradgate4.html, (15.06.2004).

Froehlich, Jan, "Der Elektronische Geschäftsverkehr-praktische Fragenbei der Nutzung E-Commerce, Spam und der Schutz von Werken im Urhebrecht", http://www.jan-froehlich.de/fro/pdf/016.pdf., (20.07.2004).

Leinert, Jens, "Chancen und Risiken elektronischer Marktplätze", http://www.leinert.com/markplatz/index.html, (28.07.2004).

http://www.bakernet.com/ecommerce/Doing%20E-commerce%20in%20Europe/Doing%20E-Commerce%In%20Europe.pdf, (25.08.2004).

BGH, Urteil vom 03.11.2004-VIII ZR 375/03, http://www.bundesgerichtshof.de/index.php?presse/presse, (10.11.2004).

"Basın Bülteni-Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Elektronik İmza Kanunu ile Öngörülen Düzenleme Tamamlandı", http://www.tk.gov.tr/Basin-Duyurular/Bulten/2004/eimza.pdf, (08.03.2005).

"2000 Regular Report From the Commission on Turkey's Progress Towards Accession: 8 November 2000", http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_11_00/pdf/en/tu_en.pdf (07.05.2006)

ÖZET

Türkiye'nin AT ile olan ilişkisi 1963 yılında imzalanan "Ortaklık Antlaşması"na dayanmaktadır. Topluluk ile yıllardır süregelen ilişkisi sonucu Türkiye, kendi milli hukukunu, AT müktesabatı ile uyumlaştırma yükümlülüğü altına girmiştir. İşte, tezde, bu nedenle karşılaştırmalı bir çalışma yöntemi benimsenerek, Türk Hukukunda ilk defa 06.03.2003 tarihinde TKHK'da değişiklik yapılmasıyla düzenleme alanı bulan "mesafeli sözleşmeler", toplam üç bölümde incelenmiştir.

Türk Hukukunda mesafeli sözleşmeler, özellikle 97/7/AT sayılı Mesafeli Sözleşmeler Hakkındaki AT Direktifi'yle uyumlaştırma çabası altında düzenlendiğinden, ilk bölümün konusunu, AT Hukukunda mesafeli sözleşmelerde Tüketicinin korunması oluşturmaktadır. Bu bölümde, AT Hukukunda mesafeli sözleşmelerin düzenlenmesinde temel kaynak kabul edilen 97/7/AT sayılı Direktif hükümlerinin detaylıca açıklanması yoluna gidilmiştir. Ancak, sadece söz konusu Direktif hükümlerinin ele alınmasıyla yetinilmesi, Türk Hukukunun bu konuda AT Hukuku ile olan uyumunun değerlendirilmesinde yeterli olmayacaktır. Bu nedenle, ikinci bölümde, söz konusu AT Direktifi yönünde getirilen Alman Hukukunun ilgili hükümlerinin incelenmesi uygun görülmüştür. Son olarak üçüncü bölümde ise, hem AT Hukuku hem de Alman Hukukunun söz konusu Direktif hükümlerini yorumlama tarzı dikkate alınarak, Türk Hukukunda mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması konu edilmiştir. Bu bölümde, özellikle ilgili TKHK m. 9/A hükmü ile Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkındaki

Yönetmelik düzenlemesi ayrıntılı olarak incelenmiştir. Söz konusu inceleme sırasında ayrıca, daha önceki bölümlerde yapılan açıklamaların ışığı altında, Türk kanun koyucusunun ilgili düzenlemelerinin AT Hukuku ile uyumuna değinilmiştir. Bu bağlamda varılan sonuç; Türk kanun koyucusunun ne yazık ki nadiren bazı konularda Direktif ile uyumu sağlayabildiği, diğer konularda ise, ya başarısız olduğu ya da gereksiz yere çok karmaşık düzenlemelere giderek, sadece ilgili hükümlerin amaçları doğrultusunda yorumlanması şartıyla, Direktif'le uyumlu olabildikleridir.

ABSTRACT

Relations between European Community (EC) and Turkey started with the "Association Agreement", signed in 1963. Following, the relations have been improved by enacting, respectively, the "Customs Union Agreement", the "Accession Partnership" and the "National Program for the Adoption of Acquis". Therefore, Turkey is supposed to implement or to interpret its law in accordance with the EC Law.

In this thesis, the Law of distance contracts in relation to the 97/7/EC Distance Contracts Directive, which was implemented into Turkish Law on 6 April 2003, is examined. With this regard, it is useful to compare, especially, the EC Law and the Turkish Law of distance contracts. Nevertheless, in order to get a complete picture of the EC Law of distance contracts and its implementation into European Union (EU) member states' Law, one must discuss and refer to the relevant law of at least one EU member state. Therefore, Germany's legal system of distance contracts has been chosen.

The thesis consists of the following three main sections: Firstly, "Consumer Protection in Distance Contracts under EC Law", secondly, "Consumer Protection in Distance Contracts under German Law" and, finally, "Consumer Protection in Distance Contracts under Turkish Law". In section three, both, explanations of the relevant Turkish Law, and, a comparison among the respective legal systems are made. In conclusion, the rules of Turkish Law, which establish consumer protection in distance contracts, must be distinguished into three groups: (i) most of these rules must not be interpreted literally, but according to the reasoning of the Turkish Government. The literal

interpretation of these rules, based solely on their wording, does, unfortunately, not lead to the conclusion that Turkey has sufficiently implemented its law in accordance with the EC rules of distance contracts; (ii) other rules can neither be interpreted, nor in any other way be regarded as being in line with the respective sections of EC Law; (iii) only the smallest part of EC rules of distance contracts have been implemented successfully into Turkish Law.