

MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE CAYMA HAKKININ KULLANILMASI VE ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ SORUNLAR

Yrd. Doç. Dr. Savaş BOZBEL*/ Dr. Murat ATALI

I. CAYMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Mesafeli sözleşme kavramı¹ ilk defa hukukumuzda 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda (TKHK) 4822 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle girmiştir. 4077 Sayılı Kanunun 9/A maddesine göre mesafeli sözleşme; 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. Mesafeli sözleşmede aslolan tüketici ile satıcı veya hizmeti sunanların karşı karşıya gelmemesi ve sözleşmenin iletişim araçları kullanılarak akdedilmesidir².

-
- * BAÜ Bandırma İİBF Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi, bozbel@balikesir.edu.tr
- 1 Buradaki mesafeli sözleşme kavramıyla Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan 'mesafeli satış' kavramı birbiriyle karıştırılmamalıdır. BK 183/II, 186/I ve 201 vb. hükümlerinde geçen 'mesafeli satış' ifa yerinden başka bir yerde teslim edilecek malların satışında (Versendungsschuld, Schickschuld) satılan malın akdi veya kanuni ifa yerinden başka bir yere gönderilmesini ifade eder.
- 2 Mesafeli sözleşmelerin unsurları hakkında bkz. *Zevkliler/Aydoğdu*, Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 3. Bası, Ankara 2004, s. 262 vd. Ancak adı geçen eserde unsurlar sayılırken *mesafeli sürüm için kurulmuş bir sistemin gerekliliğine* işaret edilmemiştir. Zira mehz Avrupa Birliğinin 97/7 sayılı ve 20 Mayıs 1997 tarihli AB Yönergesindeki tanımda açıkça bir "mesafeli satış için kurulmuş bir sistem"den [Yönergenin Almanca metnindeki ifade ile (*.. im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems des Lieferers ..*) İngilizce ifadesi ile (*...under an organized distance sales or service-provision scheme ..*)] bahsedilmektedir. Bu konuda karşı. *Bozbel*, Savaş, Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler, 97/7 sayılı AB Yönergesi Düzenlemeleri Işığında Bir Karşılaştırma, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fak. Dergisi, Cilt VII, sayı 3-4, (Aralık 2003), s. 787 vd. Alman Hukukunda bu konuya başka bir perspektiften yaklaşım için bkz. *Grigoleit*, Hans Cristoph; besondere Vertriebsformen im BGB, NJW 2002, 1151, 1152 ve orada 12 nolu

Tüketici açısından iletişim araçları kullanılarak yapılan mesafeli sözleşmeler bir takım tehlikeleri de içinde barındırmaktadır. Mesela tüketicinin üreticinin iletişim araçlarında ileri sürülen mal ya da hizmetin kalitesi konusunda aldatılması, satılan malın kalitesinin ve niteliğinin kontrol edilmesi imkânının olmaması bu tehlikelerden sadece birkaçıdır. Mesafeli sözleşmelerde tüketici malın bedelini genellikle peşin göndermekte ve fakat satıma konu olan mal kendisine daha sonra ulaştırılmakta veya sipariş paket halinde ulaştırılıp paketin içeriği kontrol edilmeden malın veya ürünün bedeli tahsil edilmektedir. Bu tür durumlarda gönderilen malın sipariş edilen üründen bambaşka bir mal çıkması halinde bu malın iadesi sorunları yaşanabilmektedir. İşte tüketiciyi bu tehlikelerden ve sorunlardan korumak amacıyla mesafeli sözleşmelerde iki mekanizma getirilmiştir. Birincisi ve en önemlisi tüketicinin cayma hakkı ikincisi ise sağlayıcı veya satıcının bilgi verme yükümlülüğüdür.

Cayma hakkı, tüketiciye mesafeli sözleşmelerin akdi esnasında tüketicinin tabii halinde göremediği bir malı veya ürünü görme, daha yakından tanıma, işlevselliğini ve diğer özelliklerini kontrol etme³ ve bu suretle maddi herhangi bir ayıp veya başka sözleşmeyi iptal sebebi olmaksızın akdedilmiş olan bir sözleşmeden, satıcı veya sağlayıcı ile hiç uğraşmaksızın, dönme imkânı vermeyi amaçlamaktadır⁴. Ayrıca cayma hakkı tüketiciye daha uzun bir düşünme süresi vermekte ve onu acele karar vermekten de korumaktadır⁵.

Mesafeli sözleşmelerdeki cayma hakkı ile ilgili olarak 4077 Sayılı Kanun (TKHK) 9/A. maddesinde “cayma 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” dedikten sonra “satıcı veya sağlayıcı cayma bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on gün içinde almış oldu-

dipnotta sayılan literatür. İletişim araçlarından yalnızca birisinin kullanılması da şart değildir. İletişim araçlarının kombine olarak, televizyonun teletext sayfasındaki telefonun aranması veya e-posta adresine e-posta gönderilmesinde olduğu gibi, kullanılması da mümkündür; ayrıntılı bilgi için bkz. *Meents, Jan Geert; Ausgewählte Probleme des Fernabsatzgesetzes bei Rechtsgeschäften im Internet*, CR 2000, 610 vd.

3 Konusu bir hizmet sunumu olan mesafeli sözleşmelerde cayma hakkının bu işlevi çok düşüktür, zira tüketici hizmetin kalitesini veya özelliklerini, cayma hakkının artık ortadan kalkmış olduğu ancak sözleşmenin ifası esnasında veya sonrasında öğrenebilir, kontrol edebilir; karş. Yönetmelik m. 8. f. 2.

4 AB Yönergesi, dibace Nr. (14); *Wendehorst*. in: MünchKommBGB, § 312d Rdnr. 1.

5 *Wendehorst*, in: MünchKommBGB, § 312d Rdnr. 2

ğu bedeli, kıymetli evrakı ve tüketiciyi bu hukukî işleminden dolayı borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmek ve yirmi gün içerisinde de malı geri almakla yükümlüdür” hükmünü getirmiştir.

Yönetmeliğin 8. maddesi ise Cayma Hakkının mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelerde, malın teslim alındığı tarihten itibaren⁶ yedi gün içerisinde hiçbir hukuki ve cezai sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin malı reddetmek suretiyle kullanılabileceğini belirtmektedir.

2. Cayma Hakkının Hukuki Niteliği

Alman Hukukunda 30 Haziran 2000 tarihine kadar cayma hakkı değişik kanunlarda düzenlenmişti ve bunlar birbirinden farklı içeriklere sahipti. Kapıda Satışlar Kanunu (Haustürwiderrufgesetz), Tüketici Kredileri Kanunu (Verbraucher kreditgesetz) ve Devre Mülk ve Devre Tatil Kanununda (Teilzeit-Wohnrechtgesetz) tanzim edilmiş olan cayma (Widerruf) halinde sözleşmenin hükümleri, cayma hakkını kullanma süresi geçmediği müddetçe, askıda kabul ediliyordu (schwebend unwirksam). Tüketici bu süre içinde caymazsa sözleşme başlangıçtan itibaren hükümlerini doğuruyor; cayarsa başlangıçtan itibaren hiçbir hüküm doğurmuyordu⁷. Uzaktan Öğrenimin Korunması Kanununa (Fernunterrichtsschutzgesetz) göre ise durum tam tersi idi. Cayma bildirimine yapılmasına kadar sözleşme hükümlerini - askıda da olsa - baştan itibaren doğuruyordu (schwebend wirksam), daha sonra ise sözleşme hükümlerini bütünüyle doğuruyordu, meğerki cayma bildiriminde bulunmuş olsun. İşte tüketici sözleşmelerindeki cayma hakkının bu değişik yapıları eski § 361a f. 1 c. 1 BGB8 ile birleştirilmiştir. O tarihten bu yana tüketici sözleşmelerindeki cayma süresinin sonuna kadar (sözleşmenin taraflarca imzalanması ile cayılıp cayılmayacağını belli olması arasında geçen sürede) sözleşmenin hükümlerini baştan itibaren doğurması (schwebend wirksam) kabul edilmektedir⁹.

⁶ Hizmet sunumuna ilişkin mesafeli sözleşmelerde ise, bu süre sözleşmenin imzalandığı tarihte başlar.

⁷ *Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch*, BGB-Kommentar, § 312d Rdnr. 5 (Stand April 2004); *Palandt/Heinrichs*, (50. Aufl., 1991), § 1 HWiG Rdnr. 28.

⁸ § 361a BGB hükmü 30 Haziran 2000 tarihli Mesafeli Satışlar Kanunu (FernAbsG) ile değiştirilmiş, daha sonra Almanya’da BGB’nin Borçlar Hukuku alanında 2002 yılında yapılan revizyonla da (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) muhafaza edilmiştir.

⁹ *Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch*, age. Rdnr. 4; *Junker*, in: *Juris Praxis Kommentar BGB*, 2. Aufl., 2004), § 312d BGB, Rdnr. 9; *Tonner* BB 2000, 1413, 1415; *J. Schmidt-Räntsch* VuR 2000, 427, 431; *Lorenz* JuS 2000, 833, 835; *Bülow/Artz*, NJW 2000, 2049, 2051 vd.

İsviçre Hukukunda ise İsviçre Borçlar Kanununun (Obligationenrecht, OR) kapıdan satışlarla ilgili OR 40b maddesinde müşterinin sözleşme yapmaya matuf icabından veya kabul beyanından cayabileceği belirtilmektedir¹⁰. İsviçre’de Ocak 2001 tarihli Borçlar Kanunu ile Haksız Rekabetin Önlenmesi Kanunlarında elektronik ticaret ile ilgili bir takım değişiklikler öngören ve büyük oranda Avrupa Birliği’nin Mesafeli Satışlarda Tüketicinin Korunması Hakkındaki 97/7/EG sayılı Yönergesinden istifade edilerek hazırlanan kanun tasarısında¹¹ mesafeli satışlar konusundaki hükümler İsviçre Borçlar Kanunundaki mevcut Kapıdan Satışlar hakkındaki OR 40a vd. maddelerinin yeniden düzenlenmesi şeklinde ele alınmıştır. Tasarının OR 40e maddesinde, müşterinin sözleşmenin akdedilmesine yönelik icabından veya kabul beyanından cayabileceği belirtilmiştir¹². Bu hükümler ışığında İsviçre’deki düzenlemede, mesafeli sözleşmelerde cayma süresi içinde sözleşmenin kurulmuş sayılacağı ve sözleşmenin hükümlerini doğuracağı kabul edildiği anlaşılmaktadır. Çünkü sözleşme akdetmeye matuf icap (Antrag zum Vertragsabschluss) veya kabul beyanından (Annahmeerklärung) cayıldığına göre sözleşme bu safhada kurulmuş ve hükümlerini ifa ediyor demektir. Vardığımız bu sonucu OR 40f maddesindeki düzenleme de destekler niteliktedir. Zira orada, müşterinin cayması durumunda tarafların almış oldukları mal veya hizmeti iade etmeleri gerektiğinden başka, 2. fıkrasında müşterinin bir malı kullanmış olması durumunda satıcı veya sağlayıcıya münasip bir kira veya kullanma bedeli (Mietzins) ödeme yükümlülüğünde olduğundan bahsetmektedir¹³. Cayma süresi içinde sözleşme daha kurulmamış olsa idi ‘münasip bir kira bedeli’ nin neye dayanarak talep edilebileceği izah edilemeyecekti.

Türk Hukuku açısından ise durumu şu şekilde özetlemek mümkündür: Bir görüşe göre¹⁴, yasada öngörülen cayma süresi sonuna kadar taraflar arasındaki sözleşmenin hüküm doğurup doğurmayacağı belli değildir; sözleş-

¹⁰ Art. 40b OR: ‚der Kunde kann seinen Antrag zum Vertragsschluss oder seine Annahmeerklärung widerrufen, wenn ...’

¹¹ Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevision des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Kanun Tasarısının tam metni ve gerekçesi için bkz. <http://www.ofj.admin.ch/themen/konsumentenschutz/vn-ve-d.pdf> (tasarı metni için) ve <http://www.ofj.admin.ch/themen/konsumentenschutz/vn-ber-d.pdf> (tasarı gerekçesi için).

¹² Art. 40e-E OR: ‚Der Kunde kann seinen Antrag zum Vertragsabschluss oder seine Annahmeerklärung innerhalb von sieben Tagen auf Papier oder in elektronischer Form widerrufen’.

¹³ Bu düzenleme tasarıda da korunmuştur.

¹⁴ Zevkliler/Aydoğdu, s. 250.

menin taraflarca imzalanması ile cayılıp cayılmayacağını beli olması (bildirilmesi) arasında geçen sürede sözleşme hükümlerini doğurmaz, sözleşmenin hükümleri askıdadır (schwebend unwirksam). Bir diğer görüşe göre ise¹⁵, mesafeli sözleşmeleri „tecrübe veya muayene şartıyla satım“ (BK 219 vd.) türlerinden biri olarak nitelendirmek mümkündür. Satıcı açısından başlangıçtan itibaren şartsız olarak bağlayıcı olan bu sözleşmenin alıcı yönünden de bağlayıcı duruma gelmesi, onun tecrübe veya muayeneden sonra açıklayacağı beyanına ertelenmiştir ki, burada sözkonusu olan geciktirici nitelikte bir iradi şarttır. İradi şartın gerçekleşmesi ile satım sözleşmesi başlangıçtan itibaren hükümlerini doğurur, görüşündedir. Kapıdan satışların düzenlendiği TKHK 8. maddenin eski metninde yer alan „*Kapıdan satışlar tecrübe ve muayene koşullu satışlardır.*“ ibaresinden hareketle bu düşüncenin daha doğru olduğu söylenebilir. Ancak maddenin 4822 Sayılı Kanunla değiştirilmiş halinde bu ifade madde metninden çıkarılmıştır. Kanunun gerekçesinden bunun çıkarılma gerekçesi ise anlaşılamamaktadır¹⁶.

Hukukumuzda mesafeli sözleşmelerdeki cayma hakkının niteliği konusunda AB Hukuku ile uyumluluk gözetilmelidir. Bu açıdan yaklaşıldığında, AB hukukuna üstünlük verilmeli ve müesseseyi de öyle yorumlamak gerekir. Avrupa Birliğinin Yönergesinde cayma hakkının niteliği konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamış, bu husus üye devletlere bırakılmıştır¹⁷. Yönergenin cayma hakkını düzenleyen 6. maddesinde ise „tüketicinin mesafeli sözleşmeden cayabileceğinden“ bahsetmektedir¹⁸. Yani ortada kurulmuş, başlangıçtan itibaren geçerli ve hükümlerini ifa eden - cayma hakkının kullanılacağı - bir sözleşmenin varlığından bahsetmektedir. Şu halde bizim hukukumuzda mesafeli sözleşmelerin cayma süresi içinde askıda geçerli olduğunu (schwebend wirksam), sözleşmenin başlangıcından itibaren hükümlerini ifa edeceğini kabul etmek gerekir¹⁹. Bu nedenle mesafeli sözleşmelerde taraflar sözleşmenin başlangıcından itibaren edimlerin ifasını talep edebilirler, ayıba ve zapta karşı tekeffül borçları bakidir, sözleşmenin yerine getirilmemesinden dolayı tazminat talebinde bulunulabilir. Mesafeli sözleşmeleri düzenleyen TKHK 9/A maddesinde, 'satıcı ve sağlayıcı tüketicinin

¹⁵ *Bozbel*, AÜEHFD, C. VII, sayı 3-4, s. 784.

¹⁶ Gerekçe için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0477.pdf>

¹⁷ Fernsabsatz Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 14.

¹⁸ "Der Verbraucher kann jeden Vertragsabschluss im Fernabsatz ... widerrufen; for any distance contract the consumer shall have a period of at least seven working days in which to withdraw from the contract".

¹⁹ Cayma süresi içinde sözleşmenin hükümlerini doğurmayacağı (schwebende Unwirksamkeit) hakkında bkz. *Zevkliler/Aydoğdu*, s. 250.

siparişi kendisine ulaştığı andan itibaren otuz gün içerisinde edimini yerine getirir' hükmü de bu görüşü desteklemektedir. Ancak başlangıçtan itibaren hükümlerini ifa eden bir sözleşmenin varlığı halinde satıcı ve sağlayıcı böyle bir yükümlülük altına girmiş olur. Nitekim AB Yönergesi 7. maddesi de aynı hükmü, ifanın yerine getirilmesini talep hakkını (Erfüllungsanspruch), içermektedir²⁰.

Tüketici sözleşmelerindeki – ve bu arada mesafeli sözleşmelerdeki – cayma hakkını sözleşmeden dönme hakkının özel bir düzenlemesi olarak görmek gerekir. Cayma hakkı, tüketicinin sözleşmenin kurulması yönündeki iradesinin (ıcap veya kabul beyanlarının) satıcı veya sağlayıcıya ulaşmasıyla doğar²¹. Bu bağlamda tüketicinin beyanının ıcap veya kabul olmasının ve bu beyanlarıyla bağlı olup olmadığının bir önemi yoktur. Bu irade beyanının satıcıya ulaşmasından önce cayma beyanında bulunulmuşsa sözleşme baştan itibaren hiç kurulmamış demektir.

II. CAYMA HAKKININ KULLANILMASI AÇISINDAN İNTERNETTE ÖN BİLGİLERİN VERİLMESİ

Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik²² gereği satıcı ve sağlayıcılara, sözleşmenin akdinden önce Yönetmelik 5. maddede belirtilen ön bilgilerin tüketicie verilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bunlar ana hatlarıyla, satıcı ve sağlayıcının isim, ünvan, açık adres telefon ve diğer erişim bilgileri, cayma hakkı ve bu hakkın nasıl kullanılacağına dair bilgiler, kullanılan iletişim yollarının ücreti gibi bilgilerdir. Yönetmelik 6. madde ise tüketici ön bilgileri doğru ve eksiksiz olarak edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşmenin akdedilemeyeceğini²³; elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyit işleminin yine elektronik ortamda yapılacağını; tüketicinin mallar için sözleşme konusu mal kendisine ulaşmadan, hizmetler için de en geç sözleşmenin ifasından önce ön bilgileri içeren yazılı onayı alması gerektiğini belirtmektedir.

20 Aynı görüşte bkz. *Bülow/Artz*, NJW 2000, 2049, 2052.

21 Elektronik ortamda yapılan irade beyanlarının ulaşması anı ile ilgili olarak bkz. *Bozbel*, AÜEHFD C. VII, S. 3-4, s. 783, 794.

22 Resmi Gazete 13.06.2003, sayı 25137.

23 Aynı hüküm TKHK 9/A f. 2'de de tekrar edilmiştir. Ancak Yönerge ve Türk Hukuk sistemi ile uyumlu olmayan bu hükmü AB Yönergesi ışığında yorumlamak gerekir. AB Yönergesi, satıcı veya sağlayıcının bu yüküme aykırı davranması halinde tüketici ile kurulan sözleşmenin geçersiz sayılması gerekeceği konusunda bir düzenleme getirmemiştir.

İnternette bu bilgilerin, malın siparişinden önceki bir basamakta veya link verilmesi suretiyle belirtilmiş olmasını yeterli görmek gerekir. Ancak dikkat edilmesi gereken, tüketicinin bu bilgilere, mal siparişi vermeden önce – ve her mal siparişi verilmesi esnasında²⁴ - zorunlu olarak ulaşması gerekir. Tüketicinin mal siparişinin verildiği internet sitesinde, bu ön bilgilere ancak ayrı bir araştırma yapma sonucunda ulaşabildiği, websitesinin alt sayfalarında bu tür bilgilere yer verilmesi durumunda Yönetmelikte aranan şartlar karşılanmış olmaz.

Ülkemizde mesafeli sözleşmelerle ilgili düzenlemeler üzerinden yaklaşık iki yıl geçmiş olmasına rağmen tüketicilerin bu konuda bilgili olmadıkları gibi, satıcı ve sağlayıcıların da düzenlemelere uygun mal ve hizmet sunma konusunda isteksiz oldukları gözlenmektedir. İnternet üzerinden mal ve hizmet sunan birkaç şirket ve kuruluşa göz atmak bu konuda bizlere yeterli bir fikir verecektir.

Örneğin İnternet üzerinden mal sürümünde ülkemizde iyi bir yer edinen şirketlerden birisinin internet sitesinde²⁵ bu ön bilgiler yer almadığı gibi, cayma hakkı ile ilgili hiçbir ifadeye de rastlanmamaktadır. Sitenin müşteri hizmetleri bölümünde iade işlemleri başlığı altında ise, iade edilmek istenen ürünün 8 iş günü içerisinde faturası ve iade sebebini içeren not ekleyerek, ürüne ve orjinal kutusuna zarar gelmeyecek şekilde, Yurtiçi/Aras kargo ile gönderilebileceği, iade etmek istenilen ürün/ürünler ayıplı ise kargo ücretinin firma tarafından karşılanacağı, diğer durumlarda ise kargo ücretinin müşteriye ait olacağı ifade edilmektedir²⁶.

Özellikle cep telefonu pazarında tanınan bir başka şirketin web adresinin 'yardım' bölümünde yine aynı şekilde satın alınan ürünlerin orijinal ambalajında ve hasarsız olmak koşulu ile 7 gün içerisinde iade edilebileceği, ürün kargo ile gönderiliyorsa iade masrafinin müşteriye ait olacağı, iadesi talep edilen ürünün, firmaya ulaştığında sağlam ve iade koşullarına uygun oldu-

24 Bu anlamda, mal siparişinin verilmesinden önce tıklanan bir link sonrasında bir pop up pencere açılması durumunda da bu şart gerçekleşmiş olur.

25 Bkz. www.hepsiburda.com. Keza aynı şekilde www.kangurum.com.tr, www.ihlas-pazarlama.com.tr siteleri www.vatanbilgisayar.com adresinde de iade ve cayma hakkı konusunda en ufak bir bilgiye dahi rastlamak mümkün olmamıştır. Türk Telekom'un dial-up online internet bağlantısı başvuru sitesinde de tüketicinin cayma hakkına değinilmemiştir; bkz. <https://abonekayit.tnet.net.tr/sanalpos/createuser.php>

26 Bkz. <http://www.hepsiburada.com/musteri.aspx?id=27&type=0>

ğunun belirlenmesi halinde, bedelinin bir iş günü içerisinde iade edileceği belirtilmektedir²⁷.

Elektronik ürünlerin satışında adını duyuran bir başka şirket ise, internet ortamında yapacağı satışlarla ilgili olarak web sitesinin 'sıkça sorulan sorular' alt sayfasında (SSS), satın alınan üründen vazgeçildiği takdirde 7 gün içinde çağrı merkezinin aranması gerektiği, inceleme sonucu gerekli değerlendirmelerin yapıp bilgi verileceği belirtilmektedir. Ayrıca bazı ürünlerin iade edilebilmesi için bazı şartların gerekli olduğu, örneğin cep telefonlarında ekranın üzerindeki koruma bandının çıkartılmaması, tüm medya ürünlerinin (kaset, CD, VCD, DVD, yazılım) ambalajlarının açılmamış olması, PC ve notebook gibi ürünlerin kurulumunun yapılmamış olması, içinde kartuş, şerit, pil gibi sarf malzemesi içeren ürünlerin ise ambalajlarının açılmamış ve kullanılmamış olması gerektiği ifade edilmektedir²⁸.

Gene internet üzerinden sürüm yapan başka bir şirket²⁹, web sitesinde 'iade şartları' alt başlığı altında, alınmış ürünün kullanmadan, tahrip etmeden/bozmadan teslim tarihinden itibaren yedi (7) günlük süre içinde teslim alındığı şekliyle, ürün faturasını ve iade sebebini içeren bir dilekçe ile iade edilebileceğini; üründe ve ambalajında herhangi bir açılma, bozulma, kırılma, tahrip, yırtılma, kullanılma ve sair durumların tespit edildiği hallerde ürünün iade edilemeyeceğini belirtmektedir.

III. MALIN TESLİM EDİLMİŞ OLMASI

1. Malın teslimi

Cayma hakkının malın 'teslim' alındığı tarihten itibaren 7 gün içinde kullanılması gerekir. Buradaki 'teslim' den anlaşılması gereken, eşya hukukundaki alıcının (yeni zilyedin) vasıtasız zilyed kılınmasıdır ki, bu ya malın yeni zilyede teslimi ile veya ona mal üzerinde fiili hâkimiyet sağlayacak araçların teslimi ile olur³⁰. Teslim, malın madde itibarıyla yeni zilyedin eline verilmesi tarzında olabileceği gibi, malın başka şekilde yeni zilyedin iktidarına bırakılması şeklinde de olabilir. Ancak mesafeli sözleşmelerdeki cayma hakkının niteliği ve amacı dikkate alındığında teslimi bu anlamda daha dar yorumlamak ve malın tesliminden söz edebilmek için malın veya ürünün

²⁷ Bkz. http://www.genpatech.com/id_102

²⁸ Bkz. <http://www.teknosa.com.tr/web/B2C/crm/#> adresine.

²⁹ Bkz. <http://www.estore.com.tr>

³⁰ *Oğuzman/Seliçi*, Eşya Hukuku, 5. Bası İstanbul, 1988, s. 72; karş. MK m. 977

tüketiciye veya temsilcisine gerçek (maddi) anlamda teslimini anlamak gerekir. Aksi takdirde ,araçların teslimi' halinde de (örneğin bir taşıtın anahtarlarının teslim edilmesi gibi) vasıtasız zilyed kılınma gerçekleşeceği için, cayma süresi o andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Oysa mesafeli sözleşmelerdeki cayma hakkının amacı, tüketiciye görmeden aldığı ürünü kontrol edebilme, onu yakından görüp inceleme imkanını vermektir. Bu imkanın olmadığı hallerde teslimin gerçekleştiğini kabul etmek doğru olmaz.

Parça parça ifa edilen teslimlerde ise cayma süresi ilk teslimin yapıldığı andan itibaren işlemeye başlayacaktır.

2. Sipariş edilen malın tüketici tarafından teslim alınmaması sorunu

Tüketicinin sipariş edilen malı kabul etmemek suretiyle de – zımni olarak cayma beyanında bulunduğundan hareketle - cayma hakkını kullanabileceğini kabul etmek gerekir. Yönetmelik 8. maddedeki '*teslim aldığı* tarihten itibaren yedi gün içerisinde' ifadesinden, malın teslim alınmasından önce cayma hakkının kullanılmayacağı sonucu çıkartılamaz³¹. Cayma hakkının amacı, malı görmeden alan tüketiciye malı görüp kararını gözden geçirme fırsatı vermek, yani tüketicinin korunmasıdır. Tüketicinin sipariş verdiği mal veya ürünü kabul etmesi gerektiği, malı kabul etmeden önce cayma hakkını kullanamayacağı, aksi takdirde alacaklı temerrüdüne düşeceği fikri, kanunun ruhuyla bağdaşmaz. Zira böyle bir düşüncenin kabulü tüketici açısından bir takım dezavantajlar içerir³². Şöyle ki: her şeyden önce tüketici açısından malı-ürünü kabul etmemek suretiyle beyan edebileceği iradesini, kabulden sonraya ve daha sonra da bu mal veya ürünü tekrar geri gönderme yükümlülüğü başlı başına bir külfettir. İkincisi, satıcı malın veya ürünün bedelinin ve

31 İsviçre ve Alman Hukuklarında bu konuda yapılan düzenlemeler de bu görüşü desteklemektedir. Nitekim § 355 BGB hükmündeki, 'wird einem Verbraucher durch Gesetz ein Widerrufsrecht eingeräumt, so ist er an seine auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden, ...' ile İsviçre düzenlemesindeki (Art. 40b OR) 'Der Kunde kann seinen Antrag zum Vertragsabschluss oder seine Annahmeerklärung widerrufen' ifadeleri buna işaret etmektedir. Alman Hukuku açısından *Brönneke*, MMR 2004, s. 127, 130.

32 Bu konuda Düsseldorf Eyalet Mahkemesinin vermiş olduğu bir karar (LG Düsseldorf, VuR 2002, 452) güzel bir örnek teşkil etmektedir. Mahkeme kararında, 'iade numarası (Retourennummer) olmayan gönderileri kabul etme yükümünde değiliz' şeklindeki bir genel işlem şartının § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBGB (şimdi § 307 II Nr. 1 BGB) hükmüne aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Davacı taraf olayda, iade numarası alabilmek veya öğrenmek için malın ilk önce kabul zorunluluğu olduğunu, bunun da özellikle teslimde ödemeli siparişlerde (Nachnahme), tüketici aleyhine kanunda öngörülmeven ek yükümler getirdiğini iddia etmişti.

gönderme masraflarının tüketici tarafından teslimde ödeneceğinin kararlaştırıldığı durumlarda (per Nachnahme) bu, tüketici açısından ikinci bir ek külfet teşkil edecektir, zira teslimde ödeme tüketici açısından daima normal posta ücretine nazaran ek bir masraf demektir. Tüketiciyi malı kabul etmekle yükümlü tutmak bu ek masrafın ona yükletilmesi anlamına gelmektedir.

Üçüncü bir husus ise, tüketicinin malı kabul etmemesinden dolayı alacaklı temerrüdüne düşeceğini kabul etmek, tüketicinin bir takım yaptırımlarla karşı karşıya kalabileceği sonucunu doğuracaktır. Kural olarak alacaklı temerrüdü alacaklının sorumluluğuna yol açan bir durum değildir. Zira temerrüt halindeki alacaklı sadece hakkını almaktan kaçınan bir kimsedir. Prensip itibarıyla bir kimse hakkını almaya veya kullanmaya mecbur olmadığı için kaçınması halinde bir sorumluluk altına da girmez. Özellikle kendisinden tazminat istenemez³³. Ancak bir tarafın borcunun ifasını kabul karşı taraf için sadece bir hak değil, aynı zamanda bir borç teşkil ediyorsa, artık böyle bir halde ifayı kabulden kaçınma sadece hakkını almama değil, bizzat kendi borcuna aykırı davranma teşkil eder. Bu meyanda menkul satışında alıcının şeyi kabz etmesinin (BK m. 208) onun için bir borç teşkil ettiği kabul edilmektedir³⁴. BK 94'e göre ise ' ... eğer alacaklı mütemerrit ise borçlunun temerrüdüne müteallik hükümlere tevfikan borçlu akdi feshedebilir'. Akdi fesheden - daha doğru ifadesiyle sözleşmeden dönen - borçlunun BK m. 108 hükmündeki gibi alacaklıdan menfi zararının tazminini talep edip edemeyeceği tartışmalı olmakla birlikte, borcun ifasını kabulün alacaklı açısından bir borç sayılabildiği nisbette, sözleşmeden dönme halinde tazminat da istenebileceği kabul edilmektedir³⁵. Sonuç olarak mesafeli sözleşmelerde tüketicinin malı veya ürünü kabul etmediği ve bu durumda alacaklı temerrüdü hükümlerinin geçerli olacağını kabul etmek, tüketiciyi, satıcının menfi zararının tazmini, örneğin malın gönderme bedeli gibi, bir durumla karşı karşıya bırakacaktır.

Normal durumda hiçbir yükümlülük altına girmeden malın tesliminden itibaren yedi günlük süre içinde cayma hakkının kullanılması suretiyle, geri gönderme bedelinin de satıcı/sağlayıcı tarafından ödeneceğini kabul eden bir sistemde, tüketiciyi yukarıdakine benzer sorumluluklarla karşı karşıya bırakmak izah edilemez. Bu nedenle tüketicinin, sipariş vermiş olduğu malı teslim almayarak cayma hakkını zımni olarak kullanmış olduğunu kabul etmek gerekir.

³³ Oğuzman/Öz, age. s. 269.

³⁴ Oğuzman/Öz, age. s. 269 ve orada dipnot 369'da sayılan literatür.

³⁵ Oğuzman/Öz, s. 275, 276 ve orada 411 ve 412 nolu dipnotta sayılan literatür.

IV. MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE CAYMA HAKKININ KULLANILAMAYACAĞI HALLER

1. Yönetmelikte anılan istisnaların AB Yönergesi ile kıyaslandığında daha dar tutulmuş olması

Yönetmeliğin 8. maddesinin 4. fıkrası gereğince tüketicinin özel istek ve talepleri uyarınca üretilen veya üzerinde değişiklik ya da ilaveler yapılarak özel hale getirilen mallar ile niteliği itibarıyla iade edilemeyecek hızla bozulma veya son kullanma tarihi geçme ihtimali olan mallara ilişkin sözleşmelerde cayma hakkının kullanılamayacağı belirtilmektedir. AB Yönergesinin 6. maddesi dikkate alındığında Yönetmelikte cayma hakkının istisna edildiği hallerin dar tutulduğu görülmektedir. Zira Yönergenin 6. maddesinin 3. fıkrasına göre, müşteri isteklerine göre yapılan mallara ilişkin sözleşmeler yanında, ayrıca ambalaj veya paketi tüketici tarafından açılan üzerine ses ve görüntünün kaydedildiği mallar veya bilgisayar yazılım (software) programlarında; gazete, dergi ve mecmualara ve yarış ve bahis oyunlarına ilişkin sözleşmelerde de, aksine bir anlaşma yoksa ve kanuni diğer hükümler mahfuz kalmak üzere, sözleşmeden cayma hakkı kullanılamaz. Biz AB Yönergesi ile uyumlu olması açısından Yönetmelikte belirtilen istisnalar dışında Yönergedeki diğer istisna hallerini de aşağıda ele almayı uygun bulduk.

2. Özel istek ve talepler uyarınca üretilen veya özel hale getirilen mallar

Bu tür hallerde cayma hakkının olmayışının esprisi, ilgili mal veya ürünün satıcı veya sağlayıcı açısından artık satılamayacak veyahut da büyük zorluklar ve fiyat indirimleri ile satılabilecek olmasıdır³⁶. Bu hallerde cayma hakkının var olup olmadığının tespiti için satıcı ve sağlayıcı açısından malın iadesinin katlanılabilir olması ve başka müşterilere satılabilme imkanları yanında, malın veya ürünün muhafazası, malın tekrar parçalara ayrılabilmesi için harcanacak emek ve masraf ve son olarak öngörülebilir bir süre içinde o mal için tekrar sipariş alma ihtimalleri gözönüne alınmalıdır.

Avrupa Adalet Divanının kararlarına göre, tüketiciyi koruyucu hükümlerdeki istisnaların dar yorumlanması gerekir³⁷. Alman Federal Mahkemesi

³⁶ *Wendehorst*, in: MünchKommBGB § 312d Rdnr. 26; karş. *Bamberger/Roth/Schmidt-Rantsch*, § 312d BGB Rdnr. 26.

³⁷ EuGH Rs. C-481/99 (Heininger) Rdnr. 31; karş. OLG Dresden MDR 2002, 80.

vermiş olduğu bir kararında³⁸, söz konusu mal müşterinin siparişi üzerine değişik standard parçaların biraraya getirildiği ve parçaların işlevine ve yapısına herhangi bir zarar gelmeksizin, çok az bir gayret ve masrafla tekrar sökülebileceği hallerde, müşterinin isteğine göre yapılandırılmış ve dolayısıyla cayma hakkının kullanılamayacağı bir sözleşmenin sözkonusu olmayacağı sonucuna varmıştır³⁹. Benzer şekilde Dresden Eyalet Yüksek Mahkemesi de bilgisayarın RAM parçalarının, Motherboards ve hafıza ürünlerinin, satıcı tarafından genel işlem şartları vasıtasıyla cayma hakkından istisna edilmesini hukuka aykırı bulmuştur⁴⁰. Mahkeme davalının yapmış olduğu, bilgisayar parçalarının ve hafıza ürünlerinin „niteliği itibarıyla iade edilemeyecek ürünlerden“ olduğu, bunlara virüs, trojaner bulaşmış olabileceği ve bunların temizlenmesi için geri gönderilen ürünlerin masraflı testlerden geçirilmesi gerektiği şeklindeki savunmasına itibar etmemiştir.

3. Malın niteliği

Buradaki malın niteliğinden kastedilen, teknik sebeplerden ötürü geri gönderilemeyecek mallar (örneğin kırılabilir bir vazo) değil, daha ziyade hukuki açıdan bir imkânsızlığın veya katlanılamazlığın sözkonusu olmasıdır. Örneğin bilimsel ve edebi içerikli verileri içeren bir eserin satıcı tarafından tüketiciye, cayma hakkının kullanılmasından sonra da tüketici tarafından kaydedilip kullanılmasının mümkün olduğu bir şekilde sunulması halinde, malın niteliği gereği cayma hakkının kullanılamayacağı söylenebilir⁴¹. Bu tür durumlarda önemli olan, tüketicide kalan/kalacak olanın orijinal mal veya ürünün piyasadaki ekonomik değeriyle eşit olması aranmalıdır. Örneğin tüketici tarafından satın alınan bir kitabın sırf fotokopi yapılması ihtimali

³⁸ BGHZ 154, 239 = CR 2003, 480 = DB 2003, 1109 = MDR 2003, 732 = NJW 2003, 1665.

³⁹ Sözkonusu olayda, müşterinin isteği doğrultusunda bir dizüstü bilgisayar ‘built-to-order’ sistemi ile yapılandırılmış (Örneğin 100 GB HDD, 1024 MB RAM, DVD-Yazıcı, 128 MB Ekran Kartı, TV-Kartı vs. gibi) daha sonra müşteri sözleşmeden cayma bildiriminde bulunmuştur. Davalı ise, ürünün müşterinin isteği doğrultusunda yapılandırılmış olduğundan bahisle cayma hakkının mevcut olmadığı savunmasında bulunmuştur. Federal Mahkeme ise kararında dizüstü bilgisayara takılmış olan parçaların tekrar sökülmesinin bilirkişi raporuna göre 3 saati aşmayacağını, bunun da malın yüzde beş değerini aşmadığı ve satıcı tarafından kabul edilebilecek bir değer anlamına geldiğinden hareketle, mesafeli sözleşmelerdeki istisna hükmünün olaya uygulanamayacağını belirtmiştir.

⁴⁰ OLG Dresden MMR 2002, 172, 173; benzer şekilde *Bamberger/Roth\Schmidt-Räntsch*, § 312d Rdnr. 26.

⁴¹ Satıcı ürünlerini yalnızca online olarak sunmakta, konvansiyonel ürünün elde edilmesi imkanı yoksa bu durumda, satıcı tüketicinin cayma hakkına engel olamamalıdır; karşı. *Wendehorst*, DStR 2000, 1311, 1316.

olmasından ötürü 'malın niteliği' gereği cayma hakkının kullanılmayacağı söylenemez, zira ciltlenmiş bir kitap ile fotokopi yapılmış bir kitap ekonomik açıdan aynı nitelikte değildir⁴².

4. Hızla bozulma veya son kullanma tarihi geçme ihtimali olan mallar

Hızla bozulma ihtimali olan mallar genelde meyve, süt ürünleri vb gibi olan gıda maddeleridir. Çabuk bozulabilecek olan mallar genelde son kullanma tarihi de ihtiva ederler. Son kullanma tarihleri nazara alınırken, bunların gıda maddelerine göre değişiklik arzedebileceği ve örneğin ilaçlarda böyle bir sürenin de her zaman için öngörülmüş olmayabileceği unutulmamalıdır. Ayrıca malın kullanılabilirlik ve normal şartlar altında tekrar satılabilme süresi de dikkate alınmalıdır. Bu süreler hesaplanırken de objektif bir ölçüt kullanılmalıdır. Bu nedenle tüketici malın zaten fazla üretilmiş olduğunu ve depoda çürüyeceğini ileri süremeyeceği gibi, satıcı da son kullanma tarihinin geçmesine kısa bir süre kalan malı piyasaya sürmesi durumunda bu istisna hükmüne istinat edemeyecektir⁴³.

Birçok yiyecek ve ilaç türlerinde olduğu gibi, malın usulünce saklanamaması veya kullanılamaması, başkalarına satışının mümkün olmadığı, olmayacağı, soyut böyle bir tehlikenin mevcudiyetinde dahi istisna hükmü uygulama alanı bulacak ve bu tür mallarda cayma hakkı kullanılmayacaktır.

Buna karşın malın bozulacak olması dış etkenler nedeniyle ortaya çıkmışsa, örneğin yazılımın yeni bir sürümünün çıkması, kitabın yeni baskısının yayınlanması veya kutlanacak bir olayın geçmesi hallerinde, istisna hükmü uygulanmayacak ve bu tür rizikolar satıcı/sağlayıcı tarafından karşılanacaktır.

5. Ambalajı veya paketi açılmış üzerine ses, görüntü, veri vb. kaydedildiği mallar

a) Genel Olarak

Yukarıda belirttiğimiz gibi Yönetmelik paketi veya ambalajı açılmış olan yazılım programları veya müzik veya sinema eserlerinin üzerlerine kaydedilmiş olduğu ürünlere ilişkin sözleşmelerde cayma hakkının mevcut olma-

⁴² *Wendehorst* in: MünchKommBGB, § 312d BGB Rdnr. 32; karş. *Bamberger/Roth/Schmidt-Rüntsch*, § 312d BGB Rdnr. 28; *JurisPK-BGB/Junker* (2. Aufl. 2004), § 312d BGB, Rdnr. 79.

⁴³ *Wendehorst* in: MünchKommBGB, § 312d BGB Rdnr. 35; *JurisPK-BGB/Junker* (2. Aufl. 2004), § 312d BGB, Rdnr. 81.

diğini belirtmemiştir. AB Yönergesi ile kıyaslandığında bu durumun Yönergeye aykırı olmadığını ifade edebiliriz, zira Yönergede 'aksine anlaşma yoksa' ibaresi mevcuttur. Satıcı veya sağlayıcılar bu nedenle uygulamada bu tür ürünlerde de cayma hakkının olduğunu veya olmadığını sözleşme metnine ekleyebilirler⁴⁴. Bu tür hallerde cayma hakkının olmayışı malın niteliğinden değil tüketicinin davranışından kaynaklanmaktadır. Üzerine ses, görüntü, veri vb. kaydedilen mallara örnek olarak, teyp ve video kasetleri, disket, CD, CD-Rom, MC, VCD, DVD vb. ürünler gösterilebilir. Ambalajın veya paketin açılmasından⁴⁵ anlaşılması gereken ise – bu tür ürünler açısından - tipik olarak koruma bandının açılmasıdır. Diğer koruma mekanizmalarının, özellikle elektronik korumaların⁴⁶ da bu kapsamda olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce burada maddi anlamdaki bir mührün (koruma bandının) offline çalışan medya ürünü üzerinden uzaklaştırılmasını anlamak gerekir. İnternet üzerinden download edilen bir program için, 'malın niteliği' gereği cayma hakkının kullanılmaması hakkındaki istisna hükmünün uygulanması daha yerinde olur.

Ancak kanaatimizce ambalajın veya paketin açılmasından dolayı tüketicinin cayma hakkını kaybetmesi için, ambalaj veya paketin üzerinde, ambalaj veya paketin açılması durumunda cayma hakkının ortadan kalkacağı şeklinde açık bir uyarının olması gerekir. Bu uyarının genel işlem şartlarında veya internette websitesinde yer alması yeterli değildir⁴⁷.

Bir başka husus ise, ambalaj veya paketlemenin 'mührü' bozmaya, ambalajı veya paketi açmaya zorlayıcı bir şekilde yapılmamış olması gerekir. Bu bağlamda satıcının malın ambalajlamasını, etiketini tüketicinin mal ve kalitesi hakkında – ambalajı açılmadan - bir intiba edinmesini engelleyecek,

44 Örneğin <http://www.teknosa.com.tr/web/B2C/crm/#> adresinde Teknosa, iade için 'tüm medya ürünlerinin (kaset, CD, VCD, DVD, yazılım) ambalajlarının açılmamış olması gerektiğini belirtmektedir.

45 Ambalajı veya paketi açılmış' ifadesi AB Yönergesinde 'entsiegelt, unsealed' olarak belirtilmiştir.

46 AB Yönergesinin Almanca metninde geçen 'mühürü bozmak, açmak' anlamına gelen 'Entsiegeln' ifadesinden hareketle bunun maddi anlamda bir 'mühürün' açılması olduğunu, elektronik mühürleri kapsamadığı Alman Hukukunda ifade edilmektedir; bunun için bkz. *Wendehorst*, in: MünchKomm zum BGB, 4. Aufl. 2003, § 312d Rdnr. 102. Yazılımların internet üzerinden bilgisayara indirilmesinin de kapsam dışı olduğu belirtilmektedir, *Lütcke*, Fernabsatzrecht, Komm., 2002, § 312d Rdnr. 66; aksi görüş *Schmidt-Räntsch*, VuR 2000, 427, 432. Yazar, shareware (deneme) sürümlü bir programın, bir seri numarası veya kod verilerek tam işlevsel hale getirilmesinin de mührün bozulması' kapsamına girdiğini ifade etmektedir, ayrıca karşı. *Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch*, § 312d BGB Rdnr. 30.

47 Bu anlamda TeknoSa'nın websitesindeki bu yöndeki uyarı bu şartı temin etmemektedir.

gereksiz yere zorlaştıracak şekilde yapmaması gerekir. Bu nedenle malın niteliklerini belirten broşür veya kullanma kılavuzlarının üründen ayrı olarak paketlenmesi gerekir⁴⁸.

b) Donanım ile birlikte teslim edilen ambalajı açılmış yazılım programları

Uygulamada bilgisayar sektöründe donanım ile birlikte bir yazılım programının da yanında verilmesi sıklıkla rastlanan bir durumdur. Yeni alınan bir donanım ile birlikte üzerinde değişik programların yer aldığı bir CD verilmesi, örneğin bir CD-Writer satın alan müşteriye bunun yanında 'Nero Burning Rom' gibi Cd kopyalama programlarının verilmesi veya satın alınan bilgisayar üzerine önceden bir işletim sisteminin yüklenmiş olması hallerinde olduğu gibi. Bu gibi hallerde acaba bu istisnai hüküm uygulanacak mıdır? Yeni alınan bir bilgisayarın sabit diskine yüklenmiş ve bilgisayar ilk defa çalıştırıldığında otomatik olarak yüklenen bir program sözkonusu ise burada *paketi veya ambalajı açılmış bir veri taşıyıcısından sözetmek* mümkün müdür?

Kanaatimizce bu gibi hallerde istisna hükmün uygulanıp uygulanmayacağına tespit açısından bir ayırım yapmak gerekir. Sadece donanım ile birlikte çalışan ve internetten de serbestçe indirilebilen bir yazılım sözkonusu ise, yazılımın ambalajının açılmış ve bilgisayara yüklenmiş olması nedeniyle cayma hakkının mevcut olmadığını kabul etmek mümkün değildir. Özellikle donanım ile birlikte verilen yazılım programı donanımın çalışması için gerekli olan küçük bir yazılım (driver) ise, tüketicinin veri taşıyıcısının ambalajını açtığından bahisle cayma hakkını kullanamayacağı ileri sürülemez. Çünkü bu gibi hallerde donanım olmadan yazılım programını pratik olarak kullanmak mümkün değildir. Ayrıca AB Yönergesindeki bu hükmün amacı yasadışı ve korsan çoğaltmaların önüne geçmektir⁴⁹.

Donanım ve yazılımın bir paket halinde sunulduğu, yazılımın ayrı olarak piyasada satıldığı veya satılabildiği ve sadece satın alınan donanım ile birlikte kullanılmayan, ayrı bir değer ifade eden haller ise hukuki açıdan daha problemli gözükmektedir. Bu gibi hallerde cayma hakkının var olup olmadığı donanım ve yazılım için farklı olarak mütalaa edilebilmeli, yani donanım açısından bir kısmî cayma hakkını kabul etmek gerekir. Donanım ve yazılımın fiyatlarının münferit olarak tespit edilebildiği, paket fiyatın da bu iki fiyatın toplamından oluştuğu hallerde sorunun çözümü basittir. Örneğin donanım 300 YTL, yazılım 200 YTL, paket fiyatta 500 YTL ise kısmî cayma

⁴⁸ Karş. *Wendehorst* in: MünchKommBGB, § 312d BGB Rdnr. 104.

⁴⁹ *Brönneke*, MMR 2004, 127, 128.

durumunda donanım fiyatı olan 300 YTL nin iadesi gerekir. Ancak uygulamada paket fiyatı, donanım ve yazılımın münferit olarak satın alınmasından çok daha ucuza mal olmaktadır. Yukarıdaki örnekte paket fiyatı 350 YTL olduğu halde sorun nasıl çözülecektir? Donanımın piyasadaki perakende fiyatı esas alınacak olursa, yazılımın fiyatı 50 YTL olacaktır. Tüketici sözleşmeden donanım ile ilgili olarak cayma bildiriminde bulunursa, normalde 200 YTL ye alacağı yazılımı 50 YTL ye satın almış olacaktır. Bunun satıcı/sağlayıcı açısından katlanılmaz olduğu açıktır. Bunun için bu gibi hallerde, cayma hakkının amacına uygun olarak, tüketicinin cayma hakkının kullanılmasından sonra sözleşme yapılmamış olsa idi malvarlığının durumu hangi durumda olacak idiyse ona göre karar verilmelidir. Örnek olayımızda tüketici normal olarak yazılımı hangi fiyattan alacak idiyse o ücreti cayma hakkını kullanması durumunda iade etmelidir.

6. Gazete, dergi ve benzeri süreli yayınlar

Gazete, dergi ve benzeri süreli yayınların cayma hakkından istisna edilmesinin altında yatan sebep, özellikle gazetelerin ertesi gün güncelliğini kaybetmeleridir. Bu nedenle gazete veya derginin kağıt üzerine basılı olması şart değildir, online üzerinden sunulan gazete ve dergiler de bu kapsamdadır⁵⁰. Ancak kitapları ve gazetelere verilen ilanları bu istisna hükmün dışında değerlendirmek gerekir.

7. Bahis ve talih oyunları

Yönetmelikte düzenlenmemiş olan bu hususta da AB Yönergesi esas alınmalı, bahis ve talih oyunlarından ne anlaşılması gerektiği de AB Yönergesi hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu bağlamda bahis ve talih oyunlarını BK 504 vd. maddeleri anlamında dar yorumlamamak gerekir. Oyunun nitelendirilmesi piyango, talih oyunu, loto, lotarya vs. önem arz etmez. Önemli olan tüketicinin ortaya koymuş olduğu meblağ mukabilinde bir kazanma şansının olması ve belirli bir zamanda çekiliş, oyunun icrası, bahse konu sonuçların ilanı ile tüketicinin kazandığı şey üzerinde hak talep edebilmesi veya bahsi, çekilişi kaybetmiş olmasıdır. Ancak burada bahis ve talih oyunlarını düzenleyici kurum ile aracılar arasında bir ayırım yapmak gerekir. Görevi sadece almış olduğu loto kuponlarını, düzenleyici şirkete

⁵⁰ Wendehorst in: MünchKommBGB, § 312d BGB Rdnr. 39; *Bamberger/Roth/Schmidt-Rüntsch*, § 312d BGB Rdnr. 32; Aksi görüş *JurisPK-BGB/Junker* (2. Aufl. 2004), § 312d BGB, Rdnr. 94

iletmek olan aracı kuruma karşı Karlsruhe Eyalet Mahkemesi cayma hakkının mevcudiyetini kabul etmiştir⁵¹.

8. Açık Artırmalar

Yönetmelik m. 11'de açık artırma yolu ile akdedilen sözleşmelerde mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Mesafeli sözleşmeler açısından tipik örneklemeler ise internet üzerinden yapılan açık artırmalar ile daha çok sanat eserlerinin satışında görülen telefonla yapılan açık artırmalardır. Buradaki sorun acaba internet üzerinden yapılan açık artırmalar bu kapsamda mı değerlendirilmelidir⁵²? Tüketicinin korunması açısından, mesafeli sözleşmelerdeki istisnai hükümleri dar yorumlayan Avrupa Adalet Divanı kararları ışığında internet üzerinden yapılan açık artırmalarda cayma hakkının var olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de bu yönde karar vermiş ve EBay üzerinden internetten gerçekleştirilen açık artırmaların, § 156 BGB anlamında pey sürme şeklinde değil de, § 145 BGB anlamında icap ve kabul ile gerçekleşen satışlar olarak görülmesi gerektiğinden bahisle alıcının (tüketicinin) cayma hakkının varlığını kabul etmiştir⁵³.

VI. HİZMETLERİN İFASINA BAŞLANMASI

Yönetmelik md. 8'de sözleşmede hizmetin ifasının 7 günlük süre dolmadan yapılması kararlaştırılmışsa, tüketicinin ifanın başlayacağı ana kadar cayma hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir. Bu düzenleme yalnızca hizmet edimleri açısından sözkonusudur ve AB Yönergesi ile uyumludur. Gerçekten de Yönerge m.6/III'de tüketicinin onayı ile ifasına başlanmış hizmet edimlerine ilişkin sözleşmelerden cayılamayacağı ifade edilmiştir. Yönerge, kural olarak cayma süresinin sonuna kadar hizmet ifasına başlanmayacağından; eğer tüketicinin isteği üzerine başlanmışsa da artık cayma hakkının kullanılamayacağından yola çıkmıştır. Tüketicinin cayma hakkı konusunda bilgilendirilmiş olması ise bu bağlamda önem taşımayacaktır. Yani tüketici cayma hakkı olduğunu bilmese bile, 7 günlük süre içinde hizmetin ifasına onay vermişse artık cayma hakkı düşer⁵⁴. Sadece tüketicinin oluru

51 OLG Karlsruhe WRP 2002, 849.

52 Dünyada EBay özellikle internet üzerinden yapılan açık artırmalar ile ünlenmiştir. Tükriye'de ise benzeri bir siteyi www.gittigidiyor.com adresinde bulmak mümkündür.

53 BGH BB 2005, 235; K&R 2005, 33; MDR 2005, 132; NJW 2005, 53.

54 Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch., § 312d Rdnr. 21; Palandt/Heinrichs, § 312d Rdnr. 7.

olmadan sağlayıcının ifada bulunduğu hallerde cayma hakkının kullanılması artık engellenemez.

İşte tüketici için ağır sonuçlar ihtiva eden bu düzenleme açısından mal ve hizmet ayırımını çok iyi yapmak gerekmektedir. Yönetmelik *malı* (Yönetmelik m. 3) 'alış-verişe konu olan taşınır eşya, konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar' olarak tanımlamıştır. *Hizmet* ise, 'bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyet' olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğin mal tanımı AB Yönergesi ile mukayese edildiğinde problemlidir, zira AB Yönergesi mesafeli sözleşmelerin uygulama alanından taşınmazlarla ilgili – kiralamar dışında – sözleşmeleri çıkartmışken⁵⁵ bizim hukukumuzda taşınmazlarla ilgili sözleşmeler yukarıdaki tanım gereği mesafeli sözleşmelerin uygulama alanına dahil edilmiş olmaktadır.

Şu halde mesafeli sözleşme anlamında mal denildiğinde, taşınmazlar da dahil satım sözleşmesine konu olabilen, iktisadi bir değer taşıyan nesnelere anlamak gerekir. Malın bulunduğu hal önemli değildir, bu nedenle su, gaz elektrik⁵⁶ de bu anlamda maldır. Maddi anlamda bir eşya üzerine sabitlenmiş, kaydedilmiş fikri hakları da, örneğin ses, görüntü, bilgisayar yazılımı bu anlamda mal olarak görmek gerekir.

Borçlar Kanunu anlamında hizmet, eser ve iş görme, aracılık, kefalet sözleşmelerini ise mesafeli sözleşmeler anlamında *hizmet* olarak görmek gerekir⁵⁷. Elektronik ortamda özellikle internet ortamında bulunan ses, müzik, görüntü veya yazılımın bilgisayar ortamına indirilmesine ilişkin sözleşmeleri de mal satışına değil, hizmet sunumuna ilişkin sözleşmeler olarak görmek gerekir⁵⁸.

Yönetmelik m. 8 f. 2'de ise AB Yönergesi ile uyuşmayan 'vücutta yabancı bir parça' mahiyetinde bir düzenleme getirilmiş ve *elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler ve anında teslim edilen mallara ilişkin sözleşmelerin* cayma hakkına ilişkin hükümlere tabi olmadığı belirtilmiştir. Hizmetler açısından böyle bir düzenleme bir yere kadar makul görülse de, mallar açı-

⁵⁵ AB Yönergesi m. 3.

⁵⁶ EuGH Slg. 1964, 1251; 1994 I-1477, 1516; *Palandt/Heinrichs* Rdnr. 10; aM *Wendehorst* in: MünchKommBGB, Rdnr. 32.

⁵⁷ *Wendehorst* in: MünchKommBGB, § 312b BGB Rdnr. 28. Kefalet sözleşmeleri açısından *Palandt/Heinrichs* § 312b BGB RdNr. 10, unter Verweis auf EuGH NJW 1998, 1295.

⁵⁸ *Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch*, § 312b BGB Rdnr. 8.

sından böyle bir düzenlemenin tüketicuyu – satıcı veya sağlayıcının mali he- men teslim ederek cayma hakkının kullanılmasına engel olabilmesi imkânı nedeniyle - tamamen korumasız bıraktığından kabul edilmesi mümkün de- ğildir. Mal teslimini ilişkin mesafeli satımlara uygulanacak hükümlerin bu nedenle AB Yönergesi çerçevesinde değerlendirilmesi ve yorumlanması gerekir.

Hizmetlerle ilişkili sözleşmelerde Yönetmelik 8. madde I. ve II. fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, elektronik ortamda *anında ifa edilen hizmetler açısından* da bir ‘kararlaştırma’⁵⁹ aramak yerinde olur. Burada ortaya çıkan sorun daha ziyade, ‘hizmetin ifa edilmesi’, daha doğru ifadesiyle ‘hizmetin ne zaman ifasına başlanmış sayılacağı’ hususudur. Bu bağlamda, hizmetin ifasına ait ve tamamlanmasına matuf her davranış ve işlemi, hizmetin ifasına başlanma olarak görmek gerekir. İlk yapılan davranış veya işlemin ağırlığı- nın hizmetin bütünü içindeki yeri önemli değildir. Bu yöndeki hazırlık hare- ketlerini, hizmetin ifasına başlama için yeterli görmemek gerekir. Örneğin tüketici elektronik bir veri bankasında araştırma yapacaksa, hizmetin ifası tüketicinin veri bankası içinde dolaşmaya, araştırma yapmaya başlamasıyla başlamış demektir⁶⁰. Telefon görüşmelerinde ise, örneğin telefon şirketinin erişim kodunun⁶¹ çevrilmesiyle, bir cep telefonu sözleşmesinde hattın kulla- nıma açılmasıyla hizmetin ifasına başlanmış demektir.

Hizmetin ifasına başlanması tüketicinin bizzat kendi davranışına da istin- at edebilir. Yukarıdaki örnekte erişim kodunun çevrilmesiyle ifanın baş- lanması tüketicinin kendi davranışına istinat etmektedir.

Tüketicinin ifanın başlamasına yönelik onayı herhangi bir şekle tabi de- ğildir, yani tüketici onayını yazılı veya sözlü verebilir. Yönetmelikteki hü- kümlerin bütünü ve ispat sorunu düşünüldüğünde onayın yazılı olması ge- rektiğini, ancak bu yazılı olma şartının elektronik ortamda örneğin bir e-mail yoluyla da yerine getirilmiş sayılacağını kabul etmek gerekir. Onayın veril- miş olduğunun ispatı ise satıcı veya sağlayıcının yükümündedir. Ayrıca bu onayın açık olması gerekir, dolayısıyla zımni onay veya genel işlem şartla- rında bu hususun belirtilmiş olması bu şartı yerine getirmez⁶².

59 AB Yönergesi anlamında bu ibareyi ,tüketiciin hizmetin ifasına başlanmasına onay vermesi’ şeklinde anlamak gerekir, karşı AB Yönergesi Art. 6 f. 3.

60 **Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch**, § 312b BGB Rdnr. 22.

61 Örneğin Koç.net üzerinden (1056) erişim kodunun çevrilmesiyle telefon görüşülmesi yapılması mümkündür.

62 Alman Hukuku açısından karşı. **Wendehorst** in: MünchKommBGB, § 312b BGB Rdnr. 96; **Palandt/Heinrichs**, § 312d BGB Rdnr. 7.

VII. POSTA/KARGO ÜCRETLERİ

1. Geri gönderme ücreti

Yukarıda (II) başlığı altında verilen örneklerde görüldüğü üzere⁶³, internet üzerinden mal ve hizmet satışı yapan satıcı veya sağlayıcılar tarafından, tüketicinin sözleşmeden cayması durumunda geri gönderme ücretlerinin onun tarafından ödeneceği şeklinde düzenleme getirilmiştir. Bu durum, 'cayma hakkının kullanımından kaynaklanan masraflar satıcı veya sağlayıcıya aittir' hükmünü içeren Yönetmelik 8. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Yönetmelikte kastedilen 'cayma hakkının kullanımından kaynaklanan masraflar' dan kasıt, posta veya kargo ücretinden başka bir şey değildir⁶⁴. Bu durum karşısında tüketici cayma hakkını kullandığı takdirde, malı veya ürünü geri gönderme ücretini ödemek zorunda değildir, geri gönderme ücretinin paketi alacak olan kişi/kuruluş (satıcı, sağlayıcı) tarafından ödeneceğini belirterek ürünü geri gönderebilir⁶⁵. Bu durumda acaba müşteri, yani tüketici, cayma hakkını kullandıktan sonra malı geri gönderirken, mal satıcıya en ucuz ne şekilde gönderilebilecekse onu araştırma yükümü altında mıdır? Tüketici satıcıya malın daha ucuza geri gönderildiği yöntem veya yolları biliyorsa onu tercih etmelidir, MK m. 2 gereğince bunu yapmakla yükümlüdür. Ancak bunun tüketiciye ek masraf getirmemesi gerekir⁶⁶. Tüketiciden, farklı gönderme yollarını araştırıp ona göre en ucuz tarifeyi bulması ve malı öyle geri göndermesi beklenemez. Uygulamada ihtilafları en aza indirmek için satıcının tüketiciye geri gönderme yolunu (örneğin belirli

⁶³ Bkz. 25 – 29 nolu dipnotlar.

⁶⁴ AB Yönergesi, geri gönderme ücretini hangi tarafın taşıyacağı konusunu üye devletlere bırakmıştır. AB Yönergesi 6. maddede, tüketiciye sadece cayma hakkının kullanımından kaynaklanan masrafların tahmil edilebileceğinden bahsetmektedir. Zira Yönergenin dibacesinde (14). bend altında, tüketiciye bir takım masraflar tahmil edilecekse, bunun gönderme ücretleriyle sınırlandırılması gerektiği belirtilmektedir.

⁶⁵ Ancak uygulamada bu konuda problem yaşanacağı da su götürmez bir meseledir. Gönderme ücretini satıcı veya sağlayıcı ödemediği takdirde problemler yaşanabilir. Bunun için de önceden tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile irtibata geçip, gönderme ücretinin Yönetmelik hükümlerine göre satıcı tarafından karşılanması gerektiği konusunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu tür hoş olmayan durumlardan kaçınmanın en kolay yolu ise belki ödemenin teslim sırasında yapılmasını tercih etme, tüketiciye paket ulaştığında ise bunu kabul etmeyerek geri çevirme düşünülebilir. Ancak böyle bir uygulamanın da mesafeli sözleşmelerin amacıyla bağdaşmadığı açıktır. Zira müşteri henüz hiç açıp bakmadığı bir malı – sırf acele karar vermiş olduğunu düşünerek – reddetmek durumuyla karşı karşıya kalacaktır.

⁶⁶ Örneğin şehrin nispeten uzak yerinde bulunan kargo şirketine gitmek için taksi, minibüs, otobüs ücreti vermek zorunda kalması gibi.

bir kargo şirketi) göstermesi en iyi yol olsa gerek. Buna rağmen tüketici başka bir şirket veya yolla malı geri göndermiş ve bu şekilde geri gönderme ücreti gereksiz yere yükselmişse, tüketici artık bu ücreti satıcıdan talep edememlidir.

2. Gönderme ücreti

İnternet üzerinden satışlarda kuruluşların çoğu tüketiciye bir gönderme/kargo ücreti yansıtmaktadırlar. Sipariş verilen malın değeri belirli bir mablağı (örneğin 200 YTL) geçtiği takdirde gönderme ücreti satıcı tarafından karşılanmaktadır. Bu masrafların sözleşmeden cayma olmadığı takdirde tüketiciye yüklenebileceği tartışmasızdır. Ancak cayma gerçekleşmişse acaba bu gönderme masraflarını tüketici satıcıdan talep edebilir mi? Biz mesafeli sözleşmeleri başlangıçtan itibaren, yani cayma süresi içinde de hükümlerini doğurduğunu ve cayma hakkını sözleşmeden dönmenin bir özel türü gördüğümüzden ötürü, bu durumda BK 108. madde hükümleri gereğince sözleşmeden dönmenin genel hükümleri çerçevesinde tüketicinin menfi (olumsuz) zararlarını isteyebilmesi gerekir. Menfi zarar, hüküm ifade ettiğine güvenilen bir akdin hüküm ifade etmemesi veya in'ikad edeceğine güvenilen bir akdin in'ikad etmemesi yüzünden uğranılan zarardır. Güvenen kimsenin akdin hüküm ifade etmemesi veya akdin in'ikad etmemesi halinde malvarlığının aldığı durum ile bu olay hiç cereyan etmesi idi malvarlığının arz edeceği durum arasındaki fark, menfi zararı ifade eder⁶⁷. Bu anlamda sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar (örnek olarak: noter masrafları, yol paraları vb.) ile ifa sırasında yapılan masraflar (örnek olarak; malı teslim masrafları) tipik menfi zarar kalemleridir⁶⁸. Sonuç olarak, mal veya ürünün gönderilme masraflarını (kargo ücretini) tüketici cayma beyanında bulunmuşsa, satıcı veya sağlayıcıdan talep edebilecektir⁶⁹. Bu sonucun AB Yönergesi ile de uyumlu olduğunu söyleyebiliriz, çünkü Yönerge ancak geri göndermenin doğrudan masraflarının (*die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren, direct cost of returning the goods*) tüketiciye yüklenebileceğini ifade etmektedir. Malın gönderilmesi masrafları geri gönderme masrafları kapsamında değildir ve o yüzden tüketiciye tahmil edilemez⁷⁰.

⁶⁷ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 323.

⁶⁸ Oğuzman/Öz, age. s. 325.

⁶⁹ Alman hukuku açısından aynı sonuç için (§ 357 Absç 1/§ 346 Abs. 1 ve Abs.2 Nr.1 BGB gereğince) bkz. *Brönneke*, MMR, 127, 129; aynı şekilde OLG Frankfurt CR 2002, 642; BGH NJW 2003, 1665 vd.

⁷⁰ Gönderme masraflarını tüketiciye yükletmek amacıyla sözleşmenin satış ve taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilip, Yönetmelik 8. madde f. 1 c. 3 gereğince cayma hakkının

Ancak tüketici sırf satıcıya zarar vermek kastıyla hareket etmişse bu durumda satıcının da BK 41. maddesi çerçevesinde tüketiciye karşı tazminat talebi olabilir. Ancak bu kastın ispatlanması da oldukça zordur⁷¹.

VIII. MALDAKİ DEĞER KAYIPLARININ TAZMİNİ

TKHK m. 9/A, kapıdan satışlara ilişkin hükümlerin mesafeli sözleşmelerde uygulanacağını belirtmiştir. Kapıdan satışlara dair cayma hükümlerinde ise TKHK m. 8 tüketicinin malın mutata kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalarından sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Malı mutata biçimde kullanan tüketici bu durumda kullanmadan kaynaklanan miktar azalması, kırılma, bozulma, fiziki farklılık, aşınma ya da benzeri durumlar gibi değer azalmasını ödemekle yükümlü değildir⁷². 4822 Sayılı Kanundan önceki madde metni ise, tüketicinin malı kendisine teslim anındaki durumu ile geri vermekle ve kullanım sözkonusu ise kullanma dolayısıyla malın ticari değerindeki kaybı tazminle yükümlü olduğunu ifade ettikten sonra, malın tüketicinin zilyesinde bulunması başlı başına bir değer azalmasını ifade etmez hükmünü getirmiştir.

Menfaatler dengesi açısından ve örnek düzenlemelere bakıldığında önceki düzenlemenin daha yerinde olduğunu belirtmek gerekir. Bir yandan tüketiciye cayma hakkı verilirken diğer yandan tüketicinin maldaki değer azalmalarından sorumlu olmayacağını belirtme, cayma hakkının amacı dışında kötüye kullanılmasına davetiye çıkartmak demektir. Eski düzenlemeden neden vazgeçildiği hususunda 4822 Sayılı Kanunun gerekçesinde bir şey belirtilmemiştir. Alman ve İsviçre düzenlemelerine baktığımızda da eski düzenlemenin benzerlerine rastlamak mümkündür. İsviçre’de örneğin kapıdan satışlarda cayma hakkının sonuçlarını düzenleyen 40f OR hükmü, malın kullanılması durumunda tüketicinin münasip kira bedeli (Mietzins), bir hizmet verilmesi sözkonusu ise vekalet hükümleri çerçevesinde (BK 394, OR 402) masrafları ve avansları ödemekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Keza Almanya’da benzeri bir düzenleme mevcuttur. §§ 357 f. 1, 346 f. 1 ve f. 2 Nr. 1 BGB’ye göre tüketicinin almış olduğu faydaları (gezogene Nutzungen) tazmin etmesi gerekir. Almanya’da bu düzenleme, tüketicinin

olmadığının ileri sürülmesi de kanuna karşı hile teşkil edecektir; Alman hukukunda bu tür haller için bkz. *Schirmbacher*, CR 2002, 643.

71 Bu kastın ispatlanması ise neredeyse imkânsızdır. Ancak tüketici birkaç defa satıcıdan mal ısmarlamış ve malları her defasında geri göndermişse böyle bir kastın var olduğu söylenebilir.

72 *Zevkiler/Aydoğdu*, s. 253.

cayma hakkını zorlaştırdığı ve bu nedenle AB Direktifine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilse de⁷³, AB Direktifinin, tüketiciden faydalanmadan, kullanmadan dolayı bir tazminat istenmesine engel olmadığı da belirtilmektedir⁷⁴.

Kanaatimizce TKHK m. 8, AB Direktifi de nazara alınarak mümkün mertebe dar yorumlanmalı ve malın mutata kullanımından doğan maldaki değer kayıplarının tüketici tarafından tazmin edilmesi satıcı veya sağlayıcı tarafından istenebilmelidir. Ancak bunun talep edilebilmesi için, sözleşmenin akdi esnasında bu hususun açıkça belirtilmesi gerekir. Malın kontrolü neticesinde ortaya çıkan değer kaybının ise tazmini gerekmemelidir. Zira mesafeli sözleşmelerdeki cayma hakkının amacı tüketicinin geleneksel satışlardaki imkânâ sahip olmamasından ötürü ona malı görme, kontrol etme imkânı verilmesidir. Bu amaçlar dışındaki kullanımlardan doğan değer kayıplarının ise tüketici tarafından tazmin edilmesi gerekir.

IX. SONUÇ

Bu çalışmamızda vardığımız sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür:

1. Tüketici sözleşmelerindeki – ve bu arada mesafeli sözleşmelerdeki - cayma hakkının hukuki niteliği konusunda, cayma süresi içinde sözleşmenin askıda geçerli olduğunu (schwebend wirksam), sözleşmenin başlangıcından itibaren hükümlerini ifa edeceğini kabul etmek gerekir. Bu nedenle mesafeli sözleşmelerde taraflar sözleşmenin başlangıcından itibaren edimlerin

⁷³ *Brönneke*, MMR 2004, 127, orada 32 nolu dipnotta anılan yazarlar.

⁷⁴ *Brönneke*, MMR 2004, 127, 33 nolu dipnotta belirtilen yazarlar. Ayrıca bkz. *Grigoleit*, NJW 2002, 1151, 1154. Yazar orada AB Yönergesinin ilgili maddesinin yalnızca 'cayma hakkının kullanılmasından dolayı geri gönderme masraflarının tüketicieye tahmil edilebileceğinden bahsettiğini, tüketicinin faydalanmadan dolayı tazminle yükümlü olmasını öngören Alman düzenlemesinde ise cayma hakkı neticesinde tüketicieye bir yüküm getirilmediğini, malın veya ürünün kullanılması veya zarara uğramasından dolayı bir tazminin söz konusu olduğu belirtmektedir. Brönneke ise, bu düzenlemenin dar yorumlanması ve cayma hakkını pratik olarak ortadan kaldırmadığı müddetçe AB Direktifi ile uyumlu olduğunu ifade etmektedir; *Brönneke*, MMR 2004, 127, 132. Aksi görüşte olanlar için bkz. *Tonner*, BB 2000, 1413, 1416; karşı. *Göfmann*, MMR, 1998, 88, 91. Ancak Almanya'daki malın mutata kullanımından doğan zararların (durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung) tazminini öngören düzenleme (§ 357 f. 3 c. 1 ve 2 BGB) eleştirilmektedir. Bu düzenleme yeni taşıtlarla ilgili internet üzerinden yapılan sözleşmeler için konulmuş bir hükümdür, zira yeni bir taşıt ilk teslimiyle değerinden % 20 kaybetmektedir, bunun önüne geçmek için böyle bir düzenleme getirilmiştir; karşı. *Palandt/Heinrichs*, § 347 Rdnr. 9. Ancak bunun talep edilebilmesi için sözleşmenin akdi esnasından bunun açıkça belirtilmiş olması gerekir.

ifasını talep edebilirler, ayıba ve zapta karşı tekeffül borçları bakidir, sözleşmenin yerine getirilmemesinden dolayı tazminat talebinde bulunulabilir.

2. Ülkemizde mesafeli sözleşmelerle ilgili düzenlemelerin üzerinden yaklaşık iki yıl geçmiş olmasına rağmen tüketicilerin bu konuda bilgili olmadıkları, satıcı ve sağlayıcıların da düzenlemelere uygun mal ve hizmet sunma konusunda isteksiz oldukları tespiti yapılmıştır. Özellikle internet üzerinden mal ve hizmet sunan şirketler/kuruluşlar, mesafeli sözleşmelerdeki ön bilgilerin hiçbirisini ya vermemekte veyahut da eksik veya emredici düzenlemelere aykırı şekilde vermektedirler.

3. Mesafeli sözleşmelerde mal satışlarına ilişkin sözleşmelerde cayma hakkının kullanılabilmesi için malın tüketiciye maddi anlamda teslim edilmiş olması gerekir. Tüketici sipariş verdiği malı teslim almayarak da bu cayma hakkını zımni olarak kullanabilir.

4. Mesafeli sözleşme hükümlerinin uygulanmayacağı veyahut da cayma hakkının olmadığı haller Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde çok daha dar olarak düzenlenmiştir, mehz AB Direktifi nazara alınarak bu çerçevenin genişletilmesi menfaatler dengesi açısından yerinde olacaktır.

5. İlgili Yönetmeliğin m. 8 f. 2'deki AB Yönergesi ile uyuşmayan adeta 'vücutta yabancı bir parça' niteliğindeki 'elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler ve anında teslim edilen mallara ilişkin sözleşmelerde' cayma hakkına ilişkin hükümlerin geçerli olmayacağı şeklindeki düzenleme yeniden ele alınmalı ve tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlerle bu düzenlemeyi sınırlı tutmak gerekir.

6. Mesafeli sözleşmelerde sipariş verilen ürün veya *malın posta veya kargo ücretinin*, tüketicinin sözleşmeden cayması durumunda menfi zarar kapsamında satıcı veya sağlayıcıdan talep edilebilmesi gerekir. *Geri gönderme ücretinin* ise her halükarda satıcı veya sağlayıcı tarafından karşılanması gerekir. MK 2 gereği geri gönderme ücretinin daha düşük tutulması için tüketici bir araştırma yükümlülüğü altında değildir.

7. Menfaatler dengesi açısından cayma hakkının kullanılması durumunda, tüketici maldaki değer kayıplarının tazmini için – 4822 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki düzenlemedekine benzer - uygun bir kullanma (kira) bedeli ödemelidir. Ancak bunun talep edilebilmesi için malın kullanılmış olması ve cayma hakkının kullanılması halinde uygun bir kullanma bedelinin talep edileceği hususuna sözleşmenin akdinden önce – en geç malın teslimi sırasında – açıkça işaret edilmiş olması gerekir.