

Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi^(*)

Reviewing Subscription Contracts Which Signed with Consumers in Terms of the Principle of Freedom of Contract

Arş. Gör. **Mehmet ASLAN^(**)**

Öz

Tüketiciler birçok mal veya hizmeti bir defaya mahsus değil, sürekli veya düzenli olarak tüketmektedirler. Sürekli veya düzenli olarak tüketilen bu mal veya hizmetlerin bir kısmı elektrik, su, doğalgaz gibi temel ve zorunlu ihtiyaçlardır. Diğer kısmı ise spor salonu, gazete, dergi gibi ilgi duyulan ihtiyaçlardır. Söz konusu ihtiyaçların karşılanması abonelik sözleşmeleri ile mümkün olmaktadır. Bu nedenle abonelik sözleşmeleri çok geniş bir yelpazede kurulabilmektedir. Abonelik sözleşmelerinin bu denli geniş bir yelpazede kurulabilmesi ve sözleşmenin bir tarafında zayıf durumdaki tüketicilerin yer alıyor olması, bu sözleşmeler bakımından sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılmasını da gündeme getirmektedir. Tüketicilerle yapılan abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması, öncelikle sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü bakımından tartışılmaya başlanmış ve bu konuda yargı kararları verilmiştir. Günümüzde ise sözleşme özgürlüğünün tüm alt başlıklarını kapsayacak şekilde sınırlandırmaların söz konusu olduğu görülmektedir.

Anahtar Kelimeler

Abonelik, Sözleşme, Tüketici, Sözleşme Özgürlüğü İlkesi, Sınırlandırma.

Abstract

Consumers consume many goods or services not for once but consistently or regularly. Some of these goods or services, which are consumed consistently or regularly, are basic and compulsory needs such as electricity, water and natural gas. The other part is the needs of interest such as gyms, newspapers and magazines. Providing these needs are possible with subscription contracts. Therefore, subscription agreements can be established a very wide range. The fact that subscription contracts can be set up in such a wide range and that poor consumers are on one side of the contract also brings into question of limiting the principle of freedom of contract in terms of these contracts. The limitation of freedom of contract in terms of subscription contracts which signed with consumers has been debated primarily in terms of freedom of contract or not, and judicial decisions have been made on this issue. Nowadays, it is seen that there are limitations to cover all sub-headings of the principle of freedom of contract.

Keywords

Subscription, Contract, Consumer, The Principle of Freedom of Contract, Limitation.

^(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 22.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 23.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 28.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 23.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 25.09.2019.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
E-mail: mehmetaaslan107@gmail.com,
Orcid Id: <http://orcid.org/0000-0002-1671-1494>.

GİRİŞ

İrade özgürlüğünün bir yansıması olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, liberal ekonomik düzenlerde özel hukuk ilişkilerinin temelini oluşturmaktadır. Liberal ekonomik düzen üzerinde inşa edilen Türk Hukuku'nda da sözleşme özgürlüğünün, normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alan Anayasa ile güvence altına alındığını görmekteyiz. Anayasa m. 48/I'e göre, "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*".

Borçlar Kanunu m. 12 ile şekil özgürlüğü, m. 26 ile içerik özgürlüğü kuralı olarak kabul edilmiştir. Ancak içerik özgürlüğüne ilişkin ilk ve genel sınırlamalar da yine Borçlar Kanunu m. 27/I ile yapılmıştır. Bu hükme göre Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Tüketicilerle yapılan abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşme özgürlüğünün sınırlanması, öncelikle sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü bakımından tartışılmaya başlanmıştır. Tartışma yargı kararları üzerinden gelişim göstermiştir. Bu tartışmalar büyük oranda sonuç göstermiştir. Nitekim günümüzde sözleşme özgürlüğünün tüm alt başlıklarını kapsayacak şekilde sınırlandırmaların söz konusu olduğu görülmektedir. Bu nedenle incelememiz sadece sözleşme yapıp yapmama özgürlüğüne yönelik olmayacak, sözleşme özgürlüğünün diğer yönleri de incelenecektir.

Hemen belirtelim ki abonelik sözleşmelerine ilişkin mevzuat hükümlerinin çok geniş olması sebebiyle, bu çalışmada sözleşme özgürlüğü bakımından ön plana çıkan düzenlemeler incelenecektir.

1. GENEL HATLARIYLA ABONELİK SÖZLEŞMELERİ

Abonelik sözleşmesi, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 52/I'de tanımlanmıştır. Bu tanıma göre abonelik sözleşmesi; tüketicinin, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmelerdir. TKHK m. 52 ve 84'e dayanılarak çıkarılan Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği¹ (ASY) de aynı tanıma yer vermektedir (ASY m. 4/I-a). Buna karşılık Elektronik Haberleşme Kanununda (EHK) daha kapsamlı bir tanım bulunmaktadır. Bu Kanunda abonelik sözleşmesi; işletmeci ile abone arasında akdedilen ve işletmecinin bir bedel karşılığında dönemsel ya da sürekli olarak bir hizmeti yerine getirmeyi veya mal teminini üstlendiği ya da her ikisini birden kapsayan sözleşme olarak tanımlanmaktadır (EHK m. 3/I-b).

¹ Resmi Gazete Tarihi: 24.01.2015, Resmi Gazete Sayısı: 29246.

TKHK'daki tanımda "bir bedel karşılığında" ifadesinin yer almaması öğretide haklı olarak eleştiri konusu olmaktadır.² TKHK'daki bu eksikliğin sehven yapıldığını düşünmekte ve bedel konusunda EHK'da yer verilen tanımın referans alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Abonelik sözleşmelerinin birçok türü bulunmaktadır. Zira konusu uygun olmak şartıyla, her türlü sözleşmenin abonelik şartı eklenerek, abonelik sözleşmesi şekline getirilmesi mümkündür.³ Örneğin dergi satış sözleşmesine abonelik şartı eklenerek, sözleşme abonelik sözleşmesine dönüştürülebilir. Dolayısıyla abonelik sözleşmelerinin konusundan hareketle abonelik sözleşmelerinin türlerine ulaşmak da mümkün olmaktadır.

Abonelik sözleşmesinin konusu mal satışı ve/veya hizmet sağlanması olabilir. Konusu mal satışı olan abonelik sözleşmeleri, düzenli ve periyodik olarak bir mal satışını konu alan sözleşmelerdir. Dergi aboneliği, gazete aboneliği bu tür aboneliklerdendir. Konusu hizmet sağlanması olan abonelik sözleşmeleri, sürekli veya düzenli olarak bir hizmetin sağlanmasını esas alan sözleşmelerdir. Telefon aboneliği, otopark aboneliği, spor salonu aboneliği bu tür aboneliklere örnek verilebilir. Konusu hem mal satışı hem de hizmet sağlanması olan abonelik sözleşmeleri de bulunmaktadır. Bu sözleşmelere; su aboneliği, doğal gaz aboneliği ve elektrik aboneliği örnek verilebilir.⁴

Bu bilgilerden hareketle abonelik sözleşmesinin geniş bir tanımını vermek mümkündür. Buna göre abonelik sözleşmesi, satıcı veya sağlayıcının bir mal ve/veya hizmeti düzenli veya sürekli bir şekilde aboneye sunmayı taahhüt ettiği, abonenin ise bu mal ve/veya hizmetin bedelini peşin veya dönemsel olarak ödemeyi üstlendiği, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak tanımlanabilir.⁵

Abonelik sözleşmesinin özellikle üyelikten ayırt edilmesi gerekmektedir. Üyelik belirli bir grubun sunduğu avantajlardan yararlanmak amacıyla kişilere kazandırılan bir statüdür. Bu grup ya da topluluk; dernek, sendika, kulüp vs. olabilir. Abonelik ise tüketicinin, abonelik bedeli karşılığında, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmelerdir. Şayet tüketici belirli bir hizmet veya malı satın alıyor ve bu faaliyet sürekli-

² Bkz. Seda Öktem Çevik, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi", *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, Derleyen: M. Murat İncoğlu, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2015, s. 346; Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 858-859.

³ İ. Yılmaz Aslan, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, 2015, s. 599.

⁴ Yasin Köse, "Abonelik Sözleşmeleri", *Adalet Dergisi*, 2011, S. 41, s. 149.

⁵ Köse, a.g.m., s. 151; Güneş Koca, *Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 29.

lik arz ediyorsa, bu sözleşme abonelik sözleşmesi olarak kabul edilmeli ve TKHK kapsamında değerlendirilmelidir. Üyelikte ise, bir mal veya hizmetin satın alınması amacı değil, belirli bir grup ya da topluluğa mensup olup, bunun avantajlarından yararlanma amacı söz konusudur. Dolayısıyla sözleşmelere üyelik olarak konu edilse dahi, örneğin bir spor salonu üyeliği ya da havuz üyeliği esasında birer abonelik sözleşmesidir.⁶

2. ABONELİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Öğretide bir görüşe göre, abonelik sözleşmelerinde ifa, taraflardan biri belirli veya belirli olmayan bir süre içerisinde tekrarlanan edalarla yükümlü olduğu için, zorunlu olarak ard arda yerine getirilir. Bu görüşe göre abonelik sözleşmesinin temelinde satış sözleşmesinin olduğu hallerde, bu sözleşme ard arda teslimli satış sözleşmesi niteliğindedir.⁷ Ancak abonelik sözleşmeleri satış sözleşmesinden farklı olarak satıcı veya sağlayıcıya mal veya hizmet sunmak dışında da yükümlülükler yüklemektedir. Satıcı veya sağlayıcı, aboneye mal veya hizmet sunmanın yanında, bu mal veya hizmeti kullanım amacına uygun olarak sunmayı ve oluşabilecek aksaklıkları gidermeyi de üstlenmektedir. Öte yandan satış sözleşmesi bir malın temlikini amaç ediniyorken, abonelik sözleşmesi, mal temininin yanında hizmet sunumu ve hizmetin aksamadan işlenmesini de kapsamaktadır. Ancak süreli yayın aboneliğinde olduğu gibi, abonelik bazı durumlarda hizmet sunumunu kapsamayıp sadece mal teminini konu aldığından satış sözleşmesine benzemektedir.⁸

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere abonelik sözleşmelerinin konusu mal satışı, hizmet sağlanması ya da her ikisi birden olabilir. Bu nedenle abonelik sözleşmelerinin birçok türü bulunmaktadır. Ancak tüm abonelik sözleşmelerinin ortak özelliği, sürekli borç ilişkisi doğurmalarıdır.⁹ Hâlbuki satış sözleşmesi çoğunlukla malın alınması ve bedelin ödenmesi ile sona ermektedir.

Öğretide bir görüşe göre abonelik sözleşmesi mal satışı ve/veya hizmet sunumu ile bunun karşılığında bir bedel ifasını içerdiğinden, kanunda düzenlenen satış sözleşmesi ve hizmet sözleşmesine ait unsurları bir araya getirmektedir. Dolayısıyla kanunun öngördüğü sözleşme tiplerine ait unsurların, kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya getirilmesi söz konusudur. Bu nedenle abonelik sözleşmesi isim-

⁶ Aslan, a.g.e., s. 601, Köse, a.g.m., s. 150.

⁷ Erden Kuntalp, *Ard Arda Teslimli Satım Akdi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968, s. 31; Hasan Ozanoğlu, *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999, s. 182.

⁸ Köse, a.g.m., s. 150.

⁹ Aslan, a.g.e., s. 600.

siz sözleşmelerden olan karma sözleşme niteliğindedir.¹⁰ Ancak bir sözleşmenin isimsiz sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, kanunda tanımlanmayıp asli unsurlarına yer verilmemiş olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle isimsiz sözleşmeler, kanunlarda, sözleşmeye tipini veren “tip unsurlarıyla” türsel olarak düzenlenmemiş olan sözleşmelerdir. Buna karşılık bir sözleşmenin isimli (tipik) sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, asli edim yükümleri üzerinden ve asgari hüküm ve sonuçlarıyla kanunlarda¹¹ düzenlenmesi gerekmektedir.¹² Abonelik sözleşmeleri ise gerek TKHK gerekse abonelik sözleşmelerini konu alan diğer yasal düzenlemelerde tanımlanmaktadır. Yukarıda incelediğimiz bu tanımlarda sözleşmenin asli unsurlarına yer verildiği de görülmektedir. Nitekim öğretide Aslan’ın ifade ettiği üzere, şayet tüketici belirli bir mal veya hizmeti satın almakta ve bu faaliyet süreklilik arz etmekte ise, artık bu sözleşme abonelik sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir.¹³ Bunun yanında abonelik sözleşmelerini konu alan mevzuatta bu sözleşmeye ilişkin asgari hüküm ve sonuçların da belirlendiği görülmektedir. Bu nedenle kanımızca abonelik sözleşmesi isimli (tipik) bir sözleşmedir.¹⁴

Belirtmek gerekir ki abonelik sözleşmesinin isimli sözleşme olarak nitelendirilmesi bu sözleşme tipinin aynı zamanda karma sözleşme olduğu sonucunu değiştirmeyecektir. Nitekim abonelik sözleşmesinde farklı tipte sözleşmelere ait unsurlar bir araya gelmektedir. Bu durum özellikle abonelik sözleşmesini konu alan mevzuatta boşluk bulunması halinde uygulanacak genel hükümlerin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Nitekim abonelik sözleşmeleri; satış, taşıma, hizmet, vekâlet, eser sözleşmeleri gibi birçok isimli sözleşmenin unsurlarını tek tek veya birlikte barındırabilmektedir.¹⁵ Bu durumda karma sözleşmelerin tamamlanmasına ilişkin ortaya konulan görüşlerden faydalanmak gerekecektir.¹⁶ Kanaatimizce terkip teorisi esas alınmalı ve abonelik sözleşmesindeki

¹⁰ Köse, abonelik sözleşmesinin isimsiz ve karma bir sözleşme olduğu görüşünü ileri sürmektedir. Ancak hemen belirtelim ki bu görüş yeni TKHK yürürlüğe girmeden önceki döneme dayanmaktadır. Köse, a.g.m., s. 154.

¹¹ Buradaki kanun ifadesinden ile mevzuat anlaşılmalıdır.

¹² Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 4.

¹³ Aslan, a.g.e., s. 601.

¹⁴ Öğretide Aslan ile Karakocalı ve Kurşun da konuya doğrudan değinmeseler de bu yönde ifadelere yer vermişlerdir. Bkz. Aslan, a.g.e., s. 600; Ahmet Karakocalı/ Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku*, İstanbul, Aristo Yayınları, 2015, s. 192. Buna karşılık Dalka Okumuş, abonelik sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olduğunu kabul etmekle birlikte, TKHK m. 52 ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği’ndeki ayrıntılı düzenlemeler karşısında abonelik sözleşmesinin isimli sözleşme olma yolunda geçiş yaptığını ifade etmektedir. Bkz. Şüheda Dalka Okumuş, *Elektrik – Doğal Gaz Piyasaları Abonelik Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Denetimi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 95-96.

¹⁵ Dalka Okumuş, a.g.e., s. 132.

¹⁶ Bu görüşler için bkz. Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 62 vd.

her unsura, ait olduğu sözleşme tipinin unsurları uygulanmalıdır. Şayet sözleşmede mal satışı söz konusu ise satış sözleşmesine ilişkin hükümler, bir eserin imali ve teslimi söz konusu ise eser sözleşmesine ilişkin hükümler, bir hizmet sağlanması söz konusu ise somut olayın özelliklerine göre hizmet veya vekâlet sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulanmalıdır.¹⁷ Buna karşılık bu sözleşme tiplerine ait unsurların birlikte yer aldığı abonelik sözleşmelerinde uyumsuzluk hangi sözleşme tipine ait unsurla ilgili çıkmışsa, söz konusu boşlukların tamamlanması ve çözüm için bu sözleşme tipine ilişkin mevzuat hükümleri uygulanmalıdır.

3. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE ABONELİK SÖZLEŞMELERİNİN TARİHSEL TEMELLERİ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, liberal ekonomik düzenlerde borç ilişkileri bakımından kabul edilen en temel ilkelerden biridir. Bu ilkenin kapsamı oldukça geniştir. Tarafların bir sözleşmeyi yapmak zorunda olmamaları, sözleşmenin karşı tarafını serbestçe seçebilmeleri, sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilmeleri, sözleşmeyi değiştirebilmeleri ve ortadan kaldırabilmeleri, sözleşmenin şeklini serbestçe tayin edebilmeleri gibi hususlar sözleşme özgürlüğünün kapsamı içinde yer almaktadır.¹⁸

İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkelerinin doğal bir sonucu olarak görülen eşitlik ilkesi gereği, ekonomik ve sosyal durumlarına bakılmaksızın alacaklı ve borçlu eşit korumaya tabidir. Ancak teknolojik gelişmeler ışığında, sosyal ve ekonomik hayattaki değişimler bazı durumlarda sözleşmenin zayıf tarafının korunması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bunun bir sonucu olarak, 20. yüzyılın ilk yarısından başlayarak ekonomik olarak zayıf durumda olanın korunması gerektiği yönündeki görüş kabul görmeye başlamış ve sözleşme özgürlüğü çeşitli yönlerden sınırlanmaya başlanmıştır.¹⁹

¹⁷ Ertaş, hizmet sağlanmasının söz konusu olduğu durumlarda abonelik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğunu vurgulamıştır. Bkz. Şeref Ertaş, "Yeni Tüketiciyi Koruma Kanununda Abonman Sözleşmeleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014, C. 9, S. 99, s. 104. Hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsuru abonelik sözleşmelerinde bulunmadığından bu görüş savunulabilir. Ancak bağımlılık unsuru dışında hizmet sağlanmasını konu alan abonelik sözleşmeleri ile hizmet sözleşmesi arasında büyük benzerlik bulunmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce somut olayın özelliklerine göre hizmet veya vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

¹⁸ Selahattin Sulhi Tekinay/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop/ Sermet Akman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 362 Aral/ Ayrancı, *a.g.e.*, s. 54. Sözleşme özgürlüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İrfan Şahin, *Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları*, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 5 vd.

¹⁹ Tekinay/ Burcuoğlu/ Altop/ Akman, *a.g.e.*, s. 364; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 17-18; Hasan Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, S. 53, s. 232-233.

Tüketicilerle yapılan abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşme özgürlüğünün sınırlanması, özellikle sözleşme yapma yapmama özgürlüğü bakımından söz konusu olmuştur. 20. yüzyılın liberal ekonomik düzenlerinde, bazı işletme ve kuruluşlar halkın zorunlu olarak ihtiyaç duyduğu mal veya hizmetler bakımından hukuki veya fiili tekel konumuna gelmişlerdir. Bu durum özellikle elektrik, su, doğalgaz, telefon gibi abonelik sözleşmesine dayanılarak sunulan ve zorunlu ihtiyaç olarak nitelendirilebilecek mal veya hizmetlerde söz konusu olmuştur. Bu şekilde ortaya çıkan tekelleri ekonomik güçlerin, bu güçlerini kötüye kullanmalarını ve haksız kazanç sağlamalarını önlemek, taraflar arasında güç dengesini sağlamak amacıyla, zorunlu ihtiyaç olarak nitelendirilen mal veya hizmetler bakımından tüketicilerle sözleşme yapma zorunluluğu kabul edilmiştir.²⁰ Öğretide bir kısım yazarlar bu zorunluluğun hukuki dayanağı olarak BK m. 49/II'yi işaret ederek, burada ahlaka aykırı bir fiilin söz konusu olduğu görüşündedir.²¹ Diğer görüş ise, MK m. 2'yi işaret ederek, dürüstlük kuralını sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki dayanağı olarak kabul etmektedir.²² Yargıtay ise bir kararında iki görüşü de dayanak olarak almıştır.²³

Bu arada sosyal adalet anlayışının bir gereği olarak, bu mal veya hizmetlerin herkese eşit olarak sunulması gerektiği görüşü kabul edilerek,²⁴ sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü de eşitlik ilkesiyle sınırlandırılmış olmaktadır.²⁵

²⁰ Eren, a.g.e., s. 301-302; Alparslan Altan, "Enerji Sağlama Sözleşmeleri Bakımından Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Yapma Zorunluluğu İlkelerinin Uygulanması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2004, S. 4, s. 69.

²¹ Eren, a.g.e., s. 306; Tekinay/ Burcuoğlu/ Altop/ Akman, a.g.e., s. 365; Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 245.

²² Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 74; M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1*, 17. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 194; Altan, a.g.m., s. 69.

²³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 10.12.2003 tarihinde aldığı kararında, dürüstlük kuralını hukuki dayanak olarak göstermiştir. "Fiili tekel durumunda bulunan özel kişilerden bir eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının sahip oldukları mallarla, arz edecekleri hizmet yönünden, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu gibi kişilerin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hukuka ve bilhassa ahlaka, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapmak yükümlülüğü söz konusu olur.". Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 10.12.2003, E. 2003/4-693, K. 2003/740 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2003-4-693.htm> (Erişim tarihi: 20.03.2019).

²⁴ Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 159; Ayrancı, a.g.m., s. 233 ve dp. 16. Sosyal adalet ilkesinin tüketiciyi korumaya yönelik uygulama alanı bulabileceği yönündeki görüşü için bkz. Haluk Tandoğan, *Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977, s. 11 vd.

²⁵ Belirtmek gerekir ki sosyal adalet ilkesinin tüketici sözleşmeleri ve bu arada abonelik sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulabileceği kabul edildiğinde, sadece sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü değil, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü de belirli sınırlamalara tabi tutulabilir. Çünkü sözleşmenin güçlü tarafı karşısında zayıf taraf korunmak istendiğinde, bazı

Ülkemizde abonelik sözleşmelerin Yargıtay kararlarına konu olması da oldukça eskiye dayanmaktadır. Yargıtay, 5.4.1944 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında, abonelik sözleşmelerini iltihaki sözleşme olarak nitelendirip bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğunu, bu sözleşmelerle ilgili çıkan uyuşmazlıkların özel hukuk kuralları çerçevesinde çözümleneceğini belirtmektedir.²⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 6.12.1974 tarihli kararında, abonelik sözleşmelerine ilişkin, tekel niteliğinde hizmet sunan idarenin sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğunu hüküm altına almıştır.²⁷ Karara göre, “İdarenin objektif koşullarla ilan ettiği (tekel durumundaki hizmetlerin yapılması için) genel ve devamlı bir nitelik arzeden icabın fert tarafından kabulü halinde idare “iltihaki sözleşmeyi” başka kanuni bir sakınca yoksa yapmakla ve hizmeti ferde ulaştırmakla görevlidir.”. Ancak Yargıtay bu kararında idarenin sözleşme yapma zorunluluğunun mutlak olmadığını, belirli durumlarda sözleşme yapmaktan kaçınılabileceğini ifade etmektedir. Öncelikle Yargıtay “... kanuni bir sakınca yok-

durumlarda sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi gerekecektir. Sosyal adalet ilkesinin özel hukuk sözleşmelerine etkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hayriye Şen Doğramacı, “Türk Borçlar Kanunu'nun 356. Maddesinin Değerlendirilmesi: Sözleşme Adaleti Mi? Sözleşme Özgürlüğü Mü?” Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. II, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 1285 vd.

²⁶ YİBK, T. 5.4.1944, E. 1944/4, K. 1944/12, “Muayyen bir bedel mukabilinde ve bazı şartlar altında istifade edilen hizmetlerde umumîlik vasfa olmayıp aktî bir mahiyet vardır, Fertlerin muayyen şartlara itibak etmek ve bir bedel vermek suretiyle istifade ettiği bu nevi aktitler iltihakî akitlerdir. Taraflardan biri olan idarenin evvelden bir takım şarttan ihzar ile bunları bir icap şeklinde umuma arz ve ferdin de bu şartları zımnen kabul suretiyle hizmetten istifade etmesi şeklinde tecelli eden ve hususî hukuk sahasında sigorta ve nakliye mukaveleleri gibi emsali bulunan bu aktitler de onların tamamen aynıdır. Bunlar bilhassa ticarî veya sınaî mahiyeti daha kuvvetli görülen teşebbüsler olup demiryolları, tramvay ve diğer nakli vasıtaları, su, havagazı, telefon ve radyo gibi faaliyetler bu sınıfa dahil bulunmaktadır.

Demiryolları bizde olduğu gibi Devlet tarafından işletildiği vakit Devletin ticarî bir teşebbüs yapmış olacağı, yolcular ve nakliyecilerle demiryolları idaresi arasındaki münasebetin hususî hukuk kaidelerine tabi bulunacağı ve bunun neticesi olarak bu nevi nakliye işleri karşısında ferdin vaziyetinin tamamen aktî mahiyette bulunduğunu ve bu mukavelelerin bir nakliye mukavelesinden başka bir şey olmadığını kabul etmek icap eder. Fertle demiryolları arasındaki münasebet aktî sayılınca fert tarafından ödenen nakliye bedelleri de, bir tarife ile tesbit edilmiş olmasına rağmen, aktî mahiyette bir ücret addedilir. Nitekim telefon, gaz ve elektrik gibi faaliyetlerde de fert ile idare bir mukavele aktedip abonman mukavelesi denilen bu mukavele adadaki münasebetin kaide ve hükümlerini ihtiva eder. Bazan amme hizmeti sınaî veya ticarî bir teşebbüs mahiyetini haiz olur. Bu gibi hallerde ekseriyetle ferdin bu hizmetten istifade etmesi bir mukavele ile mümkündür.

Bu mukavele umumiyet itibarıyla bir hususî hukuk mukavelesi olup bu yüzden çıkan ihtilaflar hususî hukuk prensipleriyle hal olunur. Fert bu radyo neşriyatından aktettiği karşılıklı hak ve vecibeleri ihtiva eden bir hususî hukuk mukavelesi ile istifade eder. Akit, ne suretle tesbit edilmiş olursa olsun iki iradenin hukukî bir alakası olan bir mevzu üzerinde birleşmesinden ibaret olduğuna göre radyo faaliyetinden istifade edenlerle posta idaresi arasındaki irade birleşmesi de tamamen bir aktin ifadesidir. Ancak bunda iradelerin mevzuu evvelce tespit edilmiştir. Bunun bir iltihakî akit olmasına göre akit zımında alınan para da akte müsteniden alınmış vergi ve resim haricindeki bir ücretten ibarettir.”. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/ibgk-1944-4.htm> (Erişim tarihi: 20.03.2019).

²⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 6.12.1974, E. 1973/6285, K. 1974/16590 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-1973-6285.htm> (Erişim tarihi: 22.03.2019).

sa...” ifadesiyle, kanuni bir engelin söz konusu olduğu hallerde idarenin sözleşme yapmaktan kaçınabileceğini belirtmektedir. Kararın devamında, başvuran kişinin gerekli koşulları taşımaması veya teknik olanakların elvermemesi hallerinde de idarenin sözleşme yapmaktan kaçınabileceği hüküm altına alınmıştır.²⁸ Böylelikle sözleşme yapma zorunluluğuna; kanuni bir engelin varlığı, teknik imkânların elvermemesi ve başvuran kişinin gerekli koşulları taşımaması şeklinde üç önemli istisna getirilmiş bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 13.5.1977 tarihli kararında aynı istisnaları tekrarlamıştır.²⁹

Belirtmek gerekir ki 1995 yılında yürürlüğe giren 4077 sayılı TKHK ile birlikte, abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşme yapma zorunluluğu kanuni dayanak bulmuştur. Nitekim bu Kanunun yürürlüğe girdiği ilk halinin 5. maddesine göre, “Üzerinde “numunedir” veya “satılık değildir” ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi, onun stokta bulunduğu anlamına gelir. Satıcı teşhir ettiği malların satışından kaçınmaz. Satılmadığı halde satılmış gibi gösteremez. Hizmetlerin satışından da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.”³⁰ Bu konu aşağıda inceleneceği için burada ayrıca detaylandırılmayacaktır.

4. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN ABONELİK SÖZLEŞMELERİNİN GÜNÜMÜZ UYGULAMASI

A. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü Bakımından

Abonelik sözleşmelerine ilişkin güncel mevzuat incelendiğinde, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünün, yerini sözleşme yapma zorunluluğuna bıraktığı görülmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, 20. yüzyıldan itibaren hukuki veya fiili tekel olarak ve zorunlu ihtiyaç niteliğinde mal veya hizmet sunan işletmelerin gerekli koşulları taşıyan abonelerle sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmeye başlanmıştır. Güncel mevzuat bakımından bu zorunluluk, sadece zorunlu ihtiyaç niteliğindeki mal veya hizmetler bakımından değil, belirli koşullar altında her türlü tüketici edinimi için öngörülmektedir.

²⁸ “... her ne kadar idare genel ve devamlı bir nitelik arzeden icabı kabul eden fertle sözleşme yapmak zorunluğunda ise de; hiç kuşku yoktur ki, eğer fert gerekli şartları haiz değil ise, idare böyle bir sözleşme yapmak zorunda değildir.” “... Davacının sırası geldiğinde, teknik olanaklar elverdiği ölçüde idare en kısa zamanda tekelinde bulunan bu hizmeti kişiye götürmek zorundadır...”. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 6.12.1974, E. 1973/6285, K. 1974/16590 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-1973-6285.htm> (Erişim tarihi: 22.03.2019).

²⁹ Yargıtay HGK, T. 13.5.1977, E. 1976/4-1976, K. 1977/480, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-1976-4-1976.htm> (Erişim tarihi: 22.03.2019).

³⁰ <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22221.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22221.pdf> (Erişim tarihi: 23.03.2016).



TKHK m. 52’de abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Sözleşme yapma zorunluluğu bakımından genel esaslar içinde, “*Satıştan kaçınma*” başlığı altında düzenlenen TKHK m. 6 hükmü önem arz etmektedir. Bu hükümde mal satışı ve hizmet sağlanmasına ilişkin ayrı ayrı kurallar belirlenmiştir. Biz de incelememizi bu ayrımı gözeterek yapacağız. Bu arada mal satışı ve hizmet sağlanmasını birlikte konu alan abonelik sözleşmelerini üçüncü bir başlıkta inceleyeceğiz.

a. Mal Satışını Konu Alan Abonelik Sözleşmeleri

TKHK m. 6 hükmünün ilk fıkrasında mal satışı düzenlenmiştir. Buna göre vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz. Bu hükme göre açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen bir malın satışından kaçınabilmek, sadece malın satılık olmadığı şeklinde bir ibareye yer verilmesi halinde mümkündür. Aksi durumda satıcı malın satışından kaçınamayacaktır. Böylelikle satıcının sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olacaktır.³¹

Bu hüküm abonelik sözleşmeleri bakımından da geçerli olduğundan, satıcı, satılık olmadığı şeklinde bir ibareye yer vermeden teşhir ettiği malı satın almak isteyen abone ile sözleşme yapma zorunluluğu içinde olacaktır. Örneğin bir dergiyi açıkça görülebilir bir yerde teşhir eden satıcı, abonelik talep eden tüketici ile sözleşme yapmak zorundadır. Üstelik bunun için Borçlar Kanunu m. 8/II’de öngörüldüğü üzere, malın fiyatının gösterilmesi koşulu da aranmamıştır. Önemli olan satıcının malı teşhir etmesi ve satılık olmadığı şeklinde ibareye yer vermemiş olmasıdır. Bu nedenle burada genele yapılmış bir öneriden bahsedemeyiz. Çünkü öneri sözleşmenin zorunlu unsurlarını içermelidir.³²

Teşhir edilen malın bedelinin üzerinde yazmaması durumunda bedelin nasıl belirleneceği hususu gündeme gelecektir. Bu durumda Borçlar Kanunu m. 233 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre tüketici, satış bedelini belirtmeksi-

³¹ Aslan, a.g.e., s. 357-358; Çabri, a.g.e., s. 146; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, “Tüketici Hukuku’nda Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Uygulaması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 12, S. 2, s. 168-169; Karakocalı/Kurşun, a.g.e., s. 46. Buna karşılık Aydoğdu, satıcının teşhir ettiği mallar bakımından tüketici ile sözleşme yapma zorunluluğunun bu malların elinde bulunması halinde söz konusu olacağı görüşündedir. Bkz. Murat Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 119.

³² Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 193. Öğretide Özel, TKHK m. 54’te düzenlenen etiket zorunluluğu ile birlikte TBK m. 8/2’nin burada tekrarlandığını ve bunun herkese yapılmış bağlayıcı bir öneri olduğunu savunmaktadır. Bkz. Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s. 87. Buna karşılık Çabri, fiyatı gösterilmeksizin sergilenen mallar bakımından tüketicinin satın alma beyanının öneri niteliğinde olmadığını, fiyat belirlenmeden yapılacak böyle bir beyanın sözleşmenin esaslı unsurlarını içermeyeceğini ve bunun bir öneriye davet olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, tüketicinin beyanı üzerine satıcının bedeli beyan etmesi ile önerinin unsurları gerçekleşir ve tüketicinin kabulü ile sözleşme kurulmuş olur. Bkz. Çabri, a.g.e., s. 148.

zin, malı alacağını kesin olarak bildirdiğinde, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı dikkate alınacak ve sözleşme bu fiyat üzerinden kurulmuş olacaktır.³³

Kanımızca abonelik sözleşmelerinde, sözleşme yapma zorunluluğunun doğması için, satıcının tüketicilerle abonelik sözleşmesi yapma yetkisinin olması işin doğası gereği aranacak koşullardan biridir. Örneğin abonelik sözleşmesi yapma yetkisi olmayan bir gazete bayisinin, satmak için teşhir ettiği dergiye abonelik talep eden tüketici ile sözleşme yapmak zorunluluğu olmamalıdır. Aksinin kabulü Borçlar Kanunu temsil hükümleri ile bağdaşmadığı gibi kanun koyucunun amacına da uymamaktadır.

b. Hizmet Sağlanması Konu Alan Abonelik Sözleşmeleri

Hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşme yapma zorunluluğu TKHK m. 6/II'de öngörülmüştür. Bu hükme göre haklı bir sebep olmaksızın hizmet sağlamaktan kaçınılamaz.³⁴ Böylelikle hizmet sağlanmasının söz konusu olduğu durumlarda sözleşme yapmaktan kaçınma, sadece haklı sebebin varlığı halinde mümkün olmaktadır. Sağlayıcı, haklı bir sebebe dayanmadığı sürece, talepte bulunan tüketici ile sözleşme yapmak zorundadır.³⁵

Ancak Kanun haklı sebebin kapsamını belirlememiştir. Tarafların kişisel özelliklerinin ön plana çıktığı işgörme sözleşmeleri bakımından bu zorunluluğun söz konusu olmayacağını, bu durumda kişisel özelliklerin önemini tek başına haklı sebep sayılacağını belirtmek gerekir. Dolayısıyla işgörme sözleşmeleri bakımından sözleşme yapma zorunluluğu, birden çok kişiye aynı hizmetin sunulduğu durumlarda söz konusu olacaktır. Örneğin spor salonu işleten sağlayıcı, birden çok kişiye aynı hizmeti sunduğu ve tarafların kişisel özellikleri sözleşmenin yapılması bakımından önem arz etmediği için, ayrıca haklı bir sebep sunmaz ise, abonelik başvurusunda bulunan tüketici ile sözleşme yapmak

³³ Vardar Hamamcıoğlu, a.g.m., s. 181.

³⁴ Kanunda hizmet, "Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu" olarak tanımlanmıştır (TKHK m. 3/I-d). Tüketici işlemi; eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi kapsadığına göre, "hizmet sağlama" terimi geniş yorumlanmalıdır. Buna göre tüketicinin taraf olduğu, mal satışı dışındaki tüm hukuki işlemler bu kapsamda değerlendirilebilir. Bkz. Mehmet Murat İnceoğlu, "Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu açıdan Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan*, 2000, s. 417; Vardar Hamamcıoğlu, a.g.m., s. 185.

³⁵ *"..Fili tekel durumunda bulunan özel kişilerden bir eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının sahip oldukları mallarla, arz edecekleri hizmet yönünden, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu gibi kişilerin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hukuka ve bilhassa ahlaka, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapmak yükümlülüğü söz konusu olur..".* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 10.12.2003, E. 2003/4-693, K. 2003/740 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2003-4-693.htm> (Erişim tarihi: 20.03.2019).

zorundadır. Buna karşılık tarafların kişisel özelliklerinin önem arz ettiği vekâlet sözleşmesi bakımından sözleşme yapma zorunluluğunu savunmak mümkün değildir.³⁶ Kanımızca kanun koyucunun sağlayıcıya, “haklı bir sebep” imkânını tanınması isabetlidir. Çünkü bu imkânın tanınmaması halinde, hizmet sağlanmasının söz konusu olduğu hemen her durumda sözleşme yapma zorunluluğu gündeme gelecek ve bu durum sağlayıcılar için büyük zorluklar doğuracaktır. Bu nedenle haklı sebebin de geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Son olarak TKHK m. 52’ye dayanılarak, 24.01.2015 tarihinde çıkarılan Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliğini incelemek gerekmektedir. Yönetmeliğin 5. maddesine göre, “*Satıcı veya sağlayıcı, sunulan mal veya hizmete ilişkin olarak tüketici ile bir abonelik sözleşmesi kurmak zorundadır.*”. Hükme göre abonelik sözleşmesinin imzalanması bakımından mal veya hizmetin sunulmuş olması yeterlidir. Bir başka ifadeyle mal veya hizmetin sunulduğu durumlarda, satıcı veya sağlayıcı sözleşme yapmak zorundadır. Burada mal veya hizmetin sunulmasından, TKHK m. 6’da öngörüldüğü üzere, mal veya hizmetin teşhir edilmesi anlaşılmalıdır. Aksi takdirde sözleşme yapma zorunluluğunun mutlak olarak kabul edilmesi gibi bir sonuç çıkacaktır ki böyle bir sonuç, satıcı veya sağlayıcının teknik ve ekonomik imkânlarının elvermemesi durumlarında menfaatler dengesine aykırı düşecektir.

Belirtmek gerekir ki Yönetmeliğin bu hükmü, sözleşme yapma zorunluluğunu sadece mal veya hizmetin sunulmuş olması koşuluna bağlayarak TKHK’nın çizdiği çerçeveyi tüketiciler lehine daraltmaktadır. Bu hüküm satılık olmadığı şeklinde bir ibareye yer verilen malın satışından kaçınılabileceğini düzenleyen TKHK m. 6/I ve haklı bir sebeple hizmet sağlanmaktan kaçınılabileceğini düzenleyen TKHK m. 6/II hükümleriyle çelişmektedir.

c. Mal Satışı ve Hizmet Sağlanmasını Birlikte Konu Alan Abonelik Sözleşmeleri

Bazı abonelik sözleşmelerinde hem mal satışı hem de hizmet sağlanması söz konusu olabilmektedir. Örneğin doğal gaz aboneliğinde, hem bir mal olarak doğal gazın satışı, hem de hizmet olarak doğal gazın abonenin yararlanmasına sürekli olarak hazır bulundurulması söz konusudur. Su aboneliği ve elektrik aboneliğinde de benzer bir durum söz konusudur. Elektronik haberleşme aboneliğinde ise hizmet sağlanması yanında aboneye genellikle mal satışı şeklinde tahsis edilen bir sim kart bulunmaktadır.³⁷ Bu nedenle elektronik haberleşme aboneliği de bu başlık altında incelenecektir.

³⁶ Inceoğlu, a.g.m., s. 416-417; Vardar Hamamcioğlu, a.g.m., s. 186-187.

³⁷ Öğretide Yıldız, hat (sim kart) tahsisinin sunulan hizmetin bir parçası olduğunu savunmaktadır. Bkz. Mustafa Göktürk Yıldız, *Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi*, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2012, s. 32.

Bu tür abonelik sözleşmeleri önemi itibariyle genellikle özel bir kanunla düzenlenmiştir. Bu nedenle tüketicinin taraf olduğu bu tür abonelik sözleşmeleri bakımından TKHK genel kanun niteliğindedir. Özellikle 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu (DPK) ve Elektronik Haberleşme Kanununda sözleşme yapma zorunluluğunun belirli koşullar altında kabul edildiği özel hükümler bulunmaktadır.

DPK m. 4'te dağıtım şirketlerinin yükümlülüklerine yer verilmiştir. Buna göre dağıtım şirketleri sorumluluk alanlarında bulunan tüketicilerin talep etmesi halinde, bu tüketicileri sisteme bağlamakla yükümlü kılınmıştır.³⁸ Dolayısıyla dağıtım şirketleri abonelik başvurusunda bulunan tüketicilerle sözleşme yapmak zorundadır. Ancak Kanunda bu zorunluluk mutlak olarak kabul edilmemiş, belirli koşullara bağlanmıştır. Buna göre sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olabilmesi için öncelikle dağıtım şirketinin tasarrufu altındaki sistemin bağlantı yapmaya imkân veren kapasitede olması gerekmektedir. Diğer bir koşul, tüketicinin kendi üzerine düşen ve dağıtım yönetmeliğinde öngörülen işlemleri yapmış olmasıdır. Son olarak bağlantının teknik ve ekonomik olarak gerçekleşmesinin mümkün olması gerekmektedir.³⁹ Sayılan koşullar sağlandığı takdirde, dağıtım şirketleri tüketici ile abonelik sözleşmesi yapmak zorundadır. Böylelikle doğalgaz abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşme yapma zorunluluğu mutlak olarak kabul edilmemekte, Yargıtay kararlarında yer verilen koşullara benzer koşullar aranmaktadır.

EHK m. 50/I'e göre, "*Tüketiciler, elektronik haberleşme hizmetine abone olurken bu hizmeti sağlayan işletmeyle sözleşme yapma hakkına sahiptir.*". Kanımızca bu hüküm yanlış yorumlanabilecek şekilde kaleme alınmıştır. Hükümün lafzi yorumundan, elektronik haberleşme aboneliğinin, abonelik sözleşmesi yapılmadan mümkün olabileceği, ancak tüketicinin bu sözleşmeyi yapma hakkına da sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. Hâlbuki abonelik sözleşmesi olmadan elektronik haberleşme hizmeti almak zaten söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla bu hükmü, tüketicilerin işletmeyle elektronik haberleşme abonelik sözleşmesi yapma hakkına sahip olduğu ve işletmecinin bu sözleşmeyi yaptıktan kaçınmayacağı şeklinde yorumlamanın doğru olacağı kanaatindeyiz. Ancak Kanunda işletmecinin sözleşme yapma zorunluluğu bir koşula bağlanmıştır. Bu nedenle yukarıda incelediğimiz TKHK'da öngörülen genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

³⁸ DPK'ya dayanılarak 03.11.2002 tarihinde çıkarılan Doğalgaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği m. 36/I'de de aynı yükümlülük öngörülmektedir.

³⁹ Kanuna göre taraflar arasında konuya ilişkin ihtilaf çıkması durumunda, bağlantının teknik ve ekonomik olarak mümkün olup olmadığına Kurul karar verecektir.

Elektrik Piyasası Kanununa dayanılarak çıkarılan Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği⁴⁰ m. 22/1'e de değinmek gerekmektedir. Bu hükmeye göre, görevli tedarik şirketi, usulüne uygun olarak yapılan ve imzalanan başvuruları aynı gün içerisinde sonuçlandırır ve kayıt altına alınmak suretiyle aynı gün içerisinde dağıtım şirketine bildirir. Hükümde görevli tedarik şirketinin başvuruları olumlu yönde sonuçlandırması zorunluluğuna yer verilmemiş, sadece başvuruların sonuçlandırılması zorunluluğu öngörülmüştür. Dolayısıyla buradan görevli tedarik şirketleri için sözleşme yapma zorunluluğunun öngörüldüğü sonucuna ulaşmak mümkün olmamaktadır. Ancak TKHK'da öngörülen hükümler elektrik aboneliği sözleşmeleri bakımından da geçerli olduğundan, bu sözleşmeler bakımından da kural olarak sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olduğu söylenebilir.⁴¹

⁴⁰ Resmî Gazete Tarihi: 30.05.2018, Resmî Gazete Sayısı: 30436.

⁴¹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 29.9.2011 tarihinde aldığı kararda, önceki aboneye ait borçların gerekçe gösterilerek yeni abone ile sözleşme yapmaktan kaçınılamayacağına hükmetmiştir. *"..Kural olarak, abone sözleşmesi kimin adına düzenlenmiş ise tüketim bedelinden sözleşmenin tarafı olan abone sorumludur. Devlet veya kamu kurumlarının tekelinde bulunan bazı kamu hizmetleri ve zaruri ihtiyaç maddelerini dağıtan kuruluşlarla, bunları talep eden kişiler arasında, sözleşme yapma mecburiyeti vardır. Bu sebeple davalı kurum, elektrik enerji dağıtım tekelini elinde bulunduran bir kurum olarak sözleşme yapmak zorunda olup bunun için de, alacaklı olmadığı kişilere mükellefiyet getirecek şekilde, başka aboneliklere ait borçların, davacıdan istenmesi sözleşme yapma hürriyetine engel teşkil eder..".* Yargıtay 13. Hukuk dairesi, T. 29.9.2011, E. 2011/5231, K. 2011/13318. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2011-5231.htm> (Erişim tarihi: 26.03.2019). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun aynı yönde kararı için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 23.2.2005, E. 2005/19-90, K. 2005/97 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2005-19-90.htm> (Erişim tarihi: 26.03.2019). Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 4.6.2015, E. 2014/14572, K. 2015/10333 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2014-14572.htm&kw=s%C3%B6zle%C5%9Fme+yapma+mecburiyeti#fm> (Erişim tarihi: 26.03.2019).

Ancak Yargıtay, bu tarz durumlarda önceki abone ile yeni abone arasında muvazaalı bir işlemin olması halinde, sözleşme yapmaktan kaçınılabileceğine yönelik kararlar da vermiştir. *"... Bu halyle davacı ile dava dışı şirket arasında kira akdinin görünüşte yapıldığı ve tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinin 24/2 maddesinin hizmet sağlayıcısına tanıdığı ödenmeyen elektrik tüketim borcu sebebiyle borcu ödemekten kaçınmak amacıyla yapıldığının kabulü gerekir. Her ne kadar tesisat aboneliği olan ... ile ünvanı belirtilen şirketlerin herhangi bir hukuki bağlantısı saptanamamış ise de, davacı şirket ile davaya konu taşınmaz kiraya veren dava dışı ... Şti ile bu yer ile fiilen bağlantılı olduğu anlaşılan diğer şirketlerin yetkili temsilcisinin aynı kişi olması ve kira bedelinin çok düşük gösterilmesi karşısında davalı tarafın muvazaa iddiasının ispatlandığının da kabulü gerekir. O halde, Dairemiz ve Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen ilke gereği, kural olarak sonraki abonelik, önceki abonenin borcunun ödenmesine bağlı kılınmaz ise de; mahkemece, dosyadaki bilgi, belge, ve kayıtlara göre davacı şirketle davaya konu taşınmaz üzerinde fiilen faaliyet gösteren şirketler arasında fiili, hukuki bir bağ olduğu, davalının muvazaa iddiasının ispatlandığı gözetilerek, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir..".* Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 4.4.2018, E. 2016/13534, K. 2018/3489 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2016-13534.htm&kw=abone+muvazaa#fm> (Erişim tarihi: 20.07.2019); Aynı yönde bir başka karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 7.11.2018, E. 2017/450, K. 2018/11154 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2017-450.htm&kw=abone+muvazaa#fm> (Erişim tarihi: 20.07.2019).

Su aboneliği bakımından özel bir kanun bulunmamaktadır ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.9.2013 tarihinde, İSKİ ile ilgili verdiği kararda, tekel niteliğinde hizmet sunan işletmelerin sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu ancak fiili veya yasal bir engel bulunduğu takdirde bu işletmelerin sözleşme yapmaktan kaçınabileceğine hükmetmiştir. Kararın devamında suyun bedelinin ödenmemesinin sözleşmenin feshi için haklı neden olduğu vurgulanmıştır.⁴²

B. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü Bakımından

Sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü de doğal olarak sınırlanmış olmaktadır. Çünkü satıcı veya sağlayıcıya sözleşmenin karşı tarafını seçme hususunda bir hak tanınmamaktadır. Dolayısıyla yukarıda sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin incelediğimiz hükümleri bu başlık altında incelemeyip, bu hükümlerin sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü de sınırlandırdığını belirtmekle yetineceğiz.

Hemen belirtelim ki tüketicilerle yapılan abonelik sözleşmeleri bakımından sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü sadece satıcı veya sağlayıcı için değil, birçok durumda tüketici için de sınırlıdır. Ancak tüketiciye yönelik sınırlama yasal değil, doğal bir sınırlamadır. Şöyle ki tüketici, hukuki veya fiili tekel niteliğindeki bir işletme söz konusu olduğu zaman sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne sahip değildir. Örneğin elektrik, su, doğalgaz aboneliklerinde genellikle durum böyledir. Bunun dışında elektronik haberleşme sektöründe de sınırlı sayıda hizmet sunan işletme bulunmaktadır. Dolayısıyla elektronik

⁴² “..Dava, kaçak olarak kullanılan su bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Davalı gerçek kişi su aboneliği iken, borcunu ödemediği için davacı İSKİ tarafından, aboneliği iptal edilmiş; davalı da bunun üzerine, sözleşme olmaksızın ve sayaçsız olarak kaçak su kullanmıştır. Tekel niteliğinde bir hizmette bulunan İSKİ'nin fiili veya yasal bir engel bulunmayan hallerde, bu hizmetten yararlanan kişilerle sözleşme yapma mecburiyeti vardır. Sözleşmenin kurulmasıyla İSKİ, karşı taraf abonenin hizmetine suyun kullanımını sağlamakla yükümlü olup, anılan hizmetten yararlanan kişinin de kullandığı suyun bedelini ödemesi gerekir. Sözleşme gereğince, kullanılan suyun bedelinin ödenmemesi, hizmeti sunan İSKİ'ye su aboneliğini (sözleşmesini) haklı nedene dayalı olarak feshetme hakkını verir. Öyleyse, davacı İSKİ'nin su aboneliği olan davalının kullanmış olduğu suyun bedelini ödemediği gerekçesiyle sözleşme ve Tarifeler Yönetmeliği uyarınca aboneliğini iptal etmiş olmasında hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Hem suyu kullanıp, hem de bedelini ödemediği aboneliğin devam edilmesini gerektiğini ileri sürmek, tipik bir hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Böylesi bir duruma ise, hukuk düzeninin izin vermeyeceği aşıkardır. Sonuç itibarıyla; sözleşmesiz ve sayaçsız kaçak olarak su kullanan davalının, yasal mevzuat uyarınca anılan suyun bedelini ödemesi gerektiği her türlü kuşkudan uzak olduğuna göre, yerel mahkemece, yargılama sırasında aldırılan bilirkişi raporunda belirtilen davacı alacağına hükmetmek gerekir..”. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 25.9.2013, E. 2012/3-1927, K. 2013/1406 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2012-3-1927.htm> (Erişim tarihi: 26.03.2019). Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 28.5.2015, E. 2015/5732, K. 2015/9745 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2015-5732.htm&kw=fiili+yasal+engel+abone#fm> (Erişim tarihi: 26.07.2019); Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 15.9.2015, E. 2015/11660, K. 2015/14203 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2015-11660.htm&kw=fiili+yasal+engel+abone#fm> (Erişim tarihi: 26.07.2019).

haberleşme abonelik sözleşmeleri bakımından da tüketicinin seçimi doğal bir sınırlamaya tabidir. Ancak bunlar yasal sınırlamalar değil, piyasa koşullarında ortaya çıkan doğal sınırlamalardır.

Satıcı veya sağlayıcı bakımından ise sözleşme yapma zorunluluğunun getirdiği sınırlama dışında, en önemli sınırlama eşitlik ilkesidir. Bu ilkeye Elektronik Haberleşme Kanununda yer verilmiştir.⁴³ EHK m. 47'ye göre, “İşletmeciler, sağladıkları elektronik haberleşme hizmetlerini benzer konumdaki tüketici ve son kullanıcılara eşit koşullarda ve ayırım gözetmeden sunmakla yükümlüdür.”⁴⁴ Böylelikle satıcı veya sağlayıcının sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, eşitlik ilkesiyle sınırlandırılmıştır.

C. Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü Bakımından

Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü BK m. 26'da hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Ancak BK m. 27 ile bu özgürlüğün sınırsız olmadığı kabul edilmiş ve kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Böylelikle sözleşme özgürlüğü ilkesine, genel nitelikte ve birincil sınırlamalar olarak adlandırılacak ilk sınırlamalar BK'da öngörülmüştür.⁴⁵

TKHK, tüketiciyi sözleşmenin zayıf tarafı olarak görmekte ve bu doğrultuda düzenlemeler içermektedir. Bu itibarla TKHK genel olarak sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne müdahale eden bir kanundur. Dolayısıyla abonelik sözleşmeleri bakımından da sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar söz konusudur.

Konuya ilişkin en önemli sınırlama, tüm tüketici sözleşmeleri ve bu arada abonelik sözleşmeleri için de uygulama alanı bulan TKHK m. 5'te düzenlenen haksız şartlardır. Borçlar Kanunu m. 20 ve devamında düzenlenen genel işlem koşullarının özel görünüm şekli olarak nitelendirilebilecek haksız şartlar, menfaatler dengesine aykırı düşen şartlardır. Kanunda bu düzenlemenin yer almasının sebebi, sözleşmenin güçlü tarafı olan satıcı veya sağlayıcının standart sözleşmeleri kullanarak, sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketiciyi ekonomik olarak ezmesinin önüne geçmektir.⁴⁶

⁴³ Kanunda “eşitlik ilkesi” kavramı yerine, “eşit hizmet alabilme hakkı” kavramı kullanılmıştır (EHK m. 47).

⁴⁴ Hükümün devamında eşitlik ilkesine yönelik usul ve esasların, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından belirleneceği öngörülmektedir.

⁴⁵ Şen Doğramacı, a.g.m., s. 1285.

⁴⁶ Karakocalı/Kurşun, a.g.e., s. 37.

Kanunda haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları olarak tanımlanmaktadır (TKHK m. 5/I). Tüketiciyle yapılan sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür (TKHK m. 5/II). Böylelikle satıcı veya sağlayıcı tarafından, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün kötüye kullanılmasını engellemeye yönelik bir sınırlama getirilmiştir. Nitekim Kanun önceden hazırlanıp standart sözleşmede yer verilen hükümlerin tüketici ile müzakere edilmediği karinesine yer vermiştir.⁴⁷ Satıcı veya sağlayıcı bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür (TKHK m. 5/III).

Bu arada haksız şartların kesin olarak hükümsüz olması, sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümlerini etkilemeyecek, bu hükümler geçerliliğini koruyacaktır. Bu durumda satıcı veya sağlayıcı, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu da ileri sürmeyecektir (TKHK m. 5/II). Böylelikle Kanun bir yandan haksız şartları hükümsüz sayarak sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne tüketici lehine müdahale etmekte, diğer yandan yine tüketici lehine sözleşmeyi ayakta tutmaya çalışmaktadır.

TKHK m. 5/VIII'de Gümrük ve Ticaret Bakanlığına, haksız şartların sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alma görevi verilmiştir. Böylelikle TKHK sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne sadece yasal olarak müdahale etmemekte, bunun yanında Bakanlık müdahalesini de öngörmektedir.

Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla 17.06.2014 tarihinde Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Bu yönetmelikte örneksene mahiyetinde haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları da belirlenmiştir.⁴⁸

Belirtmek gerekir ki abonelik sözleşmesi yapan satıcı veya sağlayıcının sözleşme ilişkisi içine girdiği kişi tüketici ise, öncelikle TKHK m. 5'te düzenlenen haksız şartlar uygulama alanı bulacaktır.⁴⁹ Buna karşılık sözleşme ilişkisi

⁴⁷ Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 175.

⁴⁸ Bkz. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek-1.

⁴⁹ TKHK'da haksız şartlara karşı sağlanan koruma, BK'da genel işlem koşullarına karşı sağlanan korumadan daha geniş kapsamlıdır. Nitekim TKHK m. 5 gereği haksız şartların geçersizliğinin ileri sürülebilmesi için sözleşmenin tek tarafı hazırlanıp tüketiciyle müzakere edilmeden ona dayatılmış olması yeterli olup, BK'da öngörüldüğü üzere "düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacı" ile hareket etmiş olması koşulu aranmamaktadır. Bkz. Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 175-176.

içine girilen kişinin tüketici olmadığı (tacir, esnaf, serbest meslek erbabı, çiftçi vs.) durumlarda TKHK hükümleri değil, BK m. 20 ve devamında düzenlenen genel işlem koşulları uygulama alanı bulacaktır.⁵⁰ Bunun yanında satıcı veya sağlayıcı ile abonelik sözleşmesi akdeden kişinin, Türk Ticaret Kanunu m. 55/I-f'de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarına dayanarak haksız rekabete ilişkin davaları açması da mümkündür. Üstelik bunun için tacir olmaya da gerek yoktur. Çünkü Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümleri tacirlere özgü olarak düzenlenmemiştir.

Abonelik sözleşmelerini konu alan diğer yasal düzenlemelerde de haksız şartlara yer verilen hükümlere rastlamak mümkündür. EHK m. 50/III'te, elektronik haberleşme abonelik sözleşmelerinde yer alan ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük ilkesine aykırı düşecek biçimde abone aleyhine dengesizliğe neden olan hükümlerin geçersiz olduğu öngörülmektedir. Bu hükümde TKHK'daki düzenlemeden farklı olarak, haksız şartın varlığı için tüketiciyle müzakere edilmeme koşulu aranmamaktadır. Sözleşmedeki bir hüküm tüketiciyle müzakere edilmiş olsa dahi, belirtilen diğer koşulları taşıması halinde haksız şart sayılacak ve geçersiz olacaktır.⁵¹ Dolayısıyla elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri bakımından, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün daha çok sınırlandırıldığını söylemek mümkündür.

Abonelik sözleşmelerinde sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne diğer bir müdahale şekli ise, tekel niteliğinde hizmet sunan işletmelerin talep edeceği abonelik bedellerine ilişkindir. DPK m. 11'de perakende satış fiyatları ve tarife esaslarının Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından belirleneceği ve belirlenen perakende satış fiyatının dışında tüketicilerden herhangi bir ad altında ücret talep edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Elektrik Piyasası Kanunu m. 17'de ise, tüketicilere uygulanacak perakende satış tarifelerinin görevli tedarik

⁵⁰ Yargıtay da, kayıp-kaçak bedelinin sözleşme ile kararlaştırılmış olsa dahi dağıtım şirketleri tarafından elektrik abonelerinden tahsil edilemeyeceğini kabul ettiği ve sözleşmenin karşı tarafında bir anonim şirketin yer aldığı davada BK m. 25 hükmünü dayanak olarak kullanmıştır. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 18.12.2014, E. 2014/13539, K. 2014/16751 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2014-13539.htm&kw=abone+s%C3%B6zle%C5%9Fme+%C3%B6z%C3%BCr%C4%9F%C3%BC#fm> (Erişim tarihi 25.06.2019).

⁵¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında telefon abonelik sözleşmesindeki sabit ücretin haksız şart niteliğinde olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 13.10.2010, E. 2010/13-406, K. 2010/503. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim tarihi: 10.09.2019). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir başka kararında, sabit ücretin, yapılan görüşmeler dışında, abonenin telefon görüşmesini sağlamak üzere bütün yıl boyunca telefon hattının görüşmeye hazır tutulması için, işletmecinin şirket tarafından yapılan enerji tüketimi, teknik donanımı, bakım ve yönetim ile personel çalıştırılmasından doğan masrafların karşılığı olduğu, bu uygulamanın yurt dışındaki telekom firmalarının da yapıldığını, sabit ücretin yasal ve hakkaniyet gereği olduğunu ifade ederek, sabit ücretin neden haksız şart sayılmayacağını ortaya koymuştur. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 13.05.2009, E. 2009/13-122, K. 2009/189. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim tarihi: 10.09.2019).

şirketi tarafından önerileceği ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından incelenerek onaylanacağı hüküm altına alınmıştır.

TKHK m. 6/III hükmüyle de sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne bir sınırlama getirildiği görülmektedir. Bu hükme göre, ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenler; aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep yoksa, bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlayamaz.

Son olarak TKHK m. 52/III hükmü ile sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün, sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüklerini de etkileyecek şekilde sınırlandırıldığını görmekteyiz. Buna göre satıcı veya sağlayıcı, belirli süreli abonelik sözleşmelerine sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin hükümler koyamaz. Bu hükümler geçersiz sayılacaktır. Hatta sözleşmenin kurulmasından önce bu hükümlerin tüketici ile müzakere edilmesi ve onun onayının alınması dahi sonucu değiştirmeyecektir. Ancak abonelik sözleşmesinin kurulmasından sonra tüketicinin talepte bulunması veya onay vermesi hâlinde, abonelik sözleşmesinin uzatılması mümkündür. Şu kadar ki talep veya onayın sözleşmenin sona ereceği tarihten önce yapılması gerekmektedir.

D. Sözleşmeyi Değiştirme veya Ortadan Kaldırma Özgürlüğü Bakımından

Sözleşmeyi değiştirme özgürlüğü bakımından TKHK m. 4/II'de genel sınırlayıcı bir hükme yer verilmiştir. Bu hükme göre "*Sözleşmede öngörülen koşullar, sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemez.*". Abonelik sözleşmesinde tüketici aleyhine buna imkân veren bir hüküm varsa, bu hüküm geçersiz sayılacaktır.⁵²

Bu genel hüküm dışında abonelik sözleşmelerinde, sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma özgürlüğünü sınırlayan değil, bu özgürlüğü tüketici lehine güvence altına alan hükümlere yer verildiği görülmektedir. TKHK m. 52 ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliğinde buna ilişkin örneklere rastlamak mümkündür.

TKHK m. 52/IV ve Yönetmelik m. 22/I'e göre tüketici, belirsiz süreli veya süresi bir yıl ve daha uzun olan belirli süreli abonelik sözleşmesini herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin istediği zaman feshetme hakkına sahiptir. Burada tüketiciye sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü tam olarak tanınmıştır.

⁵² Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 177.

TKHK m. 52/IV'ün ikinci cümlesine göre tüketici, süresi bir yıldan az olan belirli süreli abonelik sözleşmesinde satıcı veya sağlayıcı tarafından sözleşme koşullarında değişiklik yapılması hâlinde sözleşmeyi feshedebilir. Yönetmelik m. 22/II'de buna ek olarak, tüketicinin hizmetten yararlanmasına engel olabilecek geçerli bir sebebin varlığı halinde de tüketiciye sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır. Böylelikle satıcı veya sağlayıcının sözleşmenin içeriğine veya uygulama koşullarına müdahalesi halinde, tüketicinin sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

Yönetmelik m. 16/I'e göre, tüketici taahhütlü aboneliğini süresinden önce sonlandırdığı takdirde, satıcı veya sağlayıcının talep edeceği bedel, tüketicinin taahhüdüne son verdiği tarihe kadar tüketiciye sağlanan indirim, cihaz veya diğer faydaların bedellerinin tahsil edilmemiş kısmının toplamı ile sınırlı kalmak zorundadır. Satıcı veya sağlayıcı bunun haricinde bir talepte bulunamayacaktır. Yönetmeliğin 17. maddesinde satıcı veya sağlayıcının, taahhütlü aboneliğin sona ermesinden en az bir fatura dönemi öncesinden, bu durumu ödeme bildirimini yan sıra yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile ayrıca tüketiciye bildirmesi öngörülmektedir. Böylelikle taahhütlü abonelik sözleşmelerinde, tüketicinin sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü kolaylaştırılırken, satıcı veya sağlayıcı için daha sıkı koşullar öngörülmektedir.

Yönetmelik m. 22/IV'e göre satıcı veya sağlayıcı, abonelik sözleşmesinin feshedilmesi ile ilgili bildirim ve taleplere ilişkin işlemleri yerine getirmek üzere gerekli tedbirleri almak ve gerektiğinde uygun bir sistem kurup bu sistemi kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlüdür. Bu hükümde de tüketicinin sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğünün güvence altına alındığı söylenebilir.

Yönetmelik m. 23/III'e göre satıcı veya sağlayıcı, abonelik sözleşmesinin feshi için sözleşmenin tesis edilmesini sağlayan yöntemden daha ağır koşullar içeren veya tüketicinin sözleşmeyi feshetmesini zorlaştıran bir yöntem belirleyemez.

Tüm bu örneklerde tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesinin kolaylaştırıldığı, buna yönelik satıcı veya sağlayıcıya bir takım yükümlülükler yüklendiği görülmektedir. Böylelikle tüketicinin abonelik sözleşmesini ortadan kaldırma özgürlüğü tam olarak sağlanmaya çalışılmıştır.

E. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Özgürlüğü Bakımından

Şekil özgürlüğü Borçlar Kanunu m. 12'de benimsenen temel ilkelerden biridir. Bu ilkeye göre kanunlarda aksi öngörülmedikçe, sözleşmelerin geçerliliği hiçbir şekle bağlı değildir. Abonelik sözleşmeleri bakımından TKHK m. 52/II'de şekle ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre, "Yazılı

veya mesafeli olarak kurulan bu sözleşmelerin bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur.”. Kanımızca bu hükümlerle abonelik sözleşmeleri için yazılı şekil şartı kural olarak benimsenmiş, mesafeli olarak kurulan sözleşmeler bu kuralın istisnası olarak öngörülmüştür. “Yazılı veya mesafeli olarak kurulan bu sözleşmeler...” ifadesinden çıkan sonuç budur. Nitekim Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 6’da da sözleşmenin içeriğinde zorunlu olarak yer alması gereken bilgiler sayılarak yazılı şekil şartının varlığı desteklenmektedir. Kaldı ki Kanun mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmelerinin bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesini zorunlu tuttuğuna göre, mesafeli olmayan sözleşmeler bakımından yazılı şeklin geçerlilik şekli olarak arandığı sonucuna ulaşmak gerekir.⁵³

Öte yandan TKHK m. 4/I’e göre, Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir. Bu hükümlerle yazılı olarak düzenlenecek sözleşmelerin içeriksel şekli belirlenmiştir.

SONUÇ

Abonelik sözleşmelerinin sözleşme özgürlüğü bakımından değerlendirilmesi 20. yüzyılın başlarından itibaren söz konusudur. Özellikle zorunlu ihtiyaç niteliğindeki hizmetleri hukuki veya fiili tekel olarak sunan işletmelerin, tüketicilerle sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu uzun zamandır tartışılmaktadır. Hukukumuzda da bu durum 1970’li yıllardan itibaren Yargıtay kararlarına yansımaya başlamıştır. Ancak gerek Yargıtay kararlarında gerekse öğretideki tartışmalarda sözleşme yapma zorunluluğunun mutlak olarak kabul edilmesi yönünde bir görüş söz konusu değildir. Nitekim sözleşme yapma zorunluluğunu mutlak olarak kabul etmek, tüketici lehine sağlanmaya çalışılan menfaatler dengesinde, satıcı veya sağlayıcı aleyhine bir orantısızlık meydana getirecektir. Bu doğrultuda TKHK ve abonelik sözleşmelerini konu edinen diğer özel kanunlarda sözleşme yapma zorunluluğunun mutlak olarak kabul edilmediği ve genel olarak ifade edilecek olursa, sözleşme yapmaktan kaçınmak için haklı bir sebebin arandığını belirtmek gerekir.

⁵³ Aslan ise, TKHK m. 52/II hükmünün yazılı şekil şartını öngördüğü şekilde anlaşılmasında gerektiğini ifade etmiş, mesafeli sözleşmelerin yazılılık unsuru taşımadıkları hallerde de geçerli olacağını ifade etmiştir. Kanımızca bu ifade ile bizim ulaştığımız sonuç arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Nitekim Aslan’ın ifadesinden de mesafeli sözleşmeler dışındaki sözleşmelerin yazılı olması gerektiği ve bunun geçerlilik şartı olduğu sonucu çıkmaktadır. Bkz. Aslan, a.g.e., s. 602-603.



Tüketicilerle yapılan abonelik sözleşmelerini konu edinen kanunlar incelendiğinde, sözleşme özgürlüğünü diğer yönleriyle sınırlayan hükümlerin de bulunduğu görülmektedir. Bu anlamda EHK m. 47 ile, elektronik haberleşme abonelik sözleşmeleri bakımından, satıcı veya sağlayıcının tüketicilere eşit koşullarda ve ayırım gözetmeden hizmet sunması öngörülmektedir. Dolayısıyla satıcı veya sağlayıcının sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, eşitlik ilkesiyle sınırlandırılmıştır.

Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, TKHK m. 5'te düzenlenen haksız şartlar ile sınırlandırılmıştır. Bu hüküm gereğince, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları kesin olarak hükümsüzdür. Bu düzenleme ile Kanun sözleşmenin zayıf tarafı olarak nitelendirilen tüketiciyi korurken, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne de müdahale etmektedir.

Abonelik sözleşmelerinde sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne diğer bir müdahale şekli ise, tekel niteliğinde hizmet sunan işletmelerin talep edeceği abonelik bedellerine ilişkindir. Özellikle doğal gaz ve elektrik aboneliklerini konu edinen yasal düzenlemelerde, abonelik bedellerinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından belirleneceği ya da Kurulca onaylanacağı hüküm altına alınmıştır (DPK m. 11 ve EPK m. 17).

Sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü bakımından, özellikle Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği önem taşımaktadır. Bu Yönetmelikte sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğünü sınırlayan değil, bu özgürlüğü tüketici lehine güvence altına almaya çalışan hükümler öngörülmektedir. Hatta bu durumun tesisi için, bazı durumlarda satıcı veya sağlayıcıya yükümlülükler yüklenmiştir (Yönetmelik m. 22/IV).

Son olarak şekil özgürlüğü üzerinde durmak gerekir. TKHK m. 52/II'de abonelik sözleşmeleri bakımından yazılı şekil geçerlilik şartı olarak öngörülmektedir. Ancak mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmeleri bakımından bu şart aranmamış, bu şekilde kurulan sözleşmelerin bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunlu tutulmuştur.

KAYNAKÇA

- Altan, Alparslan, “Enerji Sağlama Sözleşmeleri Bakımından Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Yapma Zorunluluğu İlkelerinin Uygulanması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2004, S. 4.
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Aslan, İ. Yılmaz, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, 2015.
- Aydoğdu, Murat, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Ayrancı, Hasan, “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, S. 53.
- Çabri, Sezer, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Dalka Okumuş, Şüheda, *Elektrik - Doğal Gaz Piyasaları Abonelik Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerde Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Denetimi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Ertaş, Şeref, “Yeni Tüketiciyi Koruma Kanununda Abonman Sözleşmeleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014, C. 9, S. 99.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.
- İnan, Ali Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- İnceoğlu, Mehmet Murat, “Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu açıdan Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan*, 2000.
- Karakocalı, Ahmet/ Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku*, İstanbul, Aristo Yayınları, 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
- Koca, Güneş, *Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- Köse, Yasin, “Abonelik Sözleşmeleri”, *Adalet Dergisi*, 2011, S. 41.
- Kuntalp, Erden, *Ard Arda Teslimli Satım Akdi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.

- Oğuzman, M. Kemal/ M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1*, 17. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Ozanoğlu, Hasan, *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999.
- Özel, Çağlar, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.
- Şahin, İrfan, *Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları*, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Şen Doğramacı, Hayriye, “Türk Borçlar Kanunu’nun 356. Maddesinin Değerlendirilmesi: Sözleşme Adaleti Mi? Sözleşme Özgürlüğü Mü?” *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II*, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013.
- Öktem Çevik, Seda, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi”, *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2015.
- Tandoğan, Haluk, *Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1977.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop/ Sermet Akman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Tunçomağ, Kenan, *Borçlar hukuku genel hükümler*, 6. Baskı, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, “Tüketici Hukuku’nda Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Uygulaması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 12, S. 2.
- Yıldız, Mustafa Göktürk, *Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi*, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2012.

www.kazanci.com

www.resmigazete.gov.tr